

EFFECTOS PATRIMONIALES DE LA MALA FE EN LA NULIDAD DEL MATRIMONIO CANONICO Y CIVIL

MARIA LUISA JORDAN VILLACAMPA
Universidad de Barcelona

SUMARIO

I. *Introducción.*—II. *Nulidad, separación y divorcio.*—
III. *Derecho de acción.*—IV. *Efectos patrimoniales de la mala fe.*—Ambito de aplicación de los artículos 95, 2, y 98 del Código civil.—a) Artículo 95, 2.—b) Artículo 98.—
c) La indemnización del artículo 98: naturaleza jurídica.—
V. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

La nueva legislación que en materia matrimonial está vigente en nuestro país desde 1981¹ ha ofrecido a los cónyuges la posibilidad de disolver el vínculo jurídico matrimonial, pero no ha desvirtuado, sin embargo, un instituto de profunda raigambre jurídica cuyos orígenes canónicos y romanos permanecen, todavía, incardinados en la nueva normativa.

Nos estamos refiriendo al instituto del matrimonio putativo (art. 79), a las sanciones establecidas en los artículos 95, 2, y 98, y a la limitación de la legitimación procesal² del artículo 76 del Código civil.

No vamos a entrar en el estudio del matrimonio putativo, institución que ha dado pie a análisis de distinta naturaleza. Nuestra atención se circunscribirá, en un primer momento, a poner de relieve el tema de las inhabilitaciones procesales ya obviadas en la legislación canónica y de claros orígenes romanos³; en un segundo momento, a centrarnos en los efectos civiles puramente patrimoniales de la mala fe una vez declarada ésta en el correspondiente proceso de nulidad matrimonial. Y ello debido al interés que presenta la materia desde alguna de sus vertientes:

¹ Ley 30/1981, de 7 de julio, B.O.E. núm. 172, de 20 de julio.

² Sobre los antecedentes históricos vid. M. L. JORDÁN, *Mala fe y acción de nulidad en el matrimonio canónico*, Pamplona 1985, págs. 105 y sigs.

³ Vid. M. L. JORDÁN, *op. cit.*, pág. 106, «Origen romano del principio alejandrino».

- Por una parte, y como ha apuntado LACRUZ⁴, por ser una característica de la nulidad el distinguir a efectos patrimoniales entre la buena o mala fe de los cónyuges, cuando el legislador «ha tenido especial cuidado en evitar cualquier referencia a la buena o mala fe en tema de separación y divorcio, ya que se pretende en el sistema vigente evitar llegar al supuesto del cónyuge *culpable*».
- Por otra parte, y muy especialmente, por ser la vía por la que un matrimonio canónico declarado nulo por un Tribunal eclesiástico tiene acceso a los efectos patrimoniales de la mala fe, siempre que haya sido declarado ajustado al Derecho del Estado⁵.

II. NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Resulta evidente que el Código civil, en su Título IV del Libro I, capítulo IX, pese a establecer los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, atribuye efectos distintos según que la sentencia recaída sea de nulidad, separación o de divorcio.

A la separación y al divorcio se le da un tratamiento unitario desde el punto de vista de la pensión compensatoria; así, el artículo 97 establece el derecho a dicha pensión por parte del cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio. Dicha pensión no atiende a motivaciones de culpabilidad, sino que se atribuye al cónyuge a la vista de motivaciones objetivas⁶.

La pensión compensatoria, por el contrario, no se establece, como es sabido, en caso de nulidad de matrimonio, sino que para este supuesto se articulan otros efectos que dependen de la buena o mala fe de los cónyuges en el momento de contraer matrimonio, es decir, que se considera la mala fe como causa de lesión y desde su aspecto objetivo de reparación. El cónyuge de buena fe, establecen los artículos 95, 2, y 98 del Código civil, tendrá opción a aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación con la pérdida del derecho a las ganancias del otro y tendrá asimismo derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal.

Este diverso tratamiento nos parece coherente tanto con la actual tendencia occidental a desculpabilizar las disoluciones matrimoniales como con la trayectoria seguida por el Derecho civil de intentar frenar la conducta dolosa en las relaciones contractuales considerada como una violación de la

⁴ J. L. LACRUZ BERDEJO, *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro I del Código civil*, Madrid 1982, pág. 735.

⁵ Artículo VI, 2, del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos de 3 de enero de 1979.

⁶ Son las del artículo 97 del Código civil: «1.ª Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges. 2.ª La edad y estado de salud», etc.

justicia conmutativa. Además, si en la contratación en general en supuestos de conducta dolosa se produce la nulidad del contrato y el derecho a la indemnización de daños y perjuicios, sería incongruente que el matrimonio, dada su especial naturaleza, no participara de forma expresa de tales posibilidades. Por ello, también nos llama la atención que tras una reforma de la normativa matrimonial, como la llevada a cabo por el legislador español, no haya introducido como causa expresa de nulidad el dolo en la consecución del matrimonio⁷.

A tal respecto consideramos importante no perder de vista la evolución experimentada por el ordenamiento canónico matrimonial⁸, porque, sin duda, aporta soluciones que son muy válidas para salvar las incongruencias y contradicciones de nuestra normativa matrimonial civil, no sólo por las implicaciones doctrinales que comportan, sino también por las repercusiones a que en la práctica forense pueden dar lugar dadas las características del sistema matrimonial español.

III. DERECHO DE ACCIÓN

Ya hemos visto que el Código civil, en sus artículos 95, 2, y 98, establece unos efectos para el cónyuge de buena fe, pero el poner en relación dichos artículos con el artículo 74 y siguientes se limita la posibilidad de que el Juez declare la nulidad de un matrimonio por limitarse la legitimación de los cónyuges y caducar la acción de nulidad en los supuestos establecidos por la ley. Ello supone que el cónyuge de buena fe que no ejercita su derecho en el plazo de un año no tiene, por tanto, opción a que se declare nulo su matrimonio y pierde su derecho a los efectos patrimoniales de los artículos 95, 2, y 98.

Por el contrario, si se tratara de los contratos en general, la acción de nulidad duraría cuatro años, artículo 1.301. El contrayente de buena fe podría, eso sí, solicitar la separación o el divorcio si concurriera causa para ello, pero en tal supuesto sólo podría tener derecho a una pensión compensatoria y no a una indemnización ni a participar en las ganancias del consorte, según establece el artículo 95, 2. Todo ello no deja de ser incongruente, a mi modo de ver, por varias razones:

- En primer lugar, porque el artículo 74 y siguientes, al posibilitar que solamente pueda ejercitar la acción de nulidad el cónyuge que hubiera sufrido el vicio en los supuestos enumerados en dicha norma continúa dando vigencia en nuestro Código civil al sistema de nulidades relativas, es decir, que el matrimonio sea válido para uno

⁷ Sin embargo, el error dolosamente causado podrá reconducirse al artículo 73, 4, del Código civil.

La legislación canónica, tras la reforma de 1983, recoge este tipo de error en el canon 1.098.

⁸ Vid. C.I.C., canon 1.098.

de los cónyuges y nulo para el otro. Dicha normativa quiebra con el principio de la validez del contrato para las dos partes por igual, cuya aplicación a la institución matrimonial parece emanar de su propia naturaleza.

- En segundo lugar, porque el ordenamiento civil, al limitar las posibilidades de obtener una sentencia de nulidad matrimonial, ha superado en rigor el principio cristiano de indisolubilidad del vínculo matrimonial al que había accedido por una decantación histórica. Además, el legislador, habiendo posibilitado el divorcio, parece contradecirse poniendo tantas limitaciones y restricciones a la obtención de una declaración de nulidad que a grandes rasgos proporciona los mismos efectos civiles que el divorcio.
- En tercer lugar, porque en la práctica los derechos concedidos en los artículos 95, 2, y 98 sólo podrán ser ejercitados por el cónyuge de buena fe que, casado canónicamente, haya obtenido sentencia canónica de la nulidad de su matrimonio, una vez que ésta sea declarada ajustada al Derecho del Estado por el Juez civil. Y pienso que prácticamente dichos derechos sólo podrán ejercitarse a partir de una sentencia de nulidad canónica, porque la acción de nulidad civil caduca en un corto período de tiempo y porque, además, el procedimiento que establece la Ley 30/1981, de 7 de julio, en la Disposición Adicional 7.^a es, salvo la Disposición Adicional 5.^a, el juicio declarativo ordinario, demasiado largo y costoso para un proceso matrimonial.
- En cuarto lugar, porque los efectos patrimoniales que emanan de una sentencia de nulidad en la que se declara la mala fe de uno de los cónyuges (derecho a indemnización y derecho a liquidar el régimen económico matrimonial por el régimen de participación) tienen un propósito sancionador, cosa que no sucede con la pensión compensatoria establecida para el divorcio, que dependerá del desequilibrio económico. Pensión que, por otra parte, no parece que tenga ni siquiera un carácter compensatorio de los distintos aspectos recogidos en el artículo 97⁹, pues en el momento en que el cónyuge acreedor de la pensión viva maritalmente con otra persona, contraiga matrimonio o se extinga la causa que motivó la pensión, dice el artículo 101 del Código civil, se extinguirá el derecho a la pensión, hecho que, a mi modo de ver, es inconsecuente, puesto que es como dejar sin pago un trabajo ya realizado.

Es ilustrativo al respecto ver el distinto tratamiento que el legislador francés ha dado a la materia estableciendo una prestación compensatoria

⁹ Dedicación dada a la familia, colaboración en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge, etc.

que efectivamente compensa la dedicación que mientras duró la convivencia matrimonial se otorgó a la familia en sus múltiples aspectos¹⁰.

Todo lo expuesto nos lleva a considerar que el legislador español, pese a haber acogido en sede constitucional un sistema matrimonial de pluralismo formal¹¹, pese a haber reformado ostensiblemente la normativa matrimonial introduciendo el divorcio vincular, prácticamente no ha evolucionado en materia de nulidad matrimonial.

Ha cercenado en exceso las posibilidades de obtener una sentencia de nulidad civil. Las limitaciones procesales y el costo monetario y temporal de los procesos de nulidad civil inciden, sin duda, directamente en la elección de una opción divorcista. Y no es que no nos parezca adecuado posibilitar el divorcio, sino que lo que nos parece inconsecuente con una mentalidad divorcista es mantener para la nulidad una serie de trabas procesales que, lo único que hacen, es imposibilitar determinadas soluciones desvinculatorias en aras de una seguridad jurídica de estado que está fuera de lugar.

Creemos que el legislador civil debería replantearse la cuestión y obviar quizás esa inercia histórica de cercenar al máximo las posibilidades de obtener una declaración de nulidad matrimonial. Si un matrimonio es nulo, justo es que se le declare nulo, independientemente del causante de la nulidad y del tiempo transcurrido desde la celebración del mismo¹², pues en definitiva no hay que olvidar que una sentencia de nulidad no es constitutiva, sino meramente declarativa.

Esta última cuestión incide directamente en el tema de la caducidad de la acción, cuestión que nos parece que también el legislador civil debería superar, puesto que los artículos 45 y 73, 1, del Código civil proclaman el principio de que sin consentimiento matrimonial no hay matrimonio, debería respetar y defender esta aseveración con una normativa protectora de dicho principio o, lo que es lo mismo, la acción para interponer una demanda de declaración de nulidad no debería estar sujeta a plazo de caducidad, pues si no hay consentimiento, o éste adolece de algún vicio, el transcurso de un determinado plazo de tiempo no hará que haya consentimiento cuando no lo hubo o que el vicio se subsane por sí solo.

Al ser el matrimonio un negocio jurídico de carácter personalísimo, tendría que estar más protegido que los contratos en general por la acción de nulidad; en tal sentido entendemos que se tendrían que seguir las directrices canónicas de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad¹³, lo cual sería congruente:

¹⁰ M. A. FELIZ BALLESTA, *Regulación del divorcio en el Derecho francés* (tesis doctoral inédita), Barcelona 1982, pág. 558.

¹¹ Vid. V. REINA, «El sistema matrimonial español», en *Los acuerdos concordatarios españoles y la revisión del Concordato italiano*, Barcelona 1980, págs. 313 y sigs.

¹² Para un análisis sobre el tema, vid. M. L. JORDÁN, *op. cit.*

¹³ M. L. JORDÁN, *op. cit.*, pág. 122.

- 1.º Con el principio consensual del matrimonio, puesto que si un matrimonio es nulo, ningún lapso de tiempo puede concederle validez.
- 2.º Con la normativa divorcista inserta en nuestra legislación.

IV. EFECTOS PATRIMONIALES DE LA MALA FE

El artículo 95, 2¹⁴, establece la necesidad de que la sentencia de nulidad declare la mala fe de uno de los cónyuges para que el cónyuge de buena fe pueda optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación. Sin embargo, el artículo 98 no menciona dicha necesidad para que el cónyuge de buena fe pueda solicitar una indemnización si hubiese existido convivencia conyugal. No obstante, es evidente la aplicación de dicho precepto cuando existe una sentencia de nulidad matrimonial en la que se declare la mala fe de uno de los cónyuges presupuesta la convivencia, claro está. Cuestión distinta será si la sentencia no se pronunciara acerca de la mala fe de ninguno de los cónyuges. En tal supuesto, ambos esposos habrían contraído de buena fe, y es en este punto donde las opiniones acerca de la aplicabilidad del derecho de indemnización son controvertidas. No vamos a entrar ahora en ello, puesto que lo haremos en el comentario al artículo 98, pero no cabe duda de que conviene tenerlo presente porque declarada la mala fe de uno solo de los cónyuges en la sentencia de nulidad al cónyuge de buena fe correspondería:

- 1.º El derecho a la liquidación del régimen económico matrimonial por las disposiciones relativas al régimen de participación.
- 2.º El derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal.

Ya hemos apuntado las dificultades existentes en la práctica para obtener una sentencia de nulidad de un Tribunal civil, de ahí que entendamos que el interés de la normativa analizada recaerá muy especialmente en su aplicabilidad a las sentencias de nulidad emanadas de los Tribunales eclesiásticos.

Por ello, como premisa metodológica y antes de entrar en los efectos patrimoniales mencionados, quizás convenga traer a colación la necesidad de que el Juez civil declare ajustadas al Derecho del Estado las sentencias canónicas de nulidad matrimonial, a fin de que gocen de los efectos civiles correspondientes¹⁵. El procedimiento será, como es sabido, el establecido en la Disposición Adicional 2.ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio.

¹⁴ En el mismo sentido, artículo 1.395 del Código civil.

¹⁵ Artículo VI, 2, del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos de 3 de enero de 1979.

En el supuesto de que el Juez eclesiástico declarara en la sentencia de nulidad la mala fe de uno de los cónyuges tenemos que partir de la base de que el Juez civil no está vinculado por las resoluciones de los Tribunales eclesiásticos, sino que goza de plena jurisdicción en sus decisiones¹⁶. Como es sabido, le corresponderá no sólo declarar ajustada al Derecho del Estado la sentencia canónica, sino también pronunciarse, si así lo ha instado la parte, acerca de la mala fe del otro cónyuge^{16bis}.

Ambito de aplicación de los artículos 95, 2, y 98 del Código civil

a) *Artículo 95, 2*

Si bien el artículo 95, 2, posibilita al cónyuge de buena fe a participar en las ganancias de su consorte, es decir, a poder aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación, no es pacífico que dicho precepto legal sea aplicable a todos los regímenes económicos matrimoniales.

Básicamente se plantean dos posturas contradictorias:

- Por una parte, la que considera que dicha disposición solamente es aplicable cuando el régimen que deba liquidarse sea el de ganancias, o cualquier otro tipo de comunidad voluntariamente establecida por los interesados en sus capitulaciones matrimoniales. No siendo aplicable al régimen de separación de bienes, puesto que no puede hablarse de ganancias por parte de ninguno de los cónyuges¹⁷. E incluso, como señala LACRUZ BERDEJO¹⁸, «es cuestionable la aplicación a los Derechos forales de aquella parte del Título IV que trata exclusivamente de régimen económico del matrimonio» y se inclina por la no aplicación del artículo 95, 2, a los países de fuero.
- Por otra parte, la que considera que el artículo 95, 2, es aplicable a todos los supuestos de extinción de regímenes de comunidad de bienes, y también a todos los supuestos de extinción de un régimen económico matrimonial y ello debido a razones de política legislativa¹⁹.

¹⁶ Vid. al respecto la conocida sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de enero de 1981.

^{16bis} V. REINA, *Culpabilidad conyugal y separación divorcio o nulidad*, Barcelona 1984, página 203.

¹⁷ E. ROCA TRÍAS, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (obra conjunta), Madrid 1984, pág. 606.

¹⁸ J. L. LACRUZ BERDEJO, *Matrimonio y...*, *op. cit.*, págs. 739-740.

¹⁹ LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVARRÍA, RIVERO HERNÁNDEZ, *El nuevo régimen de la familia, I, Matrimonio y divorcio*, Madrid 1982, páginas 167 a 170.

Pese a decantarnos hacia la tesis de la no aplicación del artículo 95, 2, a los países sujetos al régimen foral y ello en base al artículo 13 del Código civil, de lo que nos cabe duda es de la compleja aplicación del artículo comentado, con independencia de la postura doctrinal adoptada, pues liquidar un régimen económico por otro distinto del que se rige el matrimonio, ya sea el legal o el establecido en capitulaciones matrimoniales, es, sin duda, un foco de dificultades prácticas que tal como ha puesto de relieve LACRUZ puede llevar a diversos resultados²⁰, al tiempo que desvirtúa el

²⁰ J. L. LACRUZ BERDEJO, *Matrimonio y...*, *op. cit.*, págs. 738-739: «para poder disolver un régimen de participación en las ganancias es preciso haber vivido gobernándose por las reglas de la separación. De ahí las dificultades que ha de suscitar el nuevo precepto cuando se intente aplicarlo a un matrimonio que vive bajo el régimen legal o bajo cualquier régimen de comunidad...

... En el funcionamiento ordinario del régimen de participación se busca determinar la diferencia entre las ganancias de uno y otro cónyuge para repartirla por mitad. Por tanto, se determina para cada uno su patrimonio inicial y el final; se fijan las diferencias entre uno y otro patrimonio, cuya diferencia positiva constituya la ganancia de cada esposo, y del exceso del que más gana sobre el que menos, se da la mitad a éste, para igualarla con aquél. La idea del régimen de participación es la de igualar las ganancias.

En cambio, la manióbra que dispone el artículo 95 es, aparentemente, la negación del régimen, puesto que prescinde, al parecer, de la igualación, y a falta de ella el régimen se transforma en algo distinto.

La aplicación práctica del precepto no es evidente, antes bien presenta serias dudas. Vamos a verlas en un ejemplo. El cónyuge A tiene un patrimonio inicial valorado en 10 y uno final de valor 30. El cónyuge B tiene un patrimonio inicial que importa 40 y uno final de 140. Por tanto, las ganancias de A son 20 y las de B son 100. Liquidado normalmente el régimen, A tendría contra B o sus sucesores un crédito de 40.

Si A es culpable no tiene derecho a participar en las ganancias de B, dice el precepto. Pero ¿qué participación tiene B en las ganancias de A? Se me ocurren tres soluciones: 1) La totalidad, como en el antiguo régimen de pérdida de gananciales. 2) La mitad. 3) También cabría mantener que el régimen debe liquidarse normalmente: que ha de practicarse la igualación y que entonces el cónyuge con derecho a ella pierda su pretensión a la compensación igualadora, si la tiene en el caso; pero nada pierde si no lo tiene.

Así en el ejemplo, si se acepta la primera tesis, no se haría igualación y A tendría que entregar a B los 20 que ganó; conforme a la segunda tesis, sería A deudor de 10; y aplicando la tercera, nada debería: simplemente perdería (como en los casos anteriores) su pretensión de igualación frente a B (por importe de 40). Si fuera B el culpable, conforme a la primera tesis, habría de entregar a A 100; conforme a la segunda, 50, y aplicando la tercera, 40.

En favor de la última solución se muestra el tenor literal del precepto; A pierde el derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte, pero no pierde nada de las obtenidas por él, pues se trata de una norma sancionadora y ha de interpretarse restrictivamente. En favor de la segunda solución cabe aducir, en el propio precepto, el período que autoriza a optar por las disposiciones relativas al régimen de participación: el hecho de que uno de los esposos pierda su participación en las ganancias del otro no permite dejar de aplicar las normas del régimen, conforme a las cuales ese otro debe seguir teniendo su porción en los aumentos del uno, y ello aunque no se practique la igualación por causa que no le es imputable. En apoyo de la tesis primera será argumento el antecedente del artículo 72, en el cual el culpable pierde todas sus ganancias, de modo que se ve reducido a su patrimonio inicial, aparte de que si aceptase la solución tercera el efecto sancionador de la norma sería más aleatorio, pues dependería de que fuera el cónyuge de mala fe, y no el de buena, quien tuviera el crédito de igualación.

No es fácil inclinarse por una de estas soluciones. La tercera, con todo, tiene en su contra la consideración de que el final del artículo 95 no es razonable si se contempla aislado, es decir, que lo habitual del sistema es la subsistencia de la participación, y lo que le mo-

régimen de participación transformándolo en algo distinto al prescindir de la igualación en las ganancias de los cónyuges. Ciertamente que algo similar venía sucediendo con el derogado artículo 72²¹, que negaba el derecho a los gananciales al cónyuge que hubiese obrado de mala fe, pero ello no implica que fuese una solución satisfactoria al problema de la mala fe como tampoco creemos que lo sea ahora el artículo 95, 2. Por el contrario, estimamos que en una futura reforma dicho precepto legal debiera suprimirse y que cuando un matrimonio fuera declarado nulo mediante la sentencia correspondiente, aunque en ella se declarase la mala fe de uno de los cónyuges, la liquidación del régimen económico matrimonial debería hacerse siguiendo las normas establecidas por el legislador para el régimen económico a que se acogió dicho matrimonio. En definitiva, entendemos que deberían derogarse los artículos 95, 2, y 1.395, referidos a la liquidación, para centrar la sanción de la mala fe en la indemnización que establece el artículo 98.

Los derechos establecidos en los artículos 95, 2, y 98 se hacen depender del cónyuge actuante de buena fe, el cual tendrá, como es sabido, un derecho sobre los mismos. Es un derecho que está sometido al poder dispositivo de las partes. El cónyuge de buena fe podrá reclamar, transigir o renunciar a dichos derechos. Ahora bien, en el supuesto de que ejercite su derecho positivamente, ¿puede solicitar conjuntamente la liquidación del régimen económico matrimonial por las disposiciones del régimen de participación y la indemnización del artículo 98 o solamente una de ellas?; o, dicho de otro modo, ¿los efectos del artículo 95, 2, y los del artículo 98 se excluyen entre sí?

Parece que en principio nada obsta a que puedan reclamarse ambos efectos, puesto que al ser normas sancionadoras, la negación de dicha posibilidad debería estar formulada en alguna de ellas, por lo que al no limitarse dicho derecho de forma expresa, ésta podrá ser ejercitada. Cosa distinta será que en la práctica sea suficiente obtener uno de ambos derechos por que su montante económico alcance el equivalente a la suma de los dos. Dependiendo, por tanto, de la solicitud de uno o ambos derechos de la naturaleza del supuesto concreto.

Parece que tanto el derecho de opción del artículo 95, 2, como el derecho de indemnización del artículo 98 son un efecto, tal como manifiesta

daliza en este caso es la exclusión para el cónyuge culpable de las ganancias obtenidas por su consorte; luego no se podría realizar ni como hipótesis de trabajo la igualación, porque al practicarla estamos pagando ya con las ganancias obtenidas por ambos consortes. Si, por otra parte, se piensa que el nuevo precepto ha evitado decir, a diferencia del anterior, que el cónyuge culpable pierde sus propias ganancias, cabe inclinarse, como más probable, por la solución segunda.»

²¹ Art. 72. «La sentencia firme de nulidad producirá, respecto de los bienes del matrimonio, los mismos efectos que la disolución por muerte; pero el cónyuge que hubiera obrado de mala fe no tendrá derecho a los gananciales. Si la mala fe se extendiera a ambos quedará compensada.»

ENCARNA ROCA²², de la aplicación de las normas sobre matrimonio putativo del artículo 79 del Código civil. Incluso LASARTE²³ alega que la ubicación idónea del artículo 98 hubiera sido la de seguir inmediatamente al actual artículo 79, referido al matrimonio putativo.

b) *Artículo 98*

«El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97.»

Este precepto legal establece de forma expresa el requisito de la convivencia conyugal.

Si bien el legislador no ha dejado claro qué debe entenderse por convivencia conyugal, ni cuando debe apreciarse ésta, a los efectos del artículo 98.

Dicho concepto está, por tanto, sujeto a las disquisiciones doctrinales y jurisprudenciales que vayan delimitando su contenido.

Sin embargo, parece que podría hablarse de convivencia conyugal cuando exista la apariencia de un *status* matrimonial²⁴, independientemente de si hubiera habido relación sexual, o no, y de la duración en el tiempo de dicho *status*. No obstante, corresponderá al Juez competente apreciar en cada supuesto de hecho si ha existido o no convivencia conyugal, así como el montante de la indemnización una vez atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97.

Ya hemos hecho referencia en relación al artículo 98 al supuesto de que si en la sentencia de nulidad se declara también la mala fe de uno de los cónyuges, el de buena fe podría solicitar de aquél la indemnización de la mencionada norma. Además, es evidente que si se declara la mala fe de ambos ninguno tendría ese derecho. Ahora bien, supuesto de que no constara la mala fe de ninguno de los cónyuges en la sentencia, de los dos se podría predicar la buena fe, y como la buena fe es el requisito que juntamente con la convivencia conyugal establece de forma expresa el artículo 98 para tener derecho a tal indemnización, parece que en principio ambos contrayentes gozarían de la posibilidad de solicitar dicha indemnización. ¿Pero es esto realmente así? ¿Pueden convertirse uno en deudor y otro en acreedor?

La cuestión no debe ser tan sencilla cuando distintos sectores doctrinales opinan sobre la misma de forma divergente. De ahí que las opiniones al respecto vayan cristalizando en dos posturas básicamente diferenciadas.

Un sector doctrinal se inclina a la consideración de que aunque ambos esposos hayan contraído de buena fe uno puede ser deudor y otro acreedor.

²² E. ROCA TRÍAS, *op. cit.*, pág. 630.

²³ C. LASARTE, en J. L. LACRUZ BERDEJO, *Matrimonio y...*, cit., págs. 774 y 775.

²⁴ E. ROCA TRÍAS, *op. cit.*, pág. 632.

En este sentido, LASARTE²⁵ entiende que aunque los dos cónyuges sean de buena fe, la indemnización que prevé el artículo 98 «sigue desplegando su virtualidad específicamente compensatoria de las consecuencias de la nulidad matrimonial que ninguno de ambos cónyuges ha predeterminado en el momento de contraer matrimonio». Y añade que si en relación con el divorcio (y la pensión subsiguiente al mismo) la idea de culpabilidad «no se ha elevado a la postre a estrella polar del sistema instaurado, resultaría cuanto menos inconsecuente concluir que, en los casos de nulidad, sólo habría de indemnizar el cónyuge de mala fe». Entiende, además, que la remisión que el artículo 98 hace al artículo 97 se debe entender en relación al desequilibrio económico y que si éste se produjera resultaría injusto que se exonerara al cónyuge que se hubiera beneficiado de aquél del pago de la indemnización, aunque contrajera el matrimonio de buena fe «el posible acreedor también lo hizo y no tiene por qué pechar con el desequilibrio económico, caso de producirse».

Para LACRUZ²⁶ «parece que las actitudes de buena fe de ambos esposos no se compensan y que, en todo caso, el cónyuge de buena fe tiene derecho a la indemnización a cargo de otro». Considera que el novedoso artículo 98 no hace referencia a desequilibrios económicos derivados de la declaración de nulidad tratándose de un supuesto de responsabilidad objetiva.

Para VÍCTOR REINA²⁷ el legislador español lo que ha tratado de clarificar en el artículo 98 es «que sólo tenga derecho a una indemnización —no pensión— el cónyuge de buena fe (ambos, por tanto, si ambos lo fueran, cosa que legalmente se presume), y en cambio no puede solicitar indemnización alguna el que sea declarado cónyuge de mala fe en la correspondiente sentencia de nulidad».

Para otro sector doctrina, en el supuesto de que ambos cónyuges hubiesen contraído de buena fe, carecería de razón la indemnización del artículo 98.

ENCARNA ROCA²⁸ entiende que «los autores que sostienen la posibilidad de unas compensaciones económicas entre cónyuges de buena fe parten de que el artículo 98 del Código civil está reconociendo el mismo derecho a pensión que el artículo 97 del Código civil y, por tanto, con el requisito del desequilibrio económico». Considera que cabría dicha interpretación si se hubiese aprobado la norma correspondiente del Proyecto gubernamental que aludía a la pensión, pero que el actual artículo 98 sólo habla de indemnización en base a la cualidad subjetiva de la buena fe, tratándose no de un resarcimiento propiamente dicho, sino de una sanción al cónyuge de mala fe.

²⁵ C. LASARTE, *op. cit.*, págs. 776 y 777.

²⁶ LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVARRÍA, RIVERO HERNÁNDEZ, *El nuevo régimen*, *op. cit.*, pág. 173.

²⁷ V. REINA, *Culpabilidad...*, *op. cit.*, pág. 196.

²⁸ E. ROCA TRÍAS, *op. cit.*, págs. 632 y sigs.

Para ENTRENA KLETT²⁹, «sólo el consorte de buena fe, víctima al matrimoniar de la mala fe de su cónyuge está legitimado para solicitar la indemnización de que se trate». Entiende que el artículo 98 tiene un fundamento lógico y jurídico obvio, «todo el que causa daño a otro proveniente de dolo o culpa, está obligado a repararlo».

Para ARZA³⁰ si ambos cónyuges han contraído de buena fe parece que no habrá lugar a indemnización porque «cuando se dice el cónyuge de buena fe naturalmente se opone al de mala fe» y cuando los dos hayan contraído de buena fe, ambos deberían tener derecho a indemnización por haber contraído de buena fe, pero al no haber cónyuge de mala fe no hay sujeto a quien se le pueda reclamar ese derecho.

Vistas estas distintas posturas nos parece, si nuestra visión no es errónea, que la cuestión está íntimamente conectada con la naturaleza jurídica del derecho de indemnización del artículo 98 y con la tradicional protección jurídica al cónyuge de buena fe.

c) *La indemnización del artículo 98: naturaleza jurídica*

A lo largo de nuestro trabajo hemos venido atribuyendo a los derechos dependientes del cónyuge de buena fe, contenidos en los artículos 95, 2, y 98, un carácter sancionador. Además de las razones aducidas anteriormente, estimamos que en el supuesto de la indemnización dicho carácter se evidencia todavía más debido a los avatares parlamentarios que tuvo que sufrir la norma en cuestión hasta su promulgación por la Ley 30/1981, de 7 de julio. Y tal como ya ha puesto de relieve LACRUZ³¹ conviene llamar la atención acerca del diverso contenido del artículo 98 del Proyecto de Ley enviado a las Cortes por el Gobierno³² y la actual redacción.

El mencionado artículo 98 establecía: «El cónyuge cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá también el derecho a la pensión a que se refiere el artículo anterior si por la convivencia marital la sentencia produce una situación análoga.» De dicho precepto legal no se desprendía la necesidad de un matrimonio putativo. Además no se trataba de una norma sancionadora, puesto que basaba el derecho de pensión del artículo 97 en el desequilibrio económico que pudiera producirse al declarar nulo el matrimonio, equiparando con ello los efectos de la nulidad a los del divorcio.

La actual redacción del vigente artículo 98 diferencia, por el contrario, los efectos de ambos institutos, desculpabilizando el divorcio y protegiendo la buena fe en los supuestos de nulidad matrimonial. Con ello, el legis-

²⁹ C. M. ENTRENA KLETT, *Matrimonio, separación y divorcio en la legislación actual y en la historia*, Pamplona 1982, pág. 471.

³⁰ A. ARZA, *Remedios jurídicos a los matrimonios rotos* (Nulidad, separación, divorcio), Bilbao 1982, pág. 137.

³¹ J. L. LACRUZ BERDEJO, *Matrimonio y...*, *op. cit.*, págs. 777 y sigs.

³² B.O.C.G., serie A, 13 de marzo de 1980.

lador sigue el iter histórico de profunda raigambre jurídica de la protección de la buena fe negocial.

Lo primero que llama la atención a lo dicho en el párrafo anterior es la incongruencia, como ha puesto de relieve VÍCTOR REINA³³, o al menos la exageración de que se admitan y basen efectos concretos en razón de la buena o mala fe, cuando la culpabilidad ha dejado de ser elemento determinante de los efectos de la separación y divorcio.

Cierto que si bien en principio esta solución dada por el legislador al actuante de buena fe parece incongruente, no deja, por otra parte, de ser acorde con la protección que tradicionalmente el legislador hace del actuante de buena fe en la contratación en general, puesto que parece que no es lo mismo desculpabilizar una relación matrimonial que se ha iniciado cumpliendo todos los requisitos relativos a la buena fe y que por circunstancias posteriores, culpables o no, no se haya podido mantener, que pretender desculpabilizar una acción dolosa sin la que posiblemente no se hubiera llevado a cabo el negocio matrimonial. De la injusticia de este segundo supuesto es muestra evidente la legislación de los negocios jurídicos en general, que conlleva una serie de derechos al actuante de buena fe.

Nos parece que son dos situaciones totalmente distintas, pues parten de diferentes presupuestos y, por tanto, su tratamiento también ha de ser distinto. De ahí que consideremos congruente este diverso tratamiento.

Por supuesto que compartimos la idea de que la función del uso moderno del Derecho no ha de ser prevalentemente sancionadora y en este sentido encontramos muy acertada la aludida desculpabilización que de los cónyuges se hace en la ley de divorcio, pero de ahí a considerar que la mala fe en el pacto conyugal no deba ser sancionada, va un abismo. Tampoco nos parece congruente que si ambos cónyuges han contraído de buena fe, a uno de ellos se le deba aplicar la sanción del artículo 98, puesto que la indemnización tiene una función sancionadora³⁴ y atiende a un aspecto objetivo de reparación, no parece tener mucho sentido que un cónyuge de buena fe sea sancionado por el Derecho. Lo lógico sería, puesto que ambos son de buena fe, que se produjera una compensación de las respectivas pretensiones de acuerdo con el artículo 1.195 del Código civil.

Además, si en el supuesto de que ambos cónyuges hubieran actuado de mala fe está claro que ninguno tiene derecho a la indemnización del artículo 98, no veo por qué en estos supuestos la mala fe tiene que recibir un trato de favor en relación a la buena fe; si a los de mala fe no les sanciona el Derecho en el sentido apuntado, ¿por qué tendría el Derecho que sancionar a los de buena fe?

Tampoco parece que puede ser un tercero el que por haber obrado de

³³ V. REINA, *Culpabilidad...*, *op. cit.*, pág. 195.

³⁴ E. ROCA TRÍAS, *op. cit.*, pág. 630.

mala fe, es decir, por haber sido causa de la nulidad, sea deudor de la indemnización, pues entiendo, tal como afirma LASARTE³⁵, que la indemnización se refiere únicamente a la relación interconyugal. Y en el mismo sentido ENCARNA ROCA³⁶ considera que la «indemnización del artículo 98 del Código civil queda convertida en un efecto inter cónyuges de la nulidad declarada de su matrimonio, sin que pueda implicar a los terceros, quienes, a pesar de ello, no quedan indemnes, en cuanto pueden ser deudores de la indemnización en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.902 del Código civil».

Pese a todo lo dicho, entendemos que dado el desequilibrio económico que en determinados supuestos de nulidad matrimonial pueden plantearse en la práctica, cuando ambos cónyuges hayan contraído de buena o mala fe, debería articularse una solución semejante a la establecida en el artículo 98 del mencionado Proyecto de Ley. De este modo, se irían equiparando los efectos de la nulidad a los del divorcio, equiparación que debería hacerse también en materia de Seguridad Social, puesto que si se cotizó en el tiempo que duró la apariencia de matrimonio, los derechos pasivos derivados de la cotización no tienen por qué desaparecer.

V. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión y a la vista de las reflexiones formuladas, creemos que sería deseable una reforma de los artículos comentados. La cual, entendemos, debería hacerse en el siguiente sentido:

- 1.º Supresión de todas las trabas procesales para la impugnación del matrimonio, incluida la de prescriptibilidad de las acciones.
- 2.º Supresión del derecho de opción que prescribe el artículo 95, 2, del Código civil.
- 3.º Mantenimiento del derecho a la indemnización del artículo 98 del Código civil, pero estableciendo:
 - a) La necesidad de la declaración de mala fe de uno de los cónyuges en la sentencia de nulidad.
 - b) La imposibilidad de variación o extinción de la indemnización, una vez fijado el montante por el Juez competente.
- 4.º Establecimiento de una «pensión» al cónyuge al que la nulidad implicase un desequilibrio económico, atendidas las circunstancias del artículo 97 del Código civil en el supuesto que los dos cónyuges hubieran contraído de mala fe o los dos de buena fe.

³⁵ C. LASARTE, *op. cit.*, pág. 775.

³⁶ E. ROCA TRÍAS, *op. cit.*, pág. 633.