

LA MALA FE EN LA NULIDAD DEL MATRIMONIO.

Autor: Dr. Pascual E. Alferillo

Publicado: Cuaderno Jurídico Familia – El Derecho, Febrero 2011 N° 14, pág. 5.

I. Introducción.

La participación en un libro colectivo dedicado al estudio integral de la “Buena fe” fue la causa que motorizó la inquietud por estudiar a la “Mala fe” dado que se advirtió que esta figura no había tenido tratamiento por la doctrina de los autores en igual dimensión.¹

A ese estudio general de la dogmática argentina, luego profundizado con el análisis del derecho comparado, se fue sumando argumentos para sostener la autonomía conceptual y funcional del instituto de la mala fe, en especial para resaltar su importancia en la resolución de conflictos propios de la post-modernidad jurídica que se caracteriza por el imperio del conocimiento.²

Dentro de este marco investigativo se destaca, en la normativa reguladora del régimen del matrimonio, el art. 224, cuyo texto fue reformulado por la Ley 23.515, donde se estatuye que la mala fe de los cónyuges consiste en el conocimiento que hubieren tenido o debido tener, al día de la celebración del matrimonio, del impedimento o circunstancias que causare la nulidad.

Esta norma es una puerta de ingreso de la mala fe a todo el derecho de familia, razón por la cual resulta de importancia en esta etapa examinar cual ha sido el tratamiento dado por la doctrina judicial a su contenido.

Por cierto que la limitación impuesta a la presente investigación debe servir de motor para profundizar el estudio de la mala fe como mecanismo idóneo para sancionar con justicia este tipo de comportamiento socialmente reprochable.

II. Concepto y funciones jurídicas de la “mala fe”. Breves referencias.

¹ Alferillo, Pascual Eduardo, “Reflexiones sobre la vinculación de la “mala fe” con los factores de atribución subjetivos” en el libro “Tratado de la Buena Fe en el Derecho”, Director Marcos M. Córdoba – Coordinadoras: Lidia M. Garrido Cordobera – Viviana Kluger, Editorial La Ley – 2004, pág. 219; Conferencia de Ingreso como Miembro Correspondiente a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba dictada en fecha 9 de setiembre de 2003 bajo el título “Reflexiones sobre la mala fe”. Anales – Año Académico 2003 – Córdoba, pág. 151 publicado en Anales-Año Académico 2003, pág. 151, página web www.acader.unc.edu.ar y en Revista del Notariado, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, año CVIII abril, mayo, junio 2005, pág. 23.

² Alferillo, Pascual E., “Una mirada desde el siglo XXI sobre la conexidad histórica entre los factores de atribución de responsabilidad y los regímenes socio-económicos”, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/una-mirada-desde-el-siglo-xxi-sobre-la-conexidad/?searchterm=alferillo>. En el mismo sentido ver la Recomendaciones Conjuntas adoptadas por la Asamblea de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial y la Asamblea General de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en la trigésima sexta serie de reuniones de la Asamblea de los Estados Miembros de la OMPI, 24/09/ 2001 hacen referencia concreta a la “Mala Fe” en el art. 4.

La atenta lectura de las codificaciones civiles y de la avanzada legislación de los derechos intelectuales permite coleccionar los aspectos comunes para definir que **la mala fe se configura cuando el sujeto tiene conocimiento o tiene el deber de conocer determinada situación, circunstancias, datos, condiciones, calidades, etc. relevante para el derecho a la luz de las particularidades propias de cada acto jurídico, cuya utilización antifuncional el ordenamiento jurídico reprueba.**

Cuando se califica al conocimiento de relevante es para destacar que, de acuerdo a lo observado, no es cualquier circunstancia, condición, dato, etc., sino de uno realmente importante, trascendente, determinante teniendo en cuenta la naturaleza jurídica y rasgos tipificantes de cada acto.

En otras palabras, vislumbramos que la mala fe encuentra su perfil específico en el conocimiento que el sujeto tiene o debe tener de hechos, circunstancias, situaciones, datos, etc., relevantes para el derecho de acuerdo a las características de cada acto jurídico.

Por ello, el individuo que tiene o debe tener ese saber significativo, frente al principio de la buena fe, si retiene ese conocimiento sin notificar al otro sujeto del acto o culposamente no lo tiene al celebrar, ejecutar o interpretar el negocio, está trasgrediendo la confianza y lealtad que debe primar en todos los actos jurídicos.³

En cuanto a las funciones que cumple el instituto de la mala fe se infiere, luego del exhaustivo análisis de las distintas hipótesis donde se la reguló en el Código Civil, puede ser calificada como “no punible” o “punible”.

Esta última, a su vez, puede ser dividida en función de la clase de punición prevista:

a) Con la sanción civil de indemnizar los daños y perjuicios. Verbigracia, arts. 972, 1480, 2009, 2569, 2784, 2435, 3430, etc. del Código Civil.

b) Con la nulidad. Por ejemplo el art. 2099 C. C. sanciona con la nulidad de la convención que libre al enajenante de responder por evicción cuando ha existido mala fe de parte de éste, o art. 1741 primera parte que establece que la renuncia de mala fe es nula respecto de los socios.

c) Con la privación de derechos, como es en los casos regulados por los arts. 222 (efectos de la nulidad del matrimonio), 1071 (pérdida del amparo legal cuando existe un ejercicio abusivo del derecho), 1742 segunda parte (pérdidas de las ganancias y adjudicación de las mismas a la sociedad y asunción de las pérdidas por el socio renunciante de mala fe).

Este breve repaso por la teoría general del instituto de la mala fe viene a colación para comprender adecuadamente las soluciones dadas por la doctrina judicial cuando, para dirimir las cuestiones sometidas a su jurisdicción, recurren a la figura de la mala fe para justificar sus pronunciamientos.

III. La mala fe en la nulidad del matrimonio.

³ Jordano Fraga, Francisco, “La responsabilidad contractual”, Primera edición, (Editorial Civitas S. A. – Madrid – España – 1987), pág. 141. Este autor reconoce la existencia en el ámbito obligacional de los deberes de protección que son secundarios del deber de prestación (principal). Los primeros “fundamentalmente derivados de la idea de buena fe, se dirigen a preservar a cada una de las partes de los daños que les pueda derivar del cumplimiento de la obligación...”. completa la idea expresando que “los deberes de protección tienen un contenido autónomo respecto al deber de prestación, de modo que, desde la perspectiva del deudor, estos deberes operan con independencia de que la prestación principal se haya cumplido...”

1. Caracterización.

El instituto de la mala fe tiene un especial protagonismo en la normativa reguladora de la nulidad del matrimonio, destacándose que el art. 224 del Código Civil define a la misma conforme fuere expresado up supra.

En ese sentido la doctrina judicial anterior a la reforma precisaba que *“la ley no define la buena fe sino la mala fe que, según el texto del art. 90 de la ley 2393 (ADLA, 1881-1888, 497), consiste en el conocimiento que se hubiere tenido o debido tener del impedimento que causa la nulidad, el día de la celebración del matrimonio, descartando la buena fe cuando mediare ignorancia o error de hecho que no sea excusable. Pero de esta noción también surgen las pautas para definir la buena fe, que ha de consistir en el error o ignorancia excusables de que existía un impedimento para la celebración de las nupcias. A este respecto como dice un autor en realidad, lo que configura la buena fe, más que el error, es la honestidad y rectitud de propósito y conducta⁴”*.

Recientemente, en el mismo sentido se ha sostenido que *“el Código Civil, tanto en el viejo artículo 90 de la ley 2393 como en el actual artículo 224, no conceptualiza la buena fe, sino solo describe la mala fe de los cónyuges describiéndola como el conocimiento que hubiera tenido, o debido tener, el día de la celebración del matrimonio del impedimento o circunstancia invalidante que causare la nulidad. Establece igualmente que no habrá buena fe por ignorancia o error de derecho o de hecho que no sea excusable, a menos que éste fuera ocasionado por dolo⁵”*.

Es por ello, resulta acertado el criterio expuesto cuando se dijo que *“si la actora se enteró de la subsistencia del vínculo matrimonial anterior de su cónyuge con posterioridad a la celebración del suyo, no cabe calificarla como cónyuge de mala fe por cuanto lo que la ley exige es el conocimiento que antecede a la unión matrimonial⁶”*.

De igual modo al juzgar que *“no existiendo prueba de hechos o circunstancias que demuestren que el contrayente conocía el impedimento de ligamen que pesaba sobre quien sería su consorte o de que pudo y debió conocerlo, no cabe concluir sino con la inexistencia de mala fe de su parte, pues la buena fe existe mientras no se pruebe lo contrario⁷”*.

2. Casuística.

⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 30/09/1982, “J. de R., M. c. R., J. A.”, La Ley 1984-B, 294, AR/JUR/826/1982; sala K, 23/09/1999, “P, M. R. c.R., J. J.”, La Ley 2000-C, 445; DJ 2000-2, 679; ED 186, 415.

⁵ CC0001 MO 51012 RSD-235-5 S 29-9-2005, “I.D.E c/ P.P.F s/ Nulidad de Matrimonio”, Civil y comercial B2300478

⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 23/09/1999, “P, M. R. c.R., J. J.”, La Ley 2000-C, 445; DJ 2000-2, 679; ED 186, 415

⁷ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I, 21/11/1996, “B. de B., R. S. c. B. y D. M.”, LLBA 1998, 114, AR/JUR/1990/1996

La regulación de la nulidad del matrimonio no limita la posibilidad de configuración de un actuar de mala fe en cualquiera de las causales de nulidad previstas en el art. 219 y 220 del Código Civil.

Sin perjuicio de esa factibilidad, en la doctrina judicial la figura ha tenido aplicación concreta en los casos de matrimonios celebrados existiendo el impedimento de ligamen.

Así a modo de ejemplo se puede citar el sumario, donde se marca que *“resulta inaplicable la teoría de la buena fe al contraer el segundo matrimonio -en el caso, efectuado en el extranjero en violación de las leyes argentinas- y la teoría del matrimonio putativo, si se encuentra acreditado, por los mismos hechos narrados por la segunda esposa, al momento de peticionar la herencia del causante, que ésta conocía el impedimento existente pues el art. 90 de la ley 2393 (Adla, 1881-1888, 497), vigente al momento de celebración del matrimonio, preceptuaba que la mala fe de los cónyuges consiste en el conocimiento que hubiesen tenido o debido tener del impedimento⁸”*.

También se analizó la figura *“cuando en los casos de nulidad de matrimonio se verifica un supuesto de impotencia psicológica por incompatibilidad sexual recíproca, no cabe imputarla a culpa o mala fe de ninguno, desde que ni uno ni otro sabía ni podía saber que existiría tal imposibilidad, por lo que la nulidad debe declararse con buena fe de ambos⁹”*.

En el mismo sentido, se entendió que *“en el supuesto de nulidad del matrimonio por impotencia, debe considerarse al impotente de “buena fe”, a menos que se pruebe que conocía su deficiencia a la época de celebración del matrimonio, por lo que la mala fe resultará de la acreditación de dicho conocimiento. No habiendo sido probado dicho extremo corresponde hacer lugar a la nulidad del matrimonio con los efectos del art. 221 del C.C.I. En este caso la buena fe juega como categoría residual, a falta de prueba de los hechos que infieren directamente en el obrar de buena o de mala fe¹⁰”*.

3. Consecuencias del actuar reprochable.

El protagonismo de la mala fe se expresa en su mayor dimensión al momento de reglamentar los efectos de la nulidad del matrimonio dado que en los arts. 221 a 223 del Código Civil precisan el alcance de los mismos conforme sea la buena o mala fe con la cual actuaron los cónyuges.

En la primera norma, cuando ambos cónyuges actuaron de buena fe, se estatuye que hasta el día en que se declare la nulidad, producirá todos los efectos de un matrimonio válido, cesando a partir de ella todos los derechos y obligaciones

⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 05/09/2001, “L. de G., N. c. M., M. E. u otra”, La Ley 03/04/2002, 14; La Ley 2002-B, 592, AR/JUR/1221/2001; sala M, 11/08/2006, “C., G. A. c. G., G. M.”, La Ley 29/12/2006, 29/12/2006, 5; La Ley 2007-A, 311; DJ 2007-I, 28; La Ley 24/05/2007, 5; La Ley 2007-C, 492, AR/JUR/6707/2006.

⁹ Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala 1, expte. N° 64461 “P.E.H. en J: P.E.H. c/ H.G.M. p/ Nulidad de matrimonio – Daños y perjuicios – Casación”, Fallo N°: 99199155, 16/06/1999, Libro S288 Fojas: 497; La Ley 1999-E, 683; LLGran Cuyo 1999, 739; DJ 1999-3, 578, AR/JUR/1892/1999

¹⁰ Primera Cámara en lo Civil - Primera Circunscripción Judicial Mendoza, expte. 141833 “V., H. c/ C., F. - Divorcio vincular”, 08/05/1995, LS153 - Fs.102

emergentes del matrimonio y se prevé la aplicación del art. 1306 C.C. para la separación de los bienes.

En cambio, cuando existe mala fe de algunas de los contrayentes, el art. 222 C.C., establece que se entenderá válido únicamente para el de buena fe. Por ello, podrá exigirse al de mala fe la prestación de alimentos, revocar las donaciones y le da opciones para definir el modo como desea realizar la división de los bienes.

La doctrina judicial ha considerado que *“si bien cesan a partir de la sentencia que declara la nulidad del matrimonio todos los derechos y obligaciones que produciría una unión válida, el cónyuge de buena fe conserva el derecho alimentario. No expresa el artículo cuál es la medida de los alimentos que debe el contrayente de mala fe, pero no hay duda que subsiste en caso de necesidad y en la medida de lo estrictamente necesario para la subsistencia¹¹”*.

En sentido contrario, *“la invalidación judicial del matrimonio hace cesar los alimentos fijados en favor de uno de los cónyuges, si es de mala fe, pero la sentencia de invalidación no obliga a restituir las prestaciones alimentarias ya prestadas entre los supuestos cónyuges¹²”*.

En cuanto a la subsistencia de la vocación hereditaria se entendió que *“pese a la declaración de nulidad, y aún siendo esta absoluta, el régimen matrimonial contempla diversas hipótesis referidas a los bienes, las que deben ser analizadas respondiendo a la buena o mala fe de los cónyuges, como así también, lo que se refiere al derecho hereditario, razón por la cual, pierde vocación hereditaria, en aplicación de lo dispuesto por el art. 224 del C.C., el esposo, cuya unión fue nulificada, no pudiendo considerarse cónyuge de buena fe, cuando, al celebrarla, existía un vínculo matrimonial no disuelto¹³”*.

Además, el cónyuge de buena fe puede reclamar la indemnización de los daños y perjuicios al de mala fe, conforme pauta el art. 225 del C.C.

En cambio, cuando ambos cónyuges actuaron de mala fe el art. 223 C.C. entiende que la unión será reputada como concubinato y con los bienes se procederá como si fuera la disolución de una sociedad de hecho, razón por la cual se deberá acreditar la realización de los aportes.

Así ha sido entendido por la doctrina judicial cuando determinó que *“habiéndose dictado sentencia de divorcio, anulándose el matrimonio por mala fe de ambos cónyuges, la sociedad conyugal debe realizarse como una sociedad de hecho, teniendo efectos desde el día de la notificación de la demanda¹⁴”*.

En sentido concordante, se dijo que *“el matrimonio declarado nulo por mala fe de ambos cónyuges es juzgado por el art. 223 del C.C. sin efecto civil alguno, lo cual implica que no exista suspensión del curso de prescripción entre cónyuges¹⁵”*.

¹¹ CC0001 MO 11785 RSD-79-88 S 19-4-1988, “Agente Fiscal N° 1 c/ F, J. C. s/ Nulidad de Matrimonio”. JUBA Civil y comercial B2300282

¹² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 14/09/1982, “R., D. c. R. de D'A.”, E., AR/JUR/2307/1982

¹³ CC0102 MP 104365 RSD-176-98 S 25-5-1998, “L. A c/ C.K s/ nulidad de matrimonio”, Civil y Comercial B1351646

¹⁴ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala II, 07/07/1994, “C., H. c. U., J.”, LLBA 1994, 593, AR/JUR/1123/1994

¹⁵ Suprema Corte de Justicia Mendoza, sala 1, expte. N° 53549 “Legizamon Teresa en J: Legizamon c/ Vicenta Videla de Di Calvo y Otros P/ Ordinario – Casación”, Fallo N°: 96199200, 26/06/1996, Libro S265 Fojas: 444

4. Aspectos procesales: la carga probatoria.

Para completar este breve acercamiento a la mala fe en la nulidad del matrimonio, se debe tener en cuenta que por imperio constitucional del principio de inocencia se presume que todos actúan de buena fe.

Así ha sido definido por la doctrina judicial cuando dijo que *“la presunción de buena fe se admite con relación a quien contrae matrimonio con alguien que tiene un matrimonio anterior, en tanto se presume la mala fe del bigamo¹⁶”*.

Es decir, en palabra de otro fallo, *“el principio de que la buena fe se presume no significa que no se atienda a las alegaciones de las partes y a los hechos de la causa que en su invocación no quedan al margen de la carga que impone el art. 377 del Cód. Procesal, porque la buena o mala fe son conformados por la confluencia de hechos que deben ser analizados según cada caso concreto que permiten, aún por presunciones, concluir sobre el conocimiento o no, o el que se debió tener, de la causa de la nulidad del matrimonio existente en el momento de su celebración¹⁷”*.

En este punto, es oportuno resaltar que el art. 225 C.C. marca una diferencia al momento de precisar cual es el factor de atribución exigible para reclamar la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la invalidación del matrimonio. Así, para el cónyuge exige acreditar la mala fe. En cambio, para los terceros se debe probar que han provocado el error, incurrido en dolo o ejercido la violencia.

Como se colige, la dogmática nacional ha diferenciado perfectamente el factor de atribución de responsabilidad exigible al contrayente y a los terceros que han contribuido a la nulidad del matrimonio.

Y con ello, facilitan la prueba, pues para acreditar la mala fe se debe probar que el cónyuge tenía el conocimiento de la causal de nulidad o debía tenerlo conforme las circunstancias del caso. En cambio, para los terceros se debe acreditar la intencionalidad de producir el daño; extremo de mayor exigencia de acreditar.

IV. Reflexiones finales.

Este breve repaso por la normativa y doctrina que informa la figura de la mala fe en la nulidad del matrimonio, ratifica la importancia que tiene la misma dentro de la dogmática argentina.

El conocer en profundidad cual es el concepto de mala fe y su alcance jurídico es trascendente, especialmente, en el derecho de familia donde la confianza y el buen actuar debe ser la piedra angular de todos los comportamientos.

Por ello, estas reflexiones más que ser un ensayo es una invitación a la profundización del estudio del alcance del instituto de la mala fe, como único modo de moralizar efectivamente al Derecho.

¹⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 29/10/1985, “C. de M., M. C. c. M., J. M.”, La Ley 1986-B, 408, AR/JUR/2129/1985; sala L, 28/04/1995, “M., J. M. c. E., N. S.”, La Ley 1996-A, 329; CC0001 MO 51012 RSD-235-5 S 29-9-2005, “I.D.E c/ P.P.F s/ Nulidad de Matrimonio”. JUBA Civil y comercial B2300481, etc.

¹⁷ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 16/07/1997, “L., J. P. c. A. B., F.”, La Ley 1998-D, 14 - DJ 1998-2, 1137.

