


DAÑOS MORALES DERIVADOS DE LA CAUSACIÓN DOLOSA
O NEGLIGENTE DE LA NULIDAD MATRIMONIAL

*MORAL DAMAGES DERIVED FROM THE DECLARATION OF THE
MALICIOUS OR NEGLIGENT CAUSE OF THE NULLITY OF MARRIAGE*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 660-675



José Ramón
de VERDA y
BEAMONTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de septiembre de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 12 de diciembre de 2019

RESUMEN: El presente trabajo analiza de manera crítica la experiencia jurisprudencial española sobre el resarcimiento del daño moral causado por la declaración de nulidad de un matrimonio.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio; nulidad; daño moral; responsabilidad civil.

ABSTRACT: *This paper critically analyzes the Spanish jurisprudential experience on the compensation of moral damage caused by the declaration of annulment of a marriage.*

KEY WORDS: *Marriage, nullity; moral damage; civil liability.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA.- 1. La reserva mental.- 2. El error en cualidad personal.- III. EL FUNDAMENTO JURÍDICO DEL RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL: EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS ARTS. 98 Y 1902 CC.- IV. LA CULPA COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD POR EL DAÑO *IN CONTRAHENDO*.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

El presente trabajo tiene como finalidad el examen de la cuestión relativa a la aplicación del principio de responsabilidad, con el fin de resarcir los daños morales ocasionados a uno de los contrayentes, cuando el otro origina, dolosa o negligentemente, la nulidad matrimonial.

A este respecto existen diversos fallos jurisprudenciales, recaídos con ocasión de declaraciones de nulidad por reserva mental y por error doloso en cualidad personal¹, si bien dichos fallos no son unánimes al identificar el fundamento jurídico del resarcimiento, aplicando las sentencias más recientes, bien el art. 98 CC, bien el art. 1902 CC.

a) La reserva mental tiene lugar cuando uno de los contrayentes excluye la causa del matrimonio, mediante un acto de voluntad interno, no manifestado externamente. Quien realiza la reserva mental no desea, pues, asumir el estado civil de casado, sino solamente su mera apariencia para lograr un efecto que la ley asigna a dicho estado, por ejemplo, la tarjeta de residente comunitario, cuando se trata de un contrayente extranjero que se casa, con tal fin, con un español. La reserva mental es causa de nulidad del matrimonio civil, como lo es del canónico, teniendo actualmente encaje en el art. 73.1º CC, en la redacción dada por la Ley 30/1981,

¹ En cambio, respecto del otro caso que claramente podría dar lugar a un daño moral, esto es, la declaración de nulidad por coacción o miedo grave, solo he encontrado la vieja STS 21 enero 1957 (RJ 1957, 1133).

de 7 de julio, el cual declara nulo “El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial”², tal y como sostiene el común de los autores³ y la jurisprudencia⁴.

b) El art. 73.4º CC, redactado por la Ley 30/1981, de 7 de julio, establece como causa de nulidad el error en aquellas cualidades personales del otro contrayente, que “por su entidad, hubieran sido determinantes de la prestación del consentimiento”⁵. Se trata, pues, de un error que recae sobre cualidades personales del otro contrayente, determinantes de la prestación del consentimiento de quien se equivoca, y de “entidad”, lo que remite a una valoración objetiva que, a mi parecer, debe ser realizada con arreglo a un criterio sociológico, teniendo en cuenta el

2 Cabe plantear hasta qué punto la admisión de la reserva mental como causa de nulidad de matrimonio es conciliable con el interés público a la certeza y seriedad de las actuaciones relativas al estado civil de las personas.

A mi entender, esta ida debe resolverse partiendo de la idea de la especificidad del negocio jurídico matrimonial respecto del contrato.

En el ámbito del Derecho de la contratación la exigencia de seguridad de las relaciones jurídicas patrimoniales (a los efectos de favorecer la circulación de la riqueza) justifica sobradamente que, en virtud del principio de responsabilidad negocial, nadie pueda invocar en perjuicio de la otra parte contratante una causa de nulidad imputable a la propia conducta dolosa de quien la alega.

Sin embargo, tal consecuencia parece desmesurada respecto del matrimonio, que no es un contrato, sino un negocio jurídico de Derecho de familia, en cuya virtud dos personas asumen una plena comunidad de vida; y, de ahí, que deba tutelarse exquisitamente la *realidad* del consentimiento nupcial; y ello frente a otras consideraciones, debiendo prevalecer el interés privado de los contrayentes a demandar la nulidad del matrimonio contraído con reserva mental frente al interés público a la seguridad de las relaciones matrimoniales y a la estabilidad de las actuaciones relativas al estado civil de las personas. La categoría de la nulidad matrimonial ha de vertebrarse sobre la idea-fuerza del valor preeminente de la persona sobre la institución, lo que debe traducirse en una inequívoca protección de la voluntad real de los contrayentes, frente a desmesuradas consideraciones de utilidad social o de estabilidad del vínculo.

3 La doctrina actual es favorable al reconocimiento de la reserva mental como causa de invalidez matrimonial. *Vid.*, en este sentido, ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho civil*, IV, *Derecho de familia*, Barcelona, 10ª ed., Edisofer, Madrid, 2006, p. 85; Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema*, cit., p. 77; DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al art. 73 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 833-834; DORAL GARCÍA, J. A.: “Comentario al art. 73 CC”, en AA.VV.: *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo IV del Libro primero del Código civil* (coord. J. L. LACRUZ BERDEJO), 2ª ed., Civitas, Madrid, 1994, p. 704; GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario al art. 47 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), t. II, 2ª ed., Madrid, 1982, p. 218; HORNERO MÉNDEZ, C.: “Las crisis matrimoniales”, en AA.VV.: *Derecho de Familia* (dir. A. LÓPEZ Y LÓPEZ Y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 69; LINACERO DE LA FUENTE, Mª: “Nulidad, separación y divorcio”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de familia* (dir. Mª LINACERO DE LA FUENTE), Tirant lo Blanch, Valencia 2016, p. 132; MONJE BALMASEDA, O.: MONJE BALMASEDA, O.: “Requisitos del matrimonio”, en AA.VV.: *Sistema de Derecho civil, Derecho de familia* (dirs. F. LLEDÓ YAGÜE y R. HERRERA CAMPOS), Dykinson, Madrid, 2002, p. 72; ROCA I TRIAS, E.: “Los requisitos del matrimonio”, en AA.VV.: *Derecho de familia* (coord. E. ROCA I TRIAS), 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 73; TOLDRA I ROCA, Mª D.: “La reserva mental en el matrimonio civil”, en AA.VV.: *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente* (coord. L. Prats), vol. II, Universidad de Valencia, Valencia, 1996, pp. 519 ss.; VILLAGRASA ALCAIDE, C.: *Matrimonio civil y reserva mental*, EUB, Barcelona 1996.

4 La jurisprudencia de instancia, en efecto, ha ido también progresivamente admitiendo la reserva mental como causa de nulidad de matrimonio. *Vid.*, en este sentido, entre otras, SAP Barcelona 8 noviembre 1999 (AC 1999, 2588), SAP Valencia 20 julio 2006 (JUR 2007, 40031), SAP Málaga 30 noviembre 2006 (JUR 2007, 163775), SAP Málaga 22 enero 2009 (JUR 2009, 199377), SAP Barcelona 25 noviembre 2009 (JUR 2010, 151111), SAP Vizcaya 20 mayo 2010 (JUR 2010, 409090) y SAP Vizcaya 30 abril 2019 (JUR 2019, 226249), la cual, no obstante, ha denegado la pretensión de resarcimiento del daño moral derivado de nulidad de matrimonio, indicando que dicha pretensión debiera de haberse encauzado a través del art. 1902 CC.

5 Sobre esta causa de nulidad puede verse CARRIÓN OLMOS, S.: *El art. 73.4 del Código civil (Notas para su estudio)*, *Revista de Derecho Privado*, 1987, pp. 646 ss., pp. 789 ss., pp. 862 ss.; COBACHO GÓMEZ, J. A.: *El error en el matrimonio*, en *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Barcelona, 1992, pp. 239 ss.; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *El error en el matrimonio*, *Studia Albornotiana*, Bolonia, 1997.

sistema de valores, no sólo de la entera sociedad, sino también el imperante en el círculo social en el que se mueven los contrayentes.

II. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA.

Examinaré el estado de la cuestión que nos ocupa en la jurisprudencia, distinguiendo los dos supuestos típicos en los que tienen la condena al resarcimiento.

I. La reserva mental.

A propósito de la reserva mental hay que hacer referencia a una conocida sentencia del TS⁶, recaída, sin embargo, en un caso en el que la declaración de nulidad había tenido lugar en la jurisdicción eclesiástica, acudiéndose posteriormente a la vía civil para pedir el resarcimiento del daño moral.

El recurrente había contraído matrimonio canónico, como un simple medio para poder mantener relaciones sexuales con la recurrida, “sin considerarse atado permanentemente”, lo que alegó, con éxito, ante los tribunales eclesiásticos, a los efectos de obtener la nulidad de tal matrimonio. Declarada la nulidad, la mujer demandó y obtuvo de la jurisdicción civil, en primera instancia, una indemnización de cinco millones de pesetas, en concepto de resarcimiento de daños y perjuicios (morales y materiales), por considerarse al marido “único responsable doloso del matrimonio entre ambos”. Interpuesto recurso de apelación por el demandado, la Audiencia dictó sentencia, por la que se rebajó la cuantía de la indemnización a dos millones de pesetas.

Contra la sentencia de la Audiencia el demandado interpuso recurso de casación, invocando, entre otros motivos, infracción de ley, por aplicación indebida del art. 1269 CC (alegando la existencia de coacciones morales y materiales por parte de la demandante, tendentes a obligarle a la celebración del matrimonio, lo que, a su juicio, venía a excluir las pretendidas maquinaciones insidiosas) y por interpretación errónea del art. 1270 CC (razonando que, aunque pudiera entenderse que él había actuado dolosamente, debía también considerarse doloso el comportamiento de la demandante, que no se había opuesto a la demanda de nulidad, “lo que hubiera sido lo lógico, considerando los daños y perjuicios que más adelante han sido alegados”).

El TS desestimó el recurso, declarando que la sentencia recurrida no había interpretado indebidamente el art. 1269 CC, porque “los hechos expuestos y los demás probados revelan una conducta del recurrente que ha de ser calificada de dolosamente grave [...] puesto que el recurrente se sirvió indudablemente de la astucia de celebrar un matrimonio para lograr sus apetencias sexuales exclusivamente,

6 STS 26 noviembre 1985 (J. Civ. 1985, 707).

circunstancia que de haber sido conocida por la contrayente recurrida hubiera impedido la celebración de la boda. Como variedad dentro de la conducta dolosa seguida por el recurrente, puede considerarse que aquélla incidió en clara reserva mental, como vicio de la declaración de voluntad al contraer matrimonio, pues hubo una manifiesta discordancia consciente entre voluntad y declaración, circunstancia ocultada a la otra parte al silenciar, que se expresaba en forma deliberadamente disconforme con lo que derivaba de sus términos y de su verdadera voluntad, de modo que resultó su conducta un lazo tendido a la buena fe de la otra parte”.

El TS consideró, además, no haber existido interpretación errónea del art. 1270 CC, observando que “el recurrente, amparándose en la realidad sociológica actual, pluralista, liberal y abierta, en casos como el ahora contemplado origina sin duda para la parte perjudicada y engañada un evidente daño moral, consecuencias de carácter patrimonial resultantes de la conducta dolosa de la otra parte, y ello sin considerar la unión matrimonial como únicamente determinada por una perspectiva de ganancias o adquisiciones para la mujer, en cuanto que para ésta, a la idea lucrativa o de asistencia material, ha de añadirse el daño no patrimonial que se origina con la frustración de la esperanza de lograr una familia legítimamente constituida”.

Creo que la solución a la que llega el TS ha de compartirse, pero no, así, el fundamento jurídico en el que se basa el fallo. A nuestro parecer, es totalmente improcedente fundamentar la indemnización del daño moral resultante de la impugnación de la validez del matrimonio en los arts. 1269 y 1270 CC; y ello, por dos razones: en primer lugar, porque el matrimonio no es un contrato, sino un negocio jurídico de Derecho de familia, por lo que no origina obligaciones contractuales para quienes lo contraen; y, en segundo lugar, porque, en el momento en el que tal daño se produce, no hay todavía ningún vínculo jurídico entre los contrayentes, sino un deber de éstos de actuar con buena fe, para no defraudar la confianza del otro en la validez del matrimonio, la cual queda truncada, cuando, al tiempo de celebrarse aquél, concurren causas de nulidad imputables al comportamiento malicioso o negligente de uno de ellos.

2. El error en cualidad personal.

Son varias las sentencias de instancia en las que, además, de declararse la nulidad de matrimonio por error, se concede una indemnización de daños y perjuicios morales o materiales al demandante, al haber sido causado el vicio del consentimiento por la conducta contraria a la mala fe del otro contrayente, que no le advierte de dicho error.

Se ha declarado la nulidad de un matrimonio, al haber prestado el demandante el consentimiento, creyendo equivocadamente que el hijo que esperaba de su futura esposa era suyo, y condenado a la demandada al pago de los gastos de boda⁷.

Se ha declarado también la nulidad de un matrimonio por error; consistente en el desconocimiento, por parte de la mujer, de la orientación homosexual de su marido y condenado a éste al pago de una indemnización de 6.000 euros, que aquélla demandaba por “el grave perjuicio moral y psicológico que le ha producido”⁸.

Igualmente, se ha declarado la nulidad del matrimonio, por ignorar la demandante que el otro contrayente estaba vinculado por un matrimonio reconocido por las autoridades de la India, condenándose a este último al pago de 12.000 euros, en concepto de indemnización⁹.

Se ha condenado también al demandado al pago de una indemnización de 30.000 euros, por el daño moral causado a la otra contrayente, a quien había ocultado que, tres años antes de contraer matrimonio, se había sometido a un análisis en el que había dado positivo en el VIH. La declaración de nulidad había sido previamente declarada, según parece, por causa de error, al desconocer la demandante el resultado de dicho análisis. El marido desarrolló la enfermedad un mes después de la celebración del matrimonio y, aunque mantuvo relaciones sexuales con su mujer, ésta no fue contagiada¹⁰.

Por último, recientemente, en relación a un matrimonio declarado nulo por un Tribunal Eclesiástico, se ha acogido una demanda de resarcimiento del marido a quien la mujer le había hecho creer que el hijo que esperaba era suyo, razón por la cual se había casado con ella, cuando, en realidad, era de otro hombre (un piloto de aviación) con el que había mantenido una relación de noviazgo, que rompió para reanudar la relación con quien posteriormente se acabaría casando (los cónyuges habían sido novios durante cuatro años, interrumpiendo su relación durante unos dos años en los que el marido estuvo en el Seminario). La indemnización se ha fijado en 50.000 euros, por el daño moral causado “por el profundo dolor y vacío emocional que provocan los hechos que han dado lugar al procedimiento, acompañado de la frustración del proyecto de vida familiar existente” y la circunstancia de que el demandante había mantenido una relación paterno filial con la niña durante casi cuatro años; y en 12.191,42 euros, por daño psico-físico, dado el sufrimiento del

7 SAP Toledo 14 noviembre 2001 (AC 2001, 2509). Vid. en el mismo sentido SAP Madrid 19 febrero 2016 (JUR 2016, 75571), que conoció de un supuesto similar, condenando a la mujer demandada al pago de 18.000 euros, en concepto de reparación del daño moral.

8 SAP Islas Baleares 5 junio 2006 (JUR 2006, 253511).

9 SAP Cádiz-Ceuta 4 diciembre 2006 (AC 2007, 1026).

10 SAP Madrid 10 julio 2007 (AC 2007, 1899).

marido, que se ha visto obligado a seguir tratamiento psicológico y psiquiátrico y a estar de baja laboral durante 31 días¹¹.

III. EL FUNDAMENTO JURÍDICO DEL RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL: EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS ARTS. 98 Y 1902 CC.

El fundamento jurídico del resarcimiento del daño derivado de la nulidad del matrimonio es confuso en la jurisprudencia, donde, como ya hemos visto, el TS, en la emblemática sentencia sobre reserva mental¹², condena con base en el art. 1101 CC, lo que, según he explicado, no me parece correcto, dado que el matrimonio no es un contrato en sentido técnico, sino un negocio constitutivo de estado civil.

La duda se ciñe, pues, a determinar si la indemnización debe proceder conforme al art. 1902 CC o por la vía del art. 98 CC, tesis ésta seguida por algunas sentencias de instancia¹³.

Según el art. 98 CC, "El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio sea declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97"¹⁴.

11 SAP Madrid (Sección 8ª) 24 mayo 2019 (rec. n. 975/2018).

12 STS 26 noviembre 1985 (J. Civ. 1985, 707).

13 Por ejemplo, SAP Cádiz-Ceuta 4 diciembre 2006 (AC 2007, 1026) SAP Islas Baleares 5 junio 2006 (JUR 2006, 253511); y SAP Madrid 19 febrero 2016 (JUR 2016, 75571).

14 A mi entender, la indemnización del art. 98 CC es diferente a la pensión compensatoria del art. 97 CC, siendo diferentes sus presupuestos (exigencia de mala fe de uno de los contrayentes y de convivencia entre ellos) y su misma naturaleza. No es casualidad que el art. 98 CC use la expresión "indemnización", expresión esta que contrastaba con la de "pensión", que utilizaba el art. 97 CC, en la redacción dada al precepto por la Ley 30/1981, de 7 de julio, con anterioridad a la reforma del mismo, debida a la Ley 15/2005, de 8 de julio.

En realidad, si se sigue el *iter* legislativo del precepto se observa que la intención del legislador cambió a lo largo del mismo.

En el Proyecto del Gobierno se proponía una redacción del art. 98 CC, bien diversa de la que acabaría por prosperar, que era la siguiente: "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". *Cfr. Código civil (Reformas 1978-1983) Trabajos parlamentarios*, vol. II (ed. dirigida por F. SANTAOLALLA), Madrid, 1985, p. 1218.

Así pues, en el Proyecto del Gobierno, de un lado, se extendía la pensión compensatoria por divorcio o separación a los supuestos de nulidad matrimonial (siempre que hubiera existido convivencia); y, de otro, se prescindía del examen de la buena o mala fe de los contrayentes, a los efectos de determinar la obligación de satisfacer la pensión.

A este texto se presentaron dos enmiendas, que habrían de influir decisivamente en la redacción definitiva del precepto y que alejarían el art. 98 CC del art. 97 CC.

La enmienda núm. 127 propuso la siguiente redacción: "El cónyuge cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia marital, atendidas las circunstancias previstas en el artículo anterior". Se justificaba la sustitución de la "pensión" por una "indemnización", con el argumento de que, de este modo, se llegaba a una solución más acorde con el supuesto de nulidad, que posee contornos específicos respecto de la separación o el divorcio; y, de otro, con la idea de sanción frente a un acto nulo (loc. ult. cit., vol. II, p. 1274).

La enmienda núm. 376 propuso, igualmente, un cambio en la redacción del art. 98 CC en los siguientes términos: "El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo no tendrá derecho a la pensión que establece el artículo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 95 de su derecho

A mi parecer, el art. 98 CC es un precepto “extraño”, en el que quizás subyace la idea última de evitar que un cónyuge “culpable” pudiera escapar al pago de la pensión compensatoria (suponiendo que éste debiera satisfacerla), instando la nulidad, en vez de acudir al divorcio; y que plantea un problema de coordinación con el art. 1902 CC. Es, desde luego, difícil delimitar, con contornos nítidos y precisos, el exacto ámbito de aplicación del art. 98 y su relación con el art. 1902.

Propongo la siguiente solución:

a) El art. 98 cubre los daños que, directamente, derivan de la convivencia *more uxorio* con una persona a la que se reputaba estar unido en un matrimonio, que, a la postre, resultó ser inválido: se trata, fundamentalmente, de un daño moral que tiene su origen en una intromisión de un “extraño” en la propia intimidad personal y familiar. Por lo tanto, la convivencia (verdadera *ratio* de la indemnización) desempeña, en relación al art. 98, una doble función: de un lado, es presupuesto del nacimiento del derecho a la indemnización; y, de otro, delimita el ámbito del daño resarcible a través del precepto¹⁵.

a reclamar daños y perjuicios que le hubiesen sido causados, si por la convivencia marital la sentencia produce una situación análoga. La justificación de la enmienda era la siguiente: “Estimamos que no cabe hablar de una *pensión entre cónyuges* en el caso de la nulidad porque nunca han sido *cónyuges*, nunca existió el matrimonio. Es una aberración jurídica. Lo que sí cabe es la existencia, en su caso, de una indemnización por daños y perjuicios, cosa a la que lógicamente sólo tendrá derecho el cónyuge de buena fe contra el de mala fe, y además del derecho que ya le atribuye el artículo 95” (loc. ult. cit., vol. II, p. 1386).

En el Informe de la Ponencia se cambió radicalmente la redacción del precepto: “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” (loc. ult. cit., vol. II, p. 1407). Y la Ponencia justificó el cambio de redacción del precepto en la aceptación “sustancial o parcial” de las enmiendas núm. 127 (Grupo Comunista) y 376 (Grupo Vasco). Posteriormente, en el Dictamen de la Comisión de Justicia se substituyó la expresión “convivencia marital” por la de “convivencia conyugal” (loc. ult. cit., vol. II, p. 1424) y el precepto no sufriría alteraciones en el ulterior iter parlamentario.

- 15 No me convence la tesis que realiza una lectura del art. 98 CC en clave de “desequilibrio económico”, tal y como proponen LASARTE ÁLVAREZ, C. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: “Comentario al art. 98 CC”, en AA.VV.: *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil* (coord. J.L. LACRUZ BERDEJO), 2ª ed., Madrid, 1994, pp. 1189-1190; LEÓN GONZÁLEZ, M.: “La indemnización del artículo 98 del Código de Derecho Civil (Comentario a la Sentencia de 10 de marzo de 1992)”, *Anuario de Derecho Civil*, 1993, fasc. 2º, p. 970; y VARGAS ARAVENA, D.: *Daños civiles*, cit., pp. 326-327, aproximando, en definitiva, la indemnización del art. 98 CC a la pensión del art. 97 CC; y ello (sin perjuicio de lo ya dicho en la nota precedente), porque el desequilibrio económico que el cónyuge de buena fe pudiera sufrir respecto del de buena fe, tiene su cauce en el art. 95.II CC, según el cual “Si la sentencia de nulidad declara la mala fe de uno sólo de los cónyuges, el que hubiere obrado de buena fe podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte”. Por otro lado, esa lectura en clave de “desequilibrio económico” lleva a los autores a interpretar el art. 98 CC en el sentido de entender que la indemnización en él prevista también tendrá lugar, por razones de justicia, cuando ambos contrayentes sean de buena fe, para evitar que, en este caso, se excluya una justa reparación. Sin embargo, esta interpretación parece ir contra lo que claramente se deduce del precepto, que, al identificar al acreedor de la indemnización, se refiere al cónyuge de buena fe, con lo que implícitamente presupone que el deudor es, exclusivamente, el de mala fe. En realidad, no parece necesario realizar esta interpretación forzada de la norma, si se considera que los desequilibrios que no puedan ser reparados a través del art. 95.II CC (entre ellos, señaladamente, los que tengan lugar, cuando ambos contrayentes sean de buena fe) podrán ser resarcidos a través del principio de enriquecimiento injusto, que opera prescindiendo de la buena o mala fe de los sujetos, tal y como acontece en el supuesto de extinción de uniones de hecho, donde se aplica dicho principio para reparar el perjuicio sufrido por el conviviente que se dedicó al cuidado de la familia o colaboró desinteresadamente en la actividad económica del otro. Sería absurdo aplicar el principio de enriquecimiento injusto en el caso de convivencia de hecho y negarla en el caso de convivencia fruto de un matrimonio declarado nulo.

b) En cambio, el art. 1902 permite resarcir aquellos daños que no tienen causa directa e inmediata en la convivencia, sino que derivan, más estrictamente, de la circunstancia de la celebración de un matrimonio nulo. Es, sobre todo, el daño moral, consistente en la frustración del propósito de formar una familia fundada en el matrimonio (con las consiguientes secuelas psíquicas), el cual tiene lugar, con independencia de que haya existido, o no, convivencia entre los contrayentes; y, así mismo, los gastos hechos y de las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio nulo, los cuales pierden su utilidad, tras su declaración de invalidez, por lo que también han de ser indemnizados¹⁶.

Se trata, en definitiva, de la indemnización del daño *in contrahendo*, resultante de la lesión culpable del interés de la confianza. Nos encontramos, pues, ante un caso de responsabilidad prematrimonial por lesión de la libertad negocial¹⁷. El hecho ilícito consiste en la infracción del principio de buena fe, el cual obliga a los contrayentes a un deber de lealtad y de corrección¹⁸ para no defraudar sus recíprocas expectativas a la validez del matrimonio, evitando la concurrencia de causas de nulidad imputables a su comportamiento malicioso o negligente, como son la reserva mental o el error en cualidad inducido por una reticencia dolosa o culpable, como es el silenciar que el hijo que se espera es (o puede ser) de otro, que se está ligado por un previo matrimonio o que se ha dado positivo de VIH en una análisis, aunque éste no haya sido repetido (y, por lo tanto, no exista plena certeza de padecerse la enfermedad)¹⁹.

IV. LA CULPA COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD POR EL DAÑO *IN CONTRAHENDO*.

16 En favor de encuadrar el resarcimiento del daño moral derivado de la causación dolosa o negligente de la nulidad matrimonial en el art. 1902 CC, con independencia de la explicación que den a la indemnización del art. 98 CC, se orientan DE ÁNGEL YAGÜEZ, R: "Indemnización del daño moral resultante de la declaración de nulidad de matrimonio", *Diario La Ley*, 1986, 2º, pp. 717; GARCÍA CANTERO, G.: "Comentario a los arts. 97 a 101 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por M. ALBALADEJO), tomo II, arts. 22 a 107 del Código civil, Edersa, Madrid, 1982, p. 448; y VARGAS ARAVENA, D.: *Daños civiles*, cit., pp. 327-332. No obstante, en opinión de ROCA I TRIAS, E: "Comentario al art. 98 CC", cit., p. 629-630, estos daños son, precisamente, los contemplados en el art. 98 CC.

17 Utilizando palabras de C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1., *La famiglia*, 6ª ed., Milano, 2017, p. 170, a propósito dell'art. 129 bis cod. civ. italiano.

18 En la doctrina italiana M. BIANCA, *La buona fede nei rapporti familiari*, *Actualidad Juridica Iberoamericana*, n. 10 bis, 2019, p. 23, habla de la existencia un deber de lealtad, derivado de la buena fe, "quale dovere di informare l'altro familiare, nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio".

19 Claro está que la obligación de resarcimiento presupone, no solo el dolo o la negligencia del demandado, sino también que el interés del demandante (que reclama el resarcimiento) sea digno de protección, por haber confiado, legítima y razonablemente, en la validez del matrimonio, lo que no tendrá lugar cuando haya conocido la reserva mental del otro contrayente.

La solución que se propone tiene como ventaja asegurar el resarcimiento del daño *in contrahendo*, en los casos en que no concurren los presupuestos del art. 98 CC²⁰.

Así sucederá, por ejemplo, cuando no haya existido convivencia entre los contrayentes o la celebración del matrimonio nulo sea imputable a la mala fe de un tercero, tal y como aconteció en un antiguo caso resuelto por el TS²¹ en el que apreciada la existencia de temor reverencial respecto de la madre de uno de los contrayentes, la condena indemnizatoria fue fundamentada en el art. 1902 CC²².

Pero, sobre todo, cuando no sea posible afirmar que el demandado conocía la causa de nulidad del matrimonio y no la comunicó al otro contrayente, ya que, en este caso, no concurre mala fe, en el sentido que habitualmente se entiende dicha expresión en relación con el art. 98 CC²³. En cambio, la aplicación del art. 1902 CC no plantea ningún problema, cuando la reticencia del demandado no pueda ser calificada como dolosa, pero sí, por lo menos, de negligente, pues el criterio de imputación de responsabilidad en el que se basa el precepto es el dolo o la culpa²⁴.

a) A este respecto, me parece interesante volver a referirme al caso resuelto por la sentencia de instancia²⁵ estimatoria de la demanda interpuesta por una

20 Aunque el art. 98 CC se limite a decir que el cónyuge (*rectius* contrayente) de buena fe, hay que entender, implícitamente, que la indemnización o procede cuando ambos contrayentes tienen mala fe, ni tampoco cuando los dos son de buena fe, tal y como afirma la STS 9 marzo 1992 (AC 1993, 1406), según la cual en los “casos de buena fe concurrente y coincidente no opera el alegado artículo 98”; y en “los casos de mala fe de fe de ambos, tampoco ha de aplicarse el precepto 98, pues la indemnización carece de toda razón de ser y consistencia”. En la doctrina se pronuncian en el mismo sentido DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema*, cit., p. 123; GARCÍA CANTERO, G.: “Nulidad de matrimonio”, *Actualidad Civil*, 1993, núm. 3, pp. 551-552; IGARTUA ARREGUI, F.: “Comentario a la STS 26 noviembre 1985”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, enero-marzo 1986, núm. 10, p. 3235; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: “Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio”, en AA.VV.: *Curso de Derecho civil (IV). Derecho de Familia* (coord. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ), 5ª ed., Edisofer, Madrid, 2016, p. 219; REYES LÓPEZ, Mª J.: “El resarcimiento derivado de la declaración de nulidad matrimonial”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coordinador) y otros: *Daños en el Derecho de familia*, “Monografías de la Revista de Derecho Patrimonial”, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 204; y ROCA I TRIAS, E.: “Comentario al art. 98 CC”, en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 631-632. *Vid.*, no obstante, LASARTE ÁLVAREZ, C. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: “Comentario al art. 98 CC”, cit., p. 1190; LEÓN GONZÁLEZ, M.: “La indemnización”, cit., p. 970; y VARGAS ARAVENA, D.: *Daños civiles*, cit., p. 326, sosteniendo la aplicación del precepto en los casos de buena fe de ambos contrayentes.

21 STS 21 enero 1957 (RJ 1957, 1133).

22 *Cfr.*, en favor de encuadrar la indemnización debida por un tercero por causación de la nulidad matrimonial en el art. 1902 CC, DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema*, cit., p. 58, 123; y ROCA I TRIAS, E.: “Comentario al art. 98 CC”, cit., p. 632, que se refieren al supuesto de matrimonio contraído por la coacción de un tercero.

23 *Cfr.*, en tal sentido, ROCA I TRIAS, E.: “Comentario al art. 98 CC”, cit., 632.

24 El problema práctico no se plantea –claro está– si se interpreta la expresión “mala fe” del art. 98 CC en sentido amplio, es decir, incluyendo en ella, no solo el dolo, sino también la culpa. Así lo hace SAP Madrid 19 febrero 2016 (JUR 2016, 75571), según la cual el precepto resarce el daño moral derivado de la nulidad del matrimonio, sufrido por “quien confiadamente accedió al mismo, viéndose afectado, sin culpa suya, por la frustración de un proyecto de vida en común”, sin necesidad de que exista dolo, bastando “la mera actitud imprudente o negligente del demandado”, en este caso, la mujer, que había hecho creer al demandante que el hijo era suyo, razón por la cual se casó con ella. Dice, así, que “existía la posibilidad, perfectamente conocida por la misma, de que el embarazo que determinó la celebración del matrimonio obedeciese a sus relaciones con un tercero, lo que no manifestó” al entonces su novio.

25 SAP Madrid 10 julio 2007 (AC 2007, 1899).

mujer, pretendiendo una indemnización por daño moral, al haberle ocultado el otro contrayente que era portador del VIH²⁶.

Los hechos son los siguientes. El demandado se sometió a un análisis en el que dio positivo de VIH, aconsejándosele realizar una nueva prueba, lo que no hizo. Tres años después contrajo matrimonio, sin informar a la mujer de su posible condición de portador de anticuerpos del VIH. Como consecuencia de haberse vacunado para realizar el viaje de novios a Sudáfrica, desarrolló la enfermedad, que le fue diagnosticada, aproximadamente, un mes después de la celebración del matrimonio, momento en el que informó a la mujer, que, afortunadamente, no fue contagiada, a pesar de que habían mantenido relaciones sexuales sin la utilización de profilácticos.

La Juez *a quo* entendió que no podía imputarse responsabilidad al demandado, por no informar de una enfermedad diagnosticada después de la celebración del matrimonio, dando por bueno un informe clínico, según el cual había padecido una “amnesia selectiva”, como consecuencia de la cual no era consciente de ser portador de los anticuerpos del VIH, lo que explicaría que no hubiera informado del resultado positivo del análisis al que se había sometido antes de casarse. La Audiencia revocó la sentencia recurrida, afirmando “la existencia de culpa en la conducta del demandado”, condenándole al pago de una indemnización de 30.000 euros, sin pronunciarse sobre el carácter contractual o extracontractual de su responsabilidad.

Es evidente que, de haberse encauzado la pretensión resarcitoria a través del art. 98 CC, la suerte del proceso hubiera sido incierta, pues es dudoso que la conducta del demandado pudiera ser calificada como dolosa. Sin embargo, para la aplicación del art. 1902 CC bastaba la mera culpa del autor del hecho dañoso, la cual sí concurrió según la Audiencia, sosteniendo ésta que la omisión del demandado de “no comunicar su enfermedad [a la actora] poniéndola en riesgo de poder contraerla, no puede sino calificarse como una omisión que se ha de atribuir a título de culpa, pues dadas las circunstancias concurrentes, no sólo tenía que habérselo comunicado por cuanto se trata de un deber de cualquier persona con otra respecto de la que pretende hacer una vida en común, sino porque existía un riesgo de poder contagiarle la enfermedad”.

26 El ocultamiento de ser portador del VIH puede llegar a ser delictivo cuando concurre imprudencia grave. Así lo ha declarado la STS 6 junio 2011 (RJ 2011, 4542), que resuelve un caso en el que el varón, portador del VIH y habiendo desarrollado SIDA, mantiene relaciones frecuentes con uso de preservativo (que se rompió en varias ocasiones) con su pareja, sin habérselo comunicado. Como consecuencia de ello, la mujer quedó embarazada, resultando infectadas tanto la madre como la hija nacida de esas relaciones sexuales. El Supremo entiende que no existe dolo en la actuación del acusado, si bien la conducta debe ser calificada como de imprudencia grave, “por la importancia del riesgo ocasionado y la entidad del resultado potencial derivado del mismo (el contagio del Sida) [...], pues, aún con la utilización del preservativo, tal resultado [...] era no sólo evitable sino sin duda también previsible”, condenando al acusado, finalmente, por dos delitos de lesiones imprudentes en concurso ideal.

La Audiencia concluyó afirmando que había existido un daño moral resarcible “derivado de la misión con culpa al ocultar [el demandado] su enfermedad, con una relación directa en cuanto a tal conducta omisiva, por cuanto no cabe duda de que al descubrir [la actora] la enfermedad de su pareja, el hecho de haber mantenido relaciones sexuales sin las precauciones debidas, tratarse de una enfermedad que es transmisible; hasta que pudo constatar que no estaba contagiada, sus sentimientos no pudieron ser otros que el sufrimiento psíquico, zozobra, ansiedad, angustia, sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o incertidumbre que son los que la jurisprudencia ha constatado para derivar el daño moral, máxime cuando la pareja había contraído matrimonio, lo que en principio implica la existencia de un plan de vida en común, e incluso se ha de derivar de las pruebas practicadas el deseo de procrear”.

Por lo tanto, el hecho de que la demandada no hubiera sido contagiada no excluyó el resarcimiento del daño moral, si bien fue tenido en cuenta para moderar su cuantía, que quedó fijada en 30.000 euros. La Audiencia observó, así, que “la falta de consecuencias a medio o a largo, tampoco nos puede llevar a entender que el daño moral puede ser una cantidad simbólica, siempre y cuando no podemos obviar la conducta [del demandado] que de manera irresponsable pone en riesgo de contraer la enfermedad a la persona que había decidido casarse con él, con lo que tal hecho lleva consigo, no sólo [...] la falta de lealtad a su pareja, sino también el hecho de truncar las expectativas de vida en común”²⁷.

b) También me parece pertinente traer a colación la reciente sentencia²⁸ que ha estimado la demanda de resarcimiento del marido a quien la mujer le había hecho creer que la hija que esperaba era suyo, razón por la cual se había casado con ella.

El demandado argumentaba que, después de casarse empezó a sospechar que su mujer le era infiel, porque la misma recibía llamadas y mensajes de un compañero de trabajo, si bien ella lo negaba, hasta que, tres años después de celebrarse el matrimonio, tras una discusión, le dijo que iba a divorciarse y que se iba a vivir con el verdadero padre de la niña, ante lo cual decidió hacerse una prueba de paternidad, que descartó que él fuera el padre biológico. Descubrió, además, que la mujer lo sabía desde hacía dos años antes, pues, el anterior novio

27 La sentencia excluyó, en cambio, la indemnización de los gastos de boda, por entender que no habían sido probados y porque “no pueden conceptuarse como daños y perjuicios, sino que se trata de cantidades abonadas para una celebración, que, en definitiva, se llevó a cabo”.

No podemos estar de acuerdo con esta afirmación, porque, aunque el matrimonio se celebrara, los gastos de boda perdieron toda su utilidad, una vez que aquél fue declarado nulo. De ahí que, si hubiesen sido probados, debieran haber sido indemnizados, como admiten las SSAP Zaragoza 2 junio 1997 (AC 1997, 1284) y Toledo 14 noviembre 2001 (AC 2001, 2509).

28 SAP Madrid (Sección 8ª) 24 mayo 2019 (rec. n. 975/2018).

se había sometido a una prueba que había dado como resultado que él era el padre biológico.

El marido interpuso demanda de resarcimiento contra la mujer y el padre biológico, por haberle ocultado que no era el padre de la menor, circunstancia esta que ambos sabía, al menos desde que el anterior novio se había hecho la prueba de paternidad. La demandada se opuso, argumentando que, al tiempo de casarse, pensaba que su marido era el padre de la hija que esperaba y que, cuando supo que no lo era, se lo había comunicado a su esposo, que, sin embargo, no quiso dar credibilidad a los resultados de la prueba para salvar el matrimonio.

La demanda fue desestimada en primera instancia, pero estimada en segunda instancia, condenándose a la mujer demandada (y absolviéndose al anterior novio), por aplicación del art. 1902 CC.

Observa la Audiencia que la mujer había mantenido antes del matrimonio relaciones sexuales esporádicas con su anterior novio, "existiendo cercanía temporal en una de ellas y en la que la citada", por lo que claramente "la duda sobre la paternidad era una realidad por ella conocida de forma necesaria, que no comunicó, como exige una actuación leal y de buena fe, al que entonces era su novio, y más al contrario, le manifestó que se había quedado embarazada de él, lo que determinó que contrajesen matrimonio en los meses posteriores" y que la niña que nació fuera considerada como "hija suya e inscrita como hija matrimonial de ambos, manteniendo el apelante una relación afectiva con la niña derivada de su considerada relación paternal, con los consiguientes e intensos vínculos que esa situación genera".

Concluye que, al haber comunicado la demandada al demandante "las dudas sobre la paternidad biológica de la menor, ni en el momento de conocer que estaba embarazada, ni posteriormente" (cuando tuvo conocimiento cierto de que el otro demandado era el padre biológico de la niña", "concurren los requisitos que el art. 1902 CC exige, es decir, un comportamiento o conducta culposa que ha generado causalmente un daño derivado de esa ocultación".

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho civil, IV, Derecho de familia*, 10 ed., Edisofer, Madrid, 2006.

BIANCA, *Diritto civile*, 2.1., *La famiglia*, 6ª ed., Milano, 2017.

CARRIÓN OLMOS, S.: *El art. 73.4 del Código civil (Notas para su estudio)*, *Revista de Derecho Privado*, 1987, pp. 646 ss., pp. 789 ss., pp. 862 ss.

COBACHO GÓMEZ, J. A.: *El error en el matrimonio*, en *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Barcelona, 1992.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: "Indemnización del daño moral resultante de la declaración de nulidad de matrimonio", *Diario La Ley*, 1986, 2º.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *El error en el matrimonio*, *Studia Albornotiana*, Bolonia, 1997.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 12ª ed., Tecnos, Madrid, 2018.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "Comentario al art. 73 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

DORAL GARCÍA, J.A.: "Comentario al art. 73 CC", en AA.VV.: *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil* (coord. J. L. LACRUZ BERDEJO), 2ª ed., Civitas, Madrid, 1994.

GARCÍA CANTERO, G.: "Comentario al art. 47 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), t. II, 2ª ed., Madrid, 1982.

GARCÍA CANTERO, G.: "Comentario a los arts. 97 a 101 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por M. ALBALADEJO), tomo II, arts. 22 a 107 del Código civil, Edersa, Madrid, 1982.

HORNERO MÉNDEZ, C.: "Las crisis matrimoniales", en AA.VV.: *Derecho de Familia* (dir. A. LÓPEZ Y LÓPEZ y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

IGARTUA ARREGUI, F.: "Comentario a la STS 26 noviembre 1985", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, enero-marzo 1986, núm. 10.

LASARTE ÁLVAREZ, C. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R: "Comentario al art. 98 CC", en AA.VV.: *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil* (coord. J.L. LACRUZ BERDEJO), 2ª ed., Madrid, 1994.

LEÓN GONZÁLEZ, M.: "La indemnización del artículo 98 del Código de Derecho Civil (Comentario a la Sentencia de 10 de marzo de 1992)", *Anuario de Derecho Civil*, 1993, fasc. 2º.

LINACERO DE LA FUENTE, Mª: "Nulidad, separación y divorcio", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de familia* (dir. Mª LINACERO DE LA FUENTE), Tirant lo Blanch, Valencia 2016.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: "Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio", en AA.VV.: *Curso de Derecho civil (IV). Derecho de Familia* (coord. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ), 5ª ed., Edisofer, Madrid, 2016.

MONJE BALMASEDA, O.: MONJE BALMASEDA, O.: "Requisitos del matrimonio", en AA.VV.: *Sistema de Derecho civil, Derecho de familia* (dirs. F. LLEDÓ YAGÜE y R. HERRERA CAMPOS), Dykinson, Madrid, 2002.

REYES LÓPEZ, Mª J.: "El resarcimiento derivado de la declaración de nulidad matrimonial", en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coordinador) y otros: *Daños en el Derecho de familia*, "Monografías de la Revista de Derecho Patrimonial", Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

ROCA I TRÍAS, E: "Comentario al art. 98 CC", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984.

ROCA I TRÍAS, E.: "Los requisitos del matrimonio", en AA.VV.: *Derecho de familia* (coord. E. ROCA I TRÍAS), 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

TOLDRÁ i ROCA, Mª D.: "La reserva mental en el matrimonio civil", en AA.VV.: *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente* (coord. L. Prats), vol. II, Universidad de Valencia, Valencia, 1996.

VILLAGRASA ALCAIDE, C.: *Matrimonio civil y reserva mental*, EUB, Barcelona 1996.

VARGAS ARAVENA, D.: *Daños civiles en el matrimonio*, La Ley, Madrid, 2009.