

La indemnización del artículo 98 del Código Civil (Comentario a la Sentencia de 10 de marzo de 1992)

MANUEL LEÓN GONZÁLEZ

Abogado. Profesor Asociado de Derecho Civil. Universidad de Sevilla

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dictó Sentencia con fecha de 10 de marzo de 1992, en la que resuelve que: «En casos de buena fe concurrente y coincidente no opera la pensión del artículo 98. Ningún esposo podrá reclamar indemnización al otro, al producirse una compensación de la respectivas pretensiones conforme al artículo 1195 del Código Civil, pues el derecho indemnizatorio asiste al cónyuge cuya mala fe no resulte probada. En los casos de mala fe de ambos tampoco puede aplicarse el precepto 98, pues la indemnización carece de toda razón de ser y consistencia».

I. ANTECEDENTES

La esposa demandante de la acción indemnizatoria contrajo matrimonio en el año 1953; de dicha unión habían nacido tres hijos varones.

El Tribunal Metropolitano había dictado Sentencia con fecha de 14 de marzo de 1985, en la que con confirmación de la pronunciada en primera instancia por el Tribunal Eclesiástico de Santander, decretó la nulidad del matrimonio por el capítulo de incapacidad para asumir las obligaciones conyugales por parte de la esposa, en razón a la enfermedad por ésta padecida, de neurosis profunda.

Al amparo del art. 98 del Código Civil, dedujo acción indemnizatoria que le fue desestimada en la instancia.

Apelada la Sentencia, la Sala de la Audiencia Provincial, estimando en parte la demanda, fijó en la cantidad de quince mil pesetas mensuales la indemnización a abonar por el recurrente a la demandante, con revisión anual de conformidad con las variaciones del Índice de Precios al Consumo.

Contra la Sentencia de la Audiencia el esposo formuló recurso de casación al amparo del ordinal núm. 5 del art. 1692 de la Ley de Enjuici-

ciamiento Civil, mediante el cual denunció aplicación indebida del citado art. 98 del Código Civil.

El Tribunal Supremo casa y anula la Sentencia recurrida, confirmando, si bien con una fundamentación jurídica distinta, la del Juzgado de Primera Instancia que tras desestimar la demanda, absolvió al demandado.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Los Fundamentos de Derecho de la Sentencia objeto de comentarios son los siguientes:

«La indemnización que dicho art. 98 del Código Civil reconoce no es de naturaleza alimenticia, ni tampoco se corresponde a la pensión compensatoria que refiere el precepto 97 de aquel cuerpo legal, sino que más bien se trata de que en cierto sentido una equitativa reparación económica equilibradora de los amplios y variados desajustes que pueda ocasionar la nulidad de un matrimonio por la extinción de un proyecto común de vida de los esposos afectados, que no ha ido consolidándose en los años de convivencia hasta producir su desaparición. No trata el precepto de imponer sanciones, aunque en un principio así pueda entenderse por cargar al cónyuge de mala fe la indemnización, lo que representaría volver a reconsiderar sus conductas determinativas de la nulidad decretada y, en su caso, los daños que pueda haber sufrido el otro consorte de buena fe, para cuya reparación queda abierta la vía del art. 1902 del Código Civil (S. 26-11-85), sino que más bien la norma se proyecta a reducir distancias económicas sociales y derivadas entre los que en su día estuvieron unidos por legítimo vínculo matrimonial polarizándose sobre los principios de autosuficiencia y neutralidad de costes, al faltar una adecuada institución estatal de previsión social autónoma, sobre todo para las mujeres carentes de actividades laborales, lo que la realidad de los tiempos parece cada vez demandar en forma urgente y necesaria de satisfacción de justicia social.

El art. 98 del Código Civil, por la remisión que efectúa el art. 97 precedente impone para su aplicación la concurrencia de puntuales requisitos, que la sentencia combatida apreció se daban en el caso que se enjuicia. En este sentido se ha producido la nulidad de un matrimonio y convivencia conyugal efectiva por más de veinte años.

La aludida remisión de normas ha de entenderse rectamente en el sentido de que dándose la situación prevista en dicho art. 98, el 97 solo incide a efectos de cuantificar la indemnización postmatrimonial de procedencia.

Ahora bien, en todo caso la aplicación del art. 98 sobre el que gira todo el ataque casacional, exige que se haya cumplido la condición necesaria e ineludible para producir efectos civiles las sen-

tencias de los Tribunales Eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico, consistente en que las mismas han de ser previamente declaradas ajustadas al Derecho del Estado, es decir a nuestro ordenamiento jurídico, por los Tribunales Civiles correspondientes, conforme declara el art. 80 del Código Civil, en relación al Acuerdo con la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos de 3-1-1979, ratificado por Instrumento de 4-12-1979 y 117-5 de la Constitución, que ha venido a modificar sustancialmente el sistema anterior de plena jurisdicción de los Tribunales Eclesiásticos, conforme con el Concordato de 17-8-53, a un sistema de control y ajuste de las resoluciones pronunciadas en la materia por la potestad jurisdiccional de la Iglesia Católica.

La referencia que efectúa el citado art. 80 del Código Civil al art. 954 de la Ley Procesal Civil, se complementa con el procedimiento correspondiente que instauró la Disposición Adicional Segunda de la Ley 30/1981 de 7 de julio, y que concluye con la decisión judicial en forma de auto, reconociendo o no eficacia en el orden civil a la correspondiente resolución o decisión eclesial.

Dicha homologación judicial-civil no se ha producido en el supuesto que se enjuicia, pues siendo facultad de los interesados llevarla a cabo, bien actuando conjuntamente o por separado, no consta se hubiera promovido al efecto, lo que conlleva a tener que apreciar la falta de presupuesto preciso tanto para entablar litigios, como para pronunciar cualquier resolución definidora de derecho sobre los efectos civiles del matrimonio declarado nulo.

En consecuencia el motivo ha de estimarse, en razón a infracción del contenido sustantivo del artículo argumentado —98 del Código Civil—, ya que no procede su aplicación por incumplimiento de su necesaria precedencia legal en cuanto al trámite de homologación hecho referencia, lo que ocasiona la desestimación de la demanda y confirmación de la sentencia de primera instancia, si bien en base a fundamentación distinta a la que contiene esta resolución.

No obstante lo analizado, también es necesario aportar a la cuestión los hechos de la concurrencia de las circunstancias de no haberse declarado en la sentencia canónica la mala fe de ninguno de los esposos, que estuvieron conformes en que se decretase la nulidad de su vinculación matrimonial, debiendo partirse de una situación de buena fe en ambos por aplicación de este principio que el Código Civil contempla genéricamente en su art. 7, en relación a la literalidad del precepto 79 de dicho Código, al presumir la buena fe como regla general.

En estos casos de buena fe concurrente y coincidente no opera el alegado art. 98. Ningún esposo podrá reclamar indemnización al otro, al producirse una compensación de las respectivas pretensiones, conforme al art. 1195 del Código Civil, pues el derecho indemnizatorio asiste al cónyuge cuya mala fe no resulte probada. En los casos de mala fe de ambos tampoco puede aplicarse el precepto 98, pues la indemnización carece de toda razón de ser y consistencia».

III. COMENTARIO

A) Consideraciones previas

La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1992, que en el Primero de sus Fundamentos de Derecho, último párrafo, establece que «en casos de buena fe concurrente por ambos cónyuges no opera el artículo 98 (ya que) ningún esposo podrá reclamar indemnización al otro, al producirse una compensación de las respectivas pretensiones conforme al art. 1195 del Código Civil», crea una cierta intranquilidad en el jurista práctico que hasta ahora y para supuestos similares al enjuiciado, había venido observando cómo la jurisprudencia menor hacía una interpretación amplia del precepto, acordando la indemnización en favor del cónyuge más desfavorecido, normalmente la esposa.

La decisión adoptada por la Sentencia referida, de notoria injusticia —al menos en su formulación abstracta—, es la siguiente: el cónyuge que tras veinte años de matrimonio, de exclusiva atención al hogar y dedicación a la familia, ve anulado su matrimonio por el capítulo de incapacidad para asumir las obligaciones conyugales, se ve privado de la indemnización que recoge el art. 98 del Código Civil, si concurre la buena fe en ambos contrayentes.

Y no entiendo que sea cuestión de alegar, que de existir una adecuada institución estatal de previsión social autónoma para las mujeres carentes de actividad laboral, el problema quedaría solucionado; menos aún cuando en ninguno de los países que nos sirven de módulo de referencia, próximos a nuestro entorno, existe institución de dicho tipo, sino tan sólo organismo estatal que anticipa las pensiones adeudadas subrogándose contra el deudor contumaz.

Es cierto que la idea de la compensación de la buena fe, ha sido defendida desde los primeros años de entrada en vigor de la Ley 30/1981 de 7 de julio (1) y de forma más reciente (2) por juristas autorizados; sin embargo, no ha sido ese el trato que los Juzgados de Primera Instancia-Familia y las Audiencias Provinciales han ido dando al asunto, probablemente más que por un concienzudo estudio del precepto, por una visión de mayor contenido social, o por la intuición jurídica de que a estos efectos, la posición económica del cónyuge más débil, en la nulidad y en el divorcio, es la misma.

Pero es preciso puntualizar que la compensación a la que se refiere la Sentencia objeto de comentario, y la que defiende Roca Trias son diferentes, ya que mientras que la primera se ampara en el art. 1195 del

(1) ROCA TRIAS, E. *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia*. Vol. I, p. 632. Madrid-84.

(2) ROCA TRIAS, E., *Comentario al Código civil*; Tomo I. p. 406. Madrid-89.
ALBACAR LÓPEZ J.L. MARTÍN GRANIZO M.: *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo I, p. 725, Madrid-91.

Código Civil, regulador de la compensación como forma de extinción de las obligaciones, con sus peculiares requisitos, la autora citada entiende compensada la buena fe, con amparo en el carácter sancionador que atribuye al art. 98 en relación con el art. 95, ambos del Código Civil. Y aunque en una interpretación tolerante pudiese pensarse que el Ponente podría haber querido referirse a la compensación judicial, en la que existiendo el requisito de la homogeneidad, falta el de liquidez que sería determinado en la sentencia que se dicte, los términos en los que está redactada la Sentencia del Tribunal Supremo no ayudan a concluir que pensare en esa posibilidad, ante el rechazo «a limine» que hace de la indemnización sin haber procedido previamente a su cuantificación y posterior compensación si procediere, tras valorar las circunstancias del art. 97 del Código Civil. La Sentencia, lastimosamente a nuestro juicio, confunde la compensación de las obligaciones con la de la buena o mala fe, y aquí, el perjuicio económico, necesariamente en uno solo de los esposos, impide aplicar la idea de la compensación tal como hace la Sentencia.

B) De vueltas con el tema del ajuste al Derecho del Estado Español

Cualquiera de los cónyuges casados canónicamente puede interesar la nulidad de su matrimonio, tanto en el orden civil como en el canónico. Y ello no sólo es consecuencia de lo regulado en el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre el Estado Español y la Santa Sede, sino del derecho de libertad religiosa constitucionalmente sancionado. Así, uno de los esposos puede solicitar la nulidad canónica de su matrimonio y el otro, por pasiva, ha de «soportar» el conocimiento de dicha acción por los Tribunales eclesiásticos, oponiéndose a la misma, remitiéndose a la Justicia del Tribunal, o bien cooperando con tal solicitud; posteriormente vendrá la homologación y el reconocimiento de efectos civiles a través del trámite de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 30/81 de 7 de julio. En el mismo sentido, el otro esposo puede interesar la nulidad civil o el divorcio, que de igual forma habrá de soportar el contrario, quizás más interesado en la nulidad canónica. Pero hay un dato de significada importancia: el hecho de que el elenco de causas de nulidad canónica es más amplio que el establecido en el Código Civil, que no solo las restringe —obviamente al regular el divorcio—, sino que permite la convalidación y prescripción sanatoria. Insisto en que cualquiera de los cónyuges está asistido del derecho a interesar la nulidad de su matrimonio en el ámbito canónico, por ejemplo, basada en la causa de la incapacidad para asumir las obligaciones del matrimonio, pero téngase en cuenta que en el Código Civil, esta causa no existe, ya que media un abismo entre la previsión de art. 56-2 del Código Civil, y lo regulado en el ca. 1095-3 del CIC; por ello si posteriormente se homologa la Sentencia canónica de Nulidad, reconociéndosele efectos civiles, y siendo ambos esposos contrayentes de

buena fe, en el sentido de carecer de voluntad consciente de contraer matrimonio nulo (3), la esposa —generalmente, dada la incontestable realidad española— se quedará sin pensión (alimenticia y compensatoria) y sin indemnización.

Desde la Reforma del Código Civil operada mediante la Ley 30/81 de 7 de julio, e incluso antes, con el Acuerdo entre la Santa Sede y Estado Español del año 1979, la doctrina dedicó especial interés al estudio del tema del ajuste de las resoluciones canónicas al Derecho del Estado, hoy por el transcurso de los años, algo aparcado. La doctrina se dividió en dos sectores, dependiendo de su mayor proclividad canónica o civil, al que luego se añadió el ecléctico; unos autores estimaron que el ajuste se refería tan solo al cumplimiento de los requisitos del art. 954 de la LEC al que hacía breve referencia el art. 80 del Código Civil, según redacción dada por la Ley de Reforma; desde luego —y es evidente— el Juez Civil no puede entrar a conocer en el fondo de la resolución canónica; el segundo, entendió —con idéntico acierto que el anterior en sus argumentaciones— que la resolución canónica debía ajustarse al Código Civil y a los principios que desde la Constitución lo informan; y el tercero —de síntesis— entendió que el ajuste se reduce a constatar no solo los requisitos del art. 954 de la LEC, sino también que no haya vulneración del espíritu de la reforma del Derecho de la familia que surgió con la Constitución Española; es decir, no pueden reconocerse efectos civiles a la Sentencia canónica de nulidad que se ampare, por ejemplo, en haber excluido la indisolubilidad del matrimonio; el ejemplo es fácil, pero hay muchos otros supuestos que hay de resolver caso por caso, en función que corresponde exclusivamente a los Jueces en virtud del mandato constitucional, y según su prudente arbitrio.

El tema queda pues centrado: dependiendo de la postura que adopte el órgano judicial, más laxa o más estricta, se homologará o no la Sentencia canónica y se privará o no al cónyuge de una pensión alimenticia, compensatoria o de una indemnización; porque, no reconocidos efectos civiles, se podrá deducir la acción de separación o de divorcio, con sus respectivas pensiones; pero si se produce una homologación por una causa que nunca prosperaría de seguirse la vía civil, estamos privando al cónyuge de una pensión, que le correspondería de no haberse optado por la vía canónica, provocando una desigualdad, o discriminación.

Y es entonces cuando queda abierta la vía al fraude: utilizar el procedimiento canónico para privar al otro cónyuge de la pensión que pueda corresponderle, siendo relativamente frecuente en el foro, que esta circunstancia —consciente o inconscientemente— forme parte de

(3) GARCÍA CANTERO G. *El vínculo matrimonial en el Derecho Español*. Madrid-Roma 1959, p. 227.

la negociación, pasando alguna que otra vez, de la simple opción defensiva a móvil, más o menos directo, de la acción de nulidad canónica, o de su oposición a la misma. Sea como sea, lo cierto es que homologación y art. 98 tienen una íntima relación, ya que si el Juez reconoce efectos a la Sentencia canónica, en una interpretación laxa del Ajuste, ha de tener en cuenta que tiene en su mano el privar o no de una indemnización, lo que variará según la posición que adopte sobre el cual sea la naturaleza de la que regula el artículo 98.

C) Naturaleza de la indemnización del art. 98 del Código Civil. Requisitos

La redacción actual del artículo 98, procede de la admisión de las enmiendas presentadas al Texto del Gobierno, por los Grupos Comunista y el Nacionalista Vasco. Con ello, y sobre la base de la defendida por el primero de los Grupos mencionados, se añadió el concepto de la «buena fe» y se sustituyó el término de «pensión» por el de «indemnización», con lo que el artículo —según se dijo— «corregía las deficiencias del Proyecto y su falta de acomodación al ordenamiento español».

No obstante, la redacción del artículo en el Proyecto del Gobierno («El cónyuge cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá también derecho a la pensión a que se refiere el artículo anterior —es decir, la de desequilibrio económico— si por la convivencia marital, la sentencia produce una situación análoga»), era coherente con el espíritu que informaba la Reforma, ya que, superada la idea de culpabilidad y adoptado el sistema del divorcio-remedio, no había porqué exigir la buena fe en los casos de nulidad, a la par que se trataba de garantizar en ellos, la estabilidad económica de forma similar a como se hacía en el divorcio. Esta era la razón de la inclusión del artículo en dicho contexto normativo y de su paralelo tratamiento al del art. 97; a lo que se unía la previsión de que si no se establecía una pensión o indemnización para los supuestos de nulidad canónica, esta opción sería objeto de desdén por parte de los cónyuges menos favorecidos económicamente, que se verían así desprovistos de cualquier tipo de ayuda, de acudir a la nulidad ante los Tribunales Eclesiásticos.

Sin embargo, admitidas las enmiendas, se sustituye el término «pensión» por el de «indemnización», y se la excluye para el cónyuge de mala fe, en aplicación de las normas sobre el matrimonio putativo, lo que no obstante, corregidos los defectos técnico-jurídicos, en nada impide como veremos, seguir interpretándolo de conformidad con su originaria finalidad.

El artículo quedó con la siguiente redacción: «El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una in-

demnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el art. 97».

El precedente remoto del precepto es —creo— una síntesis de los arts. 129 y 129 bis del Código Civil Italiano, aunque Roca Trias, con su autoridad, entiende que lo es solo el segundo de estos artículos (4), basándose, entre otras argumentaciones, en que el Grupo Comunista fundamentaba su enmienda apoyándose en la idea «de sanción frente al acto nulo».

El art. 129 del Códice establece: «Cuando las condiciones del matrimonio putativo se verifican para ambos cónyuges —es decir, con buena fe recurrente—, el Juez podrá disponer a cargo de uno de ellos y por un período no superior a tres años, la obligación de abonar sumas periódicas de dinero, en proporción a sus bienes, en favor del otro, cuando éste no tenga rentas propias o no haya pasado a nuevas nupcias».

Y a su vez, el 129 bis: «El cónyuge al que sea imputable la nulidad del matrimonio —es decir, el de mala fe— está obligado a abonar al otro cónyuge de buena fe, una indemnización, aunque no se pruebe el daño sufrido. La indemnización debe comprender en términos generales una suma correspondiente al mantenimiento durante tres años. También queda obligado a prestar alimentos si no existen otros obligados».

Se observa pues que la regulación citada, aparte de la sanción impuesta al cónyuge de mala fe, trata de posibilitar al de buena fe, exclusiva o concurrente, desfavorecido tras la declaración de nulidad del matrimonio, una pensión temporal a cargo del otro y proporcional a los bienes de éste. Es esta una solución que no tendría paralelo en nuestro Derecho, de seguirse la doctrina sentada en la Sentencia que comentamos.

García Cantero (5) plantea que el art. 98 es de una novedad relativa, ya que los Tribunales venían otorgando indemnizaciones por nulidad con base en el art. 1902; pero la que instaura el art. 98 tiene un aspecto de mayor cotidianidad; de atención de las necesidades perentorias; de «compensación de las consecuencias naturales que resultan de toda declaración de nulidad del matrimonio» como dice De Angel Yaguez (6). Pero es necesario destacar las diferencias entre estos dos tipos de indemnizaciones, que García Cantero ya refiere al hablar de la compatibilidad de ambas, para evitar cualquier asomo de intención de

(4) ROCA TRIAS E., *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia*. Vol. I. p. 629.

(5) GARCÍA CANTERO G., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*. Madrid, p. 447.

(6) DE ANGEL YAGUEZ, R.: *Indemnización del daño moral resultante de la declaración del matrimonio*. La Ley. T. 1986-2, p. 717.

vetar la vía del art. 98 con la excusa de reservar a las partes el recurso al art. 1902. El art. 1902 del Código Civil, queda reservado —y así se deduce de la, por demás, escasa jurisprudencia al respecto— para supuestos en los que se interese una indemnización para la reparación de un daño moral; de un daño patrimonial no cubierto con el art. 98; o por la frustración de un proyecto de vida o de la expectativa a una familia estable (7).

Se han venido considerando como requisitos para la fijación de la indemnización, la existencia de una Sentencia de nulidad, homologada; que el cónyuge lo sea de buena fe; y que haya existido convivencia. La referencia a las circunstancias del art. 97, se hace única y exclusivamente a los fines de la cuantificación de la pensión, como veremos más adelante.

Ahora bien, sólo tiene carácter de requisito como tal, la exigencia de la convivencia, ya que la nulidad del matrimonio y la buena fe, forman parte del supuesto de hecho: la norma regula la situación del cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo, de la misma forma que el art. 97 establece la pensión compensatoria en favor de aquel a quien la separación o el divorcio causen un desequilibrio; posteriormente vendrá la cuantificación mediante un elenco de circunstancias que relaciona el citado artículo. Y el hecho de que el Proyecto del Gobierno sufre la modificación de las enmiendas de los dos grupos parlamentarios ya referidos, no obliga a concluir que el artículo en su actual redacción se apartara necesariamente de la idea concebida por el mismo de compensar el perjuicio, ni por otro lado, que haya de concluirse que la indemnización del art. 98 tenga carácter sancionador.

La redacción del artículo nos obliga a dos consecuencias. La primera, derivada de su formulación positiva, es que sólo tiene derecho a la indemnización el cónyuge de buena fe, es decir, nunca el de mala fe, con lo cual no cabe hacerse planteamientos de qué ocurre cuando ambos son contrayentes de tal calidad. Y la segunda es que no se dice en la norma que la indemnización haya de ser inexcusablemente con cargo al de mala fe, que puede no haberlo. Ni la nulidad del matrimonio, atendidas sus causas (civiles y canónicas, susceptibles de ser «homologadas») ni el art. 95, imponen la necesidad de mala fe en todo supuesto de nulidad, lo que sí hacen estos preceptos es privar de todo derecho a quien conscientemente («de mala fe») fue agente provocador de la nu-

(7) Con anterioridad a la entrada en vigor del art. 98 del Código Civil, según redacción dada por la Ley 30/1981, de 7 de julio, el Tribunal Supremo había tenido ocasión de definirse en el asunto de la reparación del daño moral en el Derecho de Familia, mediante Sentencias como la de 6 de diciembre de 1912 y la de 21 de enero de 1957; ya en vigor el art. 98 en su actual redacción, merece atención la Sentencia de 26 de noviembre de 1985, comentada como las precedentes, por De Angel Yaguez, en estudio citado en la Nota anterior.

lidad, y si el de buena fe tiene derecho a participar en las ganancias obtenidas por el otro, no entiendo que exista razón de peso para sancionarlo privándolo de la indemnización que pudiere corresponderle de quedar desfavorecido con la declaración de nulidad. Y se me puede reargüir inmediatamente que tampoco existe motivo para sancionar al otro contrayente, también de buena fe, imponiéndole la carga de la indemnización; cierto, salvo que superando la connotación sancionadora a la que podría inducir la literalidad del término «indemnización» y atendiendo a la ratio del art. 98, desde su remisión al art. 97 y su exigencia de convivencia, y tanto como a ella, a las razones de justicia material que están en su base, se entienda que lo que la ley consagra en este caso, no es una medida punitiva al cónyuge que tras la nulidad queda en mejor posición, sino favorecer al más necesitado, al que proporciona esta medida asistencial o compensatoria.

No deja de resultar, cuando menos curioso, que reconozcamos que el legislador español se inspiró en los ordenamientos francés, italiano y alemán, copiando casi literalmente el art. 270 y siguientes, del Código francés, dedicados a la pensión compensatoria, o el art. 129 bis, del italiano, y que provocándose el vacío legal en la interpretación del art. 98, se adopte una solución contraria a la de esos ordenamientos, en este punto.

Roca Trías califica la indemnización como de naturaleza sancionadora y no resarcitoria (8); sin embargo, entiendo que tiene carácter resarcitorio, y afinando aún más, asistencial-compensatoria en inevitable paralelismo con la pensión prevista para los casos de separación y divorcio. Si algo hay sancionador en el art. 98 será el privar el derecho a ser indemnizado al cónyuge de mala fe; al que ilícita y conscientemente provocó el hecho de cuyas resultas pretendiera ser indemnizado.

¿Qué ocurre cuando ambos contrayentes lo son de buena fe? ¿Se compensa ésta; o se compensan las indemnizaciones resultantes ya cuantificadas tras valorar las circunstancias del art. 97 en cada uno de ellos; o más bien se fijará una indemnización dependiendo exclusivamente de que uno de los cónyuges quede en posición más desfavorecida que el otro y sin medios para atender a su propia subsistencia en la nueva etapa de su vida en la que ahora entra?

El art. 98 establece una indemnización de tipo objetivo, desprovista de la exigencia de la probanza de daño, que tiene como objeto indemnizar las consecuencias que, en el orden de lo patrimonial, la nulidad provoca en el cónyuge de buena fe, que ve que los años dedicados al matrimonio y a la familia le han impedido allegar bienes o sentar las bases para una subsistencia económica independiente. El contrayente que ha sido causante con mala fe, de esa apariencia matrimonial, no podrá aprovecharse de la misma, pero si no lo han sido ninguno de los

(8) ROCA TRIAS, E., *Comentario del Código Civil*; Tomo I, p. 406, Madrid 89.

dos, la compensación «entre las respectivas pretensiones indemnizatorias —como propugna la Sentencia—, de conformidad con el art. 1195 del Código Civil», supone dar el mismo tratamiento que si hubiere sido cónyuge contrayente de mala fe, con lo que se causa una injustificable igualación de situaciones que son diferentes y se viene a sancionar un claro enriquecimiento sin causa: el que proporciona al contrayente que, contra el designio legal (art. 1438 in fine y 103-3, in fine, del Código Civil), conservará exclusivamente para sí, lo que solo pudo ganar contando con la colaboración del otro en la completa economía conyugal. Mientras que la pensión del art. 97 tiene como objetivo compensar el desequilibrio que puede ocasionar la separación, y la extinción del derecho a los alimentos que conlleva la disolución del vínculo matrimonial por el divorcio, así como el mantener al cónyuge que la percibe, y en la medida de lo posible, en el status social hasta ahora disfrutado, la indemnización del 98 resarce la situación de desamparo que puede provocar la nulidad en quien no allegó bienes para atender a su nueva situación personal, debido a las ocupaciones matrimoniales y familiares.

Así pues, si por ejemplo, el marido ha estado trabajando y la esposa se ha ocupado exclusivamente del hogar, perdiendo las posibilidades de encontrar un trabajo, de especializarse, de reintegrarse al que dejó por contraer matrimonio o por tener que dedicarse a la crianza de los hijos; o si ha colaborado como secretaria, empleada, o ha sido el soporte económico del matrimonio cuando el otro estudiaba o se formaba hasta estabilizarse profesionalmente, habrá que indemnizar el perjuicio que la asunción de esas tareas, englobadas en el cumplimiento de las obligaciones conyugales (arts. 67 y 68 del Código Civil) le han provocado. Desde luego, si trabaja de igual forma que el esposo, aunque sean menores sus retribuciones, la indemnización —habiendo perjuicio— será menor, pero no creo que haya que fijarla en favor del uno y del otro y luego compensar los saldos. De forma pareja, si no ha cotizado a la Seguridad Social, mientras que el esposo, cuando se jubile, o pase a cualquiera de las contingencias cubiertas tendrá una pensión, la esposa estará sin asistencia económica, por lo que habrá de tener en cuenta esta circunstancia. La dedicación pasada y futura a la familia o a los hijos habrá de ser igualmente tenida en cuenta, ya que resulta incuestionable que causa un palpable perjuicio al obligar a reorganizarse la vida renunciando a logros profesionales que exigen una dedicación más intensa, incompatible aunque sea parcialmente con la atención de los hijos.

D) Conclusiones

1. La indemnización fijada en el art. 98, es de tipo objetivo y carácter resarcitorio, no punitivo, compatible con la del daño moral ex art. 1902, al que no sustituye.

2. La buena fe recurrente en ambos contrayentes no se compensa, sino que dará lugar a indemnización en favor de aquel a quien la nulidad deje en situación más desfavorecida. El obligado al pago no tiene que ser necesariamente contrayente de mala fe. Se cuantificará esta indemnización tras valorar las circunstancias del art. 97.

3. El cónyuge de mala fe no tiene derecho a indemnización aunque la nulidad lo coloque en situación de desamparo.

4. Mientras que la pensión del art. 97 compensa el desequilibrio que puede provocar la separación o el divorcio, la indemnización del art. 98 resarce los perjuicios que puede ocasionar a uno de los cónyuges, necesariamente de buena fe, el hecho de que después de dedicar determinados años al matrimonio, privándose de otras posibilidades de exclusivo desarrollo personal, económico, o profesional, ve anulado su matrimonio quedando ante un futuro económicamente incierto. Por ello atendiendo a su edad y estado de salud, a su cualificación profesional y posibilidades de acceso a un empleo, a la mayor o menor dedicación pasada o futura a la familia, a su colaboración, no retribuida, en las actividades del otro cónyuge, y a la duración del matrimonio y de la convivencia, se fijará una indemnización, que podrá ser abonada mensualmente, ya que no hay razón que obligue a lo contrario, y que además tendrá en cuenta el caudal y medios económicos y las necesidades del empobrecido, así como las del obligado al pago.