

NUEVOS DAÑOS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE FAMILIA: LOS DAÑOS MORALES Y PATRIMONIALES POR OCULTACIÓN DE LA PATERNIDAD BIOLÓGICA

Roberto Pérez Gallego

Magistrado-Juez
Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Lleida

RESUMEN: El moderno derecho de familia afirma, con carácter general, el principio de responsabilidad de los cónyuges por los daños causados dentro del matrimonio, con exclusión del principio de inmunidad o privilegio conyugal.

Entre la relación de nuevos daños indemnizables aparece como paradigmático el derivado de la ocultación de la verdadera paternidad biológica de los hijos, o alguno de ellos, habidos dentro del matrimonio, lo que ha dado lugar a un importante incremento de sentencias en la jurisprudencia menor, en especial a partir de la Ley 5/2005, que modifica el Código civil en materia de separación y divorcio, e introduce los principios de responsabilidad personal y patrimonial de cada uno de los cónyuges, como especificación del principio de igualdad, todos los cuales informan el moderno derecho de familia.

No existe, sin embargo, unanimidad doctrinal ni jurisprudencial sobre los daños indemnizables ni sobre las bases para su determinación económica, aun cuando es de reconocer que el Tribunal Supremo ha dado pasos importantes en orden a la incorporación de los principios del moderno derecho de familia, determinación del carácter extracontractual de la responsabilidad y acciones procesales procedentes, plazo de prescripción y efectos temporales de la responsabilidad.

ABSTRACT: The modern family law generally grants the spouses' principle of responsibility for damage caused within marriage, excluding the principle of immunity or spousal privilege.

Among the list of compensable damage, the derivative of concealment of the true biological paternity of the children, or one of them, born in wedlock, appears as a new paradigm. This has resulted in a significant increase of judgments in the lower case, especially from the enactment of Law 5/2005, which amends the civil code regarding separation and divorce, and introduces the principles of personal responsibility of each of the spouses as specification of the principle of equality, being all of the previous issues addressed by modern family law.

There is, however, no doctrinal or jurisprudential agreement on compensable damages or the basis for its economic determination, even though it is known that the Supreme Court has taken important steps in order to incorporate the principles of modern family law, the determination of the contractual nature of the responsibility and pertinent lawsuits, the registration period and the temporary effects of the responsibility.

PALABRAS CLAVE: Derecho de familia. Deberes conyugales. Deber de fidelidad. Paternidad no biológica. Indemnización de daños morales y patrimoniales.

KEY WORDS: *Family law. Conjugal duties. Duty of loyalty. Non biological parenthood. Compensation for moral and property damage.*

SUMARIO: 1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO FAMILIAR. LOS NUEVOS DAÑOS EN EL DERECHO DE FAMILIA. 2. NATURALEZA DE LOS DEBERES CONYUGALES (EL DEBER MUTUO DE FIDELIDAD). 3. RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL DESCONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD. 3.1. *Estado de la cuestión hasta la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.* 3.2. *Tratamiento jurisprudencial tras la Ley 15/2005: el significativo aumento de las sentencias de las Audiencias provinciales.* 3.3. *Admisión del Derecho de Daños en el ámbito familiar.* 3.3.1. *La Jurisprudencia del TS.* 3.3.2. *La jurisprudencia menor.* 4. INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL. 4.1.

Determinación de la indemnización por daño moral. 4.2. El quantum indemnizatorio. 5. INDEMNIZACIÓN PATRIMONIAL POR ALIMENTOS INDEBIDOS. 6. A MODO DE CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO FAMILIAR. LOS NUEVOS DAÑOS EN EL DERECHO DE FAMILIA

La regulación civil decimonónica del Derecho de familia, por la propia caracterización social de la familia, consideraba a las instituciones familiares exentas del ámbito de aplicación de la responsabilidad civil ordinaria¹. La tendencia general en la doctrina ha sido la de rechazar, o cuanto menos limitar, lo que se ha llamado la injerencia del Derecho patrimonial en el Derecho de familia y, en particular, se ha venido cuestionado el margen de aplicación que se debe otorgar a los mecanismos resarcitorios característicos de la responsabilidad extracontractual en el ámbito propio del matrimonio, si bien también se detecta que, en los últimos tiempos, tanto en Derecho español como en Derecho comparado, son cada vez más frecuentes las opiniones que abogan por admitir una mayor presencia del Derecho de daños en el ámbito propio del Derecho de familia.

Entre los daños «de nueva generación», destacan los casos de infidelidad entre cónyuges, cuyo ámbito se ha delimitado en algunos países anglosajones, estableciendo unos criterios más razonables que los adoptados en España², si bien el abandono progresivo del sistema de inmunidades ha reducido de modo sustancial las diferencias de fondo entre los ordenamientos de *Common Law* y de *Civil Law*³.

¹ La profesora Rodríguez Guitián expone las razones que se alegan para la justificación de la exclusión del derecho de daños en el ámbito familiar: la regla de moralidad que impide que los miembros de una familia se demanden entre sí; el modelo de familia patriarcal de los Códigos del siglo XIX; los obstáculos que pone el mismo Código (como el breve plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil: un año); el carácter ético o moral de los deberes familiares; el peligro de proliferación de demandas triviales y el aumento de la conflictividad en el seno de la familia; el hecho de que la indemnización de los daños familiares no cumpla las funciones propias de la responsabilidad civil; y la aplicación exclusiva de las normas del derecho de la familia para la resolución de los daños entre los miembros de la misma (RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *Responsabilidad Civil en el derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Civitas-Thomson-Reuters, Cizur Mernor, 2009).

² Cfr. ROCA TRÍAS, E., «El daño moral y su problemática», en AA.VV., *Encuentros entre la Sala 1ª del TS y los jueces de lo civil; 18.20 de Octubre de 2010*, Ed. Gabinete de documentación del TS.

³ FERRER RIBA, J. («Relaciones familiares y límites del derecho de daños», *InDret*, 4/2001, octubre 2001, p. 3) señala las dos vías por medio de las cuales, en los sistemas jurídicos de tradición civilista, puede dirimirse si procede o no imponer responsabilidad por la causación de daños entre familiares: una consiste en la aplicación de normas ad hoc de derecho de familia, en aquellos ordenamientos que disponen de las mismas, haciéndolo de manera exclusiva o combinada, si procede, con las normas generales de responsabilidad civil (así, por ejemplo, en derecho alemán, los §§ 1359 y 1664 BGB sólo fijan el estándar de responsabilidad, pero no el fundamento de la misma, que debe encontrarse en los preceptos sobre responsabilidad delictual). Otra, es la que deben seguir los ordenamientos que, como el español, carecen de dicho tipo de normas en el ámbito de los daños a la persona, el español, y que pasa por la aplicación directa de las normas generales de responsabilidad civil.

Así, salvando algún pronunciamiento aislado, el TS empieza a admitir la aplicación de las normas del Derecho de daños en el ámbito familiar, a partir de la sentencia de 30 de junio de 2009 como remedio en aquellos casos en que un progenitor obstaculiza el derecho del otro a relacionarse con sus hijos y, además, lo hace con arreglo al régimen general de la responsabilidad por culpa del artículo 1902 del Código Civil, admitiendo, asimismo, la función punitiva de la indemnización por daño moral, aludiendo al principio de sanción del progenitor incumplidor.

La evolución doctrinal y jurisprudencial experimentada en nuestro país en relación con la infracción del deber de fidelidad ha supuesto, evidentemente, un avance importante, de forma que, en la actualidad, puede afirmarse que las relaciones familiares no son inmunes y, por tanto, no deben gozar de un tratamiento privilegiado⁴.

2. NATURALEZA DE LOS DEBERES CONYUGALES (EL DEBER MUTUO DE FIDELIDAD)

La doctrina actual, salvo excepciones, entiende que los deberes conyugales no constituyen obligaciones jurídicas *stricto sensu*, sino que su naturaleza sería la de simples deberes ético-morales cuyo cumplimiento se encuentra sometido a la conciencia de los cónyuges, siendo incoercibles en su esencia, pues no se puede exigir su cumplimiento forzoso. En la Jurisprudencia, no obstante, sigue existiendo la división acerca del contenido y efectos de los deberes conyugales.

Se habla así de una función de los deberes conyugales, y en particular de los deberes de fidelidad y respeto y ayuda mutuos, de carácter meramente simbólico que no ampararía, por tanto, una pretensión de tutela de cesación de determinadas conductas llevadas a cabo en el marco del ejercicio de la propia libertad personal o sexual.

Ya la STS de 4 de diciembre de 1959 pone en entredicho su naturaleza como deberes jurídicos.

No obstante, la caracterización de los deberes conyugales como ético-morales, no les priva de su juridicidad, como lo demuestra el mero hecho de su incorporación a la norma, y que la propia Ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (en adelante Ley 15/2005), introduce, además, deberes nuevos en el artículo 68 del Código Civil; nada impide, pues, que a pesar de la falta de tipificación de los daños causados entre

También sucedía así en los EE.UU de América, donde históricamente los esposos no podían demandarse entre sí, pero hoy la mayoría de los Estados han eliminado la inmunidad conyugal y los Tribunales también han rechazado mayoritariamente el argumento de la inmunidad, aplicando a la familia el derecho de la responsabilidad *civil tort law*, en el derecho de familia, o se aceptan *torts claims for infliction of emotional distress for infliction of emotional distress* (pero solo para conductas graves). Vid. FAYOS GARDÓ, A., «Daños morales en las relaciones familiares: Derecho de familia o de la responsabilidad civil. Una perspectiva española y norteamericana», *Actualidad Civil*, nº 14, 16 al 31 jul. 2011, p. 1562.

⁴ ROMERO COLOMA, A.M., «El deber de fidelidad conyugal y la responsabilidad civil por su infracción», *Diario La Ley*, XXXII, nº 7646, 7 jun. 2011.

cónyuges, si el daño se produce, pueda resultar de aplicación el principio general de que quien causa un daño debe pagar.

La obligación mutua de guardarse fidelidad ha de ser, pues, relativizada en su concreto contexto socio-cultural, del cual es reflejo la norma, por ello la infidelidad ha sido objeto de múltiples interpretaciones según las épocas. En general, en un principio, esta obligación ha ido referida a la abstención de tener relaciones sexuales o sentimentales con persona distinta del otro cónyuge, también denominada infidelidad material, cuya vulneración tenía consecuencias de naturaleza penal sobre todo para la mujer, llegando incluso a identificarse con el delito de adulterio y de amancebamiento.

En las sociedades democráticas contemporáneas el deber de fidelidad ha evolucionado hacia una concepción más amplia, que abarca tanto el ámbito espiritual o afectivo como el físico o sexual; el contenido de los deberes conyugales se enmarca normativamente dentro de la cláusula general de la igualdad recíproca de los cónyuges y de la actuación en interés de la familia, formando parte de la misma la fidelidad, la confianza y lealtad recíproca, y el no descuidar la dedicación física y espiritual del otro cónyuge.

La fidelidad, por tanto, gira más alrededor de la confianza recíproca, de la lealtad y del respeto a la dignidad de la persona del otro cónyuge, así como también con el deber de respeto mutuo.

De la exclusividad sexual aceptada por la autonomía de la voluntad de los cónyuges, deriva la dedicación plena que caracteriza el deber conyugal de fidelidad, que reviste, no obstante, alcance jurídico en cuanto que es tenida en cuenta por el legislador que deduce de ella ciertas consecuencias jurídicas, como son las presunciones de paternidad matrimonial recogidas en los artículos 116 y 117 del CC; por lo demás, la infidelidad, como ilícito civil, en la actualidad solamente puede constituirse en posible causa de desheredación (art. 855, 1.ª CC), o de pérdida del derecho de alimentos del cónyuge infractor (art. 152, 4.º CC) y, si finaliza en separación o divorcio, puede acarrear la revocación de las donaciones efectuadas por razón de matrimonio (art. 1343 CC).

Sin embargo, la SAP de Cádiz de 16 de mayo de 2014, considera paradójico que, aun no existiendo en la actualidad sanción específica en nuestro Ordenamiento al incumplimiento del deber de fidelidad, se sancione ésta no por el embarazo sino por el hecho de ocultar la paternidad biológica, que es, precisamente, nota constitutiva de tal conducta, salvo supuestos extraordinarios de consentimiento en el mantenimiento de relaciones con terceros dentro del matrimonio; ello le lleva a un replanteamiento de la cuestión desde el análisis de la propia institución matrimonial, esto es, desde la perspectiva de la importancia y trascendencia que para los contrayentes deba tener su consentimiento al cumplimiento de los deberes a los que se comprometen, pues, si los deberes matrimoniales establecidos en los artículos 66 a 68 CC, y en lo que aquí interesa, la fidelidad, como meros modelos teóricos de comportamiento para los

cónyuges que no los obligan, su condición de auténticos deberes jurídicos debe ser puesta en duda, lo que puede vulnerar la garantía institucional del matrimonio ínsita a la consideración como derecho fundamental en la Constitución Española del derecho a contraer matrimonio (art. 32 CE), por lo que si de la garantía institucional se deduce que son auténticos deberes jurídicos, no se trataría de deberes naturales relacionados con la ética personal de cada uno de los contrayentes, sino de deberes jurídicos por muy peculiares que puedan ser.

3. RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL DESCONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD

La responsabilidad entre cónyuges parte del supuesto de que si uno de ellos quebranta sus deberes conyugales, o los incumple frente al otro, se responde con harta frecuencia instando la separación o el divorcio, siendo este marco en el que se desarrollan los supuestos legales de resarcimiento ya sea por los daños ocasionados por el divorcio, o la indemnización por la declaración de nulidad del matrimonio, expresamente prevista en el artículo 98 del Código Civil, a favor del cónyuge de buena fe que sufre determinados perjuicios económicos como consecuencia de la declaración de nulidad del matrimonio.

Resulta, por tanto, aceptado por la doctrina en general que si existe un daño en la familia, en virtud del principio de reparación del daño causado, se deben aplicar las normas y vías que se estimen convenientes para resarcirlo.

Sin embargo, tras la reforma operada por la Ley 15/2005, subsisten las discrepancias doctrinales sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil, y si ésta reviste, por tanto, carácter contractual (art. 1101 CC), o extracontractual (art. 1902 CC)⁵.

⁵ López de la Cruz, sintetiza las posturas al respecto:

a) la que sostiene, por un lado, que resulta de aplicación el art. 1902 CC, concurriendo los requisitos exigidos para ello. De este modo, la infidelidad sí puede originar un daño moral susceptible de ser indemnizado en sede extracontractual, pero dependerá del caso concreto, considerando los factores de gravedad, reiteración y consecuencias que deriven de esta, por ejemplo, si se vulneran derechos fundamentales o bienes del otro cónyuge dignos de tutela jurídica, siendo labor del juez el determinarlos en el caso concreto.

Para Roca Trías, sin embargo, no puede utilizarse el art. 1902 CC para sancionar conductas no tipificadas en el mismo, porque la responsabilidad civil no es una sanción, sino que intenta reparar un daño y, por tanto, buscar a través del art. 1902 CC la sanción es una solución incorrecta y contraria al ordenamiento jurídico.

b) De otro lado, otro sector doctrinal considera que el daño provocado por el incumplimiento del deber de fidelidad, se enmarca dentro del ámbito contractual u obligacional del art. 1101 CC.

Aunque también, desde la perspectiva de la doctrina de la unidad de culpa civil, autores como Lacruz Berdejo, y algunas decisiones del Tribunal Supremo, difuminan las diferencias dogmáticas entre la responsabilidad civil contractual o extracontractual, con el fin de dar explicación a las posibles sanciones al incumplimiento de los deberes conyugales.

Vid. LÓPEZ DE LA CRUZ, L, «El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales», *InDret*, 4/2010, pp. 1-40.

La SAP de Oviedo de 18 de mayo de 2012⁶, se pronuncia respecto del debate que suscita la invocación del artículo 1902 CC por el actor como fuente de su derecho, que sugiere el debatido, actual y complejo interrogante de la aplicación del Derecho de daños a la familia, pues, si una inicial consideración del matrimonio como cuerpo unitario (del marido y la mujer) y la primacía del interés supraindividual sobre el individual de los integrantes de la familia, así como de sus respectivos deberes y derechos como de carácter ético o moral, decidió y sostuvo, en su momento, el criterio de la inmunidad o privilegio conyugal que rechazaba la aplicación del régimen ordinario de la responsabilidad por daño a los causados entre sí entre los miembros integrantes de la familia por incumplimiento de sus deberes conyugales o paterno filiales, semejante parecer está en decadencia y revisión por la doctrina moderna sustentada en la idea de la familia y el matrimonio como comunidad (y no como institución) donde cada uno de los individuos integrantes desarrolla su personalidad (según visión que comparte la EM de la Ley 15/2005 de 8 de julio para justificar la reforma de la separación y el divorcio). Lo que le lleva también a rechazar el principio de especialidad, de acuerdo con el cual en el seno del derecho de familia las consecuencias de los incumplimientos de los deberes por sus integrantes solo pueden ser aquellas específicamente recogidas por la norma, que opta decididamente por la resarcibilidad de los daños causados dentro del matrimonio y la familia aplicando el régimen tanto de la culpa contractual como, mas singularmente, el de la extracontractual, trasladándose el debate, a partir de ese presupuesto, a la identificación del hecho dañoso (su carácter reiterado y grave en aras de evitar una excesiva proliferación de reclamaciones y porque los parámetros con que han de analizarse la convivencia matrimonial o familiar no pueden ser, a efectos de imputación, asimilados a los propios de la convivencia social), al nexo de causalidad y, sobre todo, al criterio de imputación del daño al cónyuge infractor (por lo dicho del muy específico y especial ámbito en que se produciría el hipotético daño), siendo uno de los supuestos más frecuentes de entre los que motivan este examen el de la revelación de que el hijo que se consideró y trató como propio se conoce después como que no lo es y el posible daño moral

⁶ Conoce esta sentencia, en un supuesto de pareja de hecho, previa sentencia estimatoria de demanda de impugnación de la filiación, del recurso contra la demanda presentada por el varón en reclamación de daños patrimoniales y morales, estableciendo que el hecho de la mera convivencia, aunque los contendientes no venían obligados a los deberes del matrimonio, no quita para que la conducta que le es exigible halla de acomodarse a la buena fe de acuerdo con las circunstancias concurrentes y como es que los hechos son los expuestos y son de notoria gravedad e importancia, pues se trata de que la demandada comunicó al actor su embarazo haciéndole de este modo partícipe de la idea de su primogenitura, habrá de convenirse con el recurrente que la demandada procedió (sino dolosamente) incurriendo en culpa grave que determinó el reconocimiento por el actor del nacido como hijo propio y su tratamiento como tal hasta que conoció que no lo era con el consecuente daño moral consistente en el desengaño y frustración de su rol de padre, a más de la proyección externa que el acontecimiento pudo tener en su lugar de trabajo con afectación de sus derechos personales como son su imagen y consideración social.

consecuente resarcible⁷.

3.1. Estado de la cuestión hasta la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio

Como precedentes sobre la interpretación del deber de fidelidad entre cónyuges y los daños por su infracción, cabe citar la STS de 26 de noviembre de 1985, en la que el alto tribunal concede, en un procedimiento de nulidad, una indemnización a la esposa por los daños morales ocasionados, teniendo en cuenta el comportamiento dolosamente grave del marido adúltero que abandonó el hogar⁸; aunque también ha habido pronunciamientos más recientes del TS desestimatorios; así, en la STS, Sala 1ª, de 22 de julio de 1999, por no apreciar dolo en la conducta de la esposa que ignoraba la verdadera filiación biológica de uno de sus siete hijos, y en la STS, Sala 1ª, de 30 de julio de 1999, en la que aun apreciando dolo en el comportamiento de la esposa, niega que el daño sufrido sea indemnizable porque el demandante lo vincula a su infidelidad .

Asimismo, la STS de 1 de julio de 1994, también en relación con el deber de fidelidad, en cuyo supuesto la esposa hizo creer al marido que todavía tenía o estaba en edad para engendrar hijos, cuando no era cierto, por lo que declarado nulo el matrimonio por la jurisdicción eclesiástica, el marido solicitó la aplicación en el orden civil del artículo 95 CC para poder así beneficiarse de las normas reguladoras del régimen económico de participación en las ganancias. El TS estableció que «la equiparación, por

⁷ De lo que son ejemplos las sentencias de la AP de Valencia de 02-11-2004 y 05-09-2007; de Barcelona de 16-01-2.007; de León, de 02-01-2.007; de Cádiz, de 03-04-2.008 y de Murcia, de 18-11-2009, todas dictadas en sentido positivo, apreciando el daño moral reclamado.

⁸ El Tribunal Supremo declaró que «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, 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, discordancia 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. Fue una conducta de mala fe, que, aun sin intención de dañar, cabe incluirla en la descripción que hace a estos efectos el artículo 1.269 del Código Civil, que, por tanto, no ha sido infringido por indebida aplicación. [...] Se deduce sin duda 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, como 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. De ahí que la indemnización haya de determinarse en estos casos no sólo atendiendo a criterios puramente materiales, sino que éstos muchas veces tendrán menos importancia que los espirituales».

ello —obvia por otra parte— entre el dolo de la esposa, causa de la nulidad por error en el consentimiento y la mala fe del cónyuge a que se refiere el Código Civil, realizada por los jueces estatales que determina consecuencias concretas de la eficacia civil en ejecución de sentencia, debe estimarse plenamente conforme a Derecho».

Es obvio que, en un primer momento, la indemnización se basa en el dolo, equiparable a la mala fe, del cónyuge infiel, por lo que el daño moral ocasionado por la vulneración de los deberes que emanan del matrimonio resulta indemnizable, aunque sea por una vía indirecta.

Pero, han sido dos sentencias del TS las que marcaron la doctrina del alto tribunal en la materia tratada durante mucho tiempo; de ambas fue ponente el magistrado Sr. Barcala Trillo-Figueroa.

Por un lado, la STS de 22 de julio de 1999, que rechaza la indemnización solicitada por el marido a su ex esposa, al descubrir que ella le había sido infiel y que, por tanto, el vínculo biológico que creía tener con su hijo no existía, estableciendo que «el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro no es susceptible de reparación económica alguna, [...] la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación es la de ruptura del vínculo conyugal [...] (FJ 7º)».

La base para rechazar dicha indemnización por daño moral, fue el no existir actuación dolosa por parte de la madre.

En opinión del TS, la madre no actuó de forma consciente y continuada al ocultar dicho hecho, pues con anterioridad a las pruebas de paternidad ella no habría tenido conocimiento que el padre de su hijo no era el demandante.

Por otro, la STS de 30 de julio de 1999, que aun estimando que la infracción de los deberes conyugales es merecedora de un reproche ético-social, considera, no obstante, que la única consecuencia jurídica que contempla la legislación sustantiva —pese a calificar la infidelidad como incumplimiento contractual—, es la de asignar al incumplimiento de tales deberes el constituirse como causa de separación matrimonial, pero no como hecho indemnizable, resultando indudable que la única consecuencia jurídica que contempla la legislación sustantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en el artículo 82 CC, pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos, lo que se deduce de la propia naturaleza del matrimonio; por ello, declara que no cabe comprender la exigibilidad (de los deberes conyugales), dentro del precepto genérico del artículo 1101 CC, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues, lo contrario, llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar.

Las dos sentencias referidas del TS, recogen un principio de prohibición de las reclamaciones por responsabilidad civil entre cónyuges o, dicho de otro modo, un

régimen de inmunidad por los daños causados por el uno al otro y, por tanto, de privilegio⁹.

No obstante, la STS de 30 de julio de 1999 fue recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional, que por Auto núm. 140/2001, de 4 junio (Sala Primera), inadmite el recurso contra la Sentencia de 28 de noviembre de 1994 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10^a) y de la Sala Primera del Tribunal Supremo, citada; pues, a pesar de que ambas sentencias reconocen la existencia de daño moral, con dolo y mala fe, elementos objetivos del tipo (sic), establecen de oficio una circunstancia eximente de responsabilidad civil, cual es la de que los hechos han acontecido dentro del marco del matrimonio¹⁰.

Se denunció en amparo la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, porque las Sentencias recurridas habrían desestimado la pretensión de resarcimiento de los daños reclamados por el recurrente, con el fundamento de que en nuestro ordenamiento la única consecuencia jurídica de la infidelidad conyugal es la separación o el divorcio pero no la reparación de daños, cuando la pretensión ejercitada no se fundaba en la infidelidad de la esposa sino en el engaño que supuso el ocultamiento de la verdadera filiación paterna de los hijos nacidos durante el

⁹ Es peculiar la circunstancia de que ambas sentencias, de un mes para otro, lleguen a similares conclusiones, pero por razonamientos diversos, aun siendo el mismo ponente. Para Romero Coloma estas Sentencias ponen de manifiesto, con bastante claridad, que nuestra Jurisprudencia temía que se produjera un desbordamiento de reclamaciones indemnizatorias por parte de uno de los esposos, dentro del marco de la relación familiar. De ahí que, ante este temor, ciertamente justificado, se dictaran estas dos resoluciones, denegatoria, la primera, de la responsabilidad en función de la no existencia de dolo en la esposa demandada, y, por lo que respecta a la segunda resolución, denegatoria también, pero en base al rechazo del art. 1101 de nuestro CC en el seno de las relaciones entre cónyuges (o ex cónyuges) (Vid. ROMERO COLOMA: «Problemática jurídica de las indemnizaciones entre cónyuges [y ex cónyuges]», *Diario La Ley*, XXIX, nº 7008, 9 sep. 2008).

¹⁰ La sentencia de la AP de Madrid apelada estima que se trata de daños morales causados por la infracción del deber contractual de fidelidad, resarcibles, por tanto, a través del artículo 1101 del CC. Por su parte, la STS de 03-07-1999, declaró no haber lugar al recurso de casación, interpretando los artículos 67 y 68 del Código Civil, en relación con el 1101 CC, siendo su argumento *ratio decidendi* el siguiente: es indudable que el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 CC, son merecedores de un innegable reproche ético-social, reproche que, tal vez, se acentúe más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación sustantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su artículo 82 pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos, los que, de ningún modo es posible comprenderles dentro del caso de pensión compensatoria que se regula en el artículo 97, e, igualmente, no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar; por todo lo cual concluye que el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro, no es susceptible de reparación económica alguna, lo cual, origina la imposibilidad de atribuir al Tribunal «a quo» haber infringido, en el aspecto estudiado, los artículos 67 y 68 CC, en relación con el 1101 del mismo.

matrimonio, haciendo creer al demandante que era el padre de los niños.

Para el Tribunal Constitucional, no se produce tal vulneración porque la pretensión de resarcimiento de los daños morales (únicos a los que se refiere la demanda de amparo) ejercitada por el demandante en el proceso civil del que trae causa el amparo, recibió una respuesta negativa por parte de la Audiencia y de la Sala Primera del Tribunal Supremo en sendas Sentencias, que fundan su decisión desestimatoria en la interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria que consideran más ajustada al contenido normativo de nuestros textos legales; si bien, una cosa es la garantía de los derechos fundamentales, tal como le está encomendada, y otra, necesariamente muy distinta, la de la máxima irradiación de los contenidos constitucionales en todos y cada uno de los supuestos de interpretación de la legalidad; esto último puede no ocurrir sin que ello implique siempre la vulneración de un derecho fundamental.

Teniendo en cuenta esta consideración, desde la perspectiva constitucional que le es propia, el Tribunal Constitucional no aprecia la vulneración del artículo 24.1 CE por parte de las sentencias recurridas, ni tampoco del artículo 14 CE, que denuncia el recurrente apoyando esta lesión en la comparación de la respuesta recibida a su pretensión, que se desestima por razón de su matrimonio con la demandada, con la respuesta que hubiera recibido de haberse hallado unido a la misma por una relación *more uxorio*, sin que se tenga certeza de cuál hubiera sido la respuesta efectiva en este supuesto, lo que convierte la alegación de desigualdad de trato que se alega en una discriminación meramente hipotética o imaginaria, que no es suficiente para fundar la vulneración del derecho a la igualdad.

En efecto, y por tratarse de una cuestión de legalidad ordinaria, el Tribunal Constitucional se pronunció conforme al ámbito de competencia propio y por ello no entró en otras consideraciones sobre los daños morales por infidelidad, no obstante, deja la puerta abierta a una interesante reflexión: si el trato dado a una demanda por daños morales por infidelidad podría o debería ser el mismo para el caso de que los hechos acaezcan dentro del matrimonio o dentro de una relación afectiva análoga de pareja de hecho, con independencia de la posible vulneración del principio de igualdad en la interpretación de la ley.

La primera sentencia de la jurisprudencia menor que estima responsabilidad civil extracontractual del artículo 1902 del CC, en el terreno de los deberes conyugales y que rompe con el principio de inmunidad en el campo de las relaciones familiares, es la SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004, que trata sobre la infidelidad de la esposa y de la ocultación de la filiación de los hijos de los que el demandado creía ser el padre biológico, concediendo al mismo indemnización por el daño moral sufrido, con fundamento en la conducta dolosa de los demandados, interpretando a *contrario sensu* la citada STS de 22 de julio de 1999.

La Audiencia llegó a dicha conclusión, basándose principalmente en las siguientes alegaciones: a) Los demandados actuaron de forma negligente en el engendramiento

de los hijos, pues desde un inicio tenían conocimiento que los métodos anticonceptivos que utilizaban no eran seguros, y los dos actuaron de forma dolosa en su ocultación de la infidelidad al actor. b) El posterior conocimiento de la verdad por el esposo, como hecho desencadenante de un daño que debe ser resarcido. c) Si bien la infidelidad no es indemnizable, sí lo es la procreación con ocultación a su cónyuge.

En este punto llama la atención que la sentencia equipare el daño sufrido a la pérdida física de un hijo, considerando que la pérdida de contacto con los tres menores que el demandante creía hijos suyos, según todos los facultativos intervinientes, genera un sufrimiento que puede ser superior al de la muerte de los menores al no poder elaborar el duelo como respuesta a la pérdida sufrida, y en consecuencia una dolencia que ha sido muy grave, con riesgo para su vida, por sus ideas de suicidio, generado, no por la separación matrimonial, sino por la pérdida de los que consideraba sus hijos, con una entidad semejante a la pérdida física de estos.

El dolor por el conocimiento de la falsa paternidad se asimila con relativa frecuencia al sufrimiento por la pérdida o fallecimiento de un hijo, así sucede también en la SAP de Barcelona, de 16 de enero de 2007, cuando considera que habiéndose creado los naturales y lógicos vínculos de afectividad entre ambos (padre e hija), y planteado un proyecto de vida familiar, se ha visto, no obstante, mutilado como consecuencia de la verdad biológica impuesta, causando una pérdida de afectos y un vacío emocional que puede considerarse equivalente o muy próximo a la pérdida definitiva de un ser querido. Y aunque es cierto que existen otras situaciones equiparables que conllevan necesariamente la pérdida de vínculo afectivo, por ejemplo, la de quienes han criado a menores con quien no les une ningún parentesco (ya sea en acogimiento familiar, o sean hijos anteriores de su pareja o, incluso, hijos que creían suyos y después resultaron no serlo), se ha de coincidir con la SAP de Valencia de 2004, en que ya no se dará un normal desarrollo de las relaciones afectivas y sociales, sino, por el contrario, la imposibilidad psicológica y social de que ello ocurra, al menos, hasta que todos los implicados, incluso los menores, superen el impacto emocional que la situación ha generado, pero que no alteraría el ya padecido.

3.2. Tratamiento jurisprudencial tras la Ley 15/2005: el significativo aumento de las sentencias de las Audiencias provinciales

Tras la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se instaura un divorcio sin causa en nuestro ordenamiento jurídico, se ha producido un notable incremento de decisiones jurisprudenciales a favor del resarcimiento del daño moral causado por el incumplimiento de los deberes conyugales, y en particular, del deber de fidelidad.

La reforma del Derecho de familia efectuada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, establece un nuevo modelo cuya clave es el «derecho a no seguir casado», que el propio legislador vincula al respeto al libre desarrollo de la personalidad garantizado por el artículo 10.1 CE. En su Exposición de Motivos, señala la ley como principios de la

reforma, la igualdad, la trascendencia de la autonomía de la voluntad del sujeto familiar y el desarrollo de la personalidad y en relación a los deberes establece que han sufrido una importante transformación «para una más acorde adecuación a la concepción del matrimonio actualmente vigente: un matrimonio civil, laico, presidido por los principios y valores democráticos en cuya regulación priman los derechos fundamentales de los cónyuges y el libre desarrollo de su personalidad». La ley, contempla, pues, el divorcio y la separación no causal o sin culpa, por lo que la separación o divorcio no requieren como presupuesto legal necesario el incumplimiento de los deberes conyugales sino solo la voluntad de los cónyuges, pero, no obstante, permanecen los deberes matrimoniales que establecen los artículos 67 y 68 CC, e, incluso, se han ampliado los deberes matrimoniales añadiendo los de atención a las responsabilidades domésticas y el cuidado a ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo¹¹; por tanto, aunque no sea preciso alegar ninguna causa para obtener la separación o el divorcio, no cabe a priori rechazar que el incumplimiento de los deberes conyugales, por el hecho de que no sean coercibles, no pueda dar lugar a indemnización por daño moral, ni tampoco admitir que la mera infracción de cualquier deber conyugal puede dar lugar a indemnización, por lo que habrá de admitirse que solo serán indemnizables aquellos comportamientos que originan daños resarcibles.

Se asiste en los tiempos actuales a un tránsito de la «familia institución» a la «familia comunidad», como sede de autorrealización y desarrollo personal, marcada por el recíproco respeto e inmune a cualquier distinción de roles, en cuyo ámbito sus componentes conservan sus connotaciones esenciales y reciben reconocimiento y tutela, antes que como cónyuges, como personas. La ley, ha de convenirse en ello, refleja la transición de la regulación de las relaciones familiares como institución a una reglamentación centrada en la protección de los derechos individuales y en la creciente privatización del matrimonio que convive con la actual regulación de los deberes matrimoniales¹².

Algunos autores entienden que hay comportamientos, que aun causando daño moral, no son indemnizables, en cuanto que dichos comportamientos no pueden ser jurídicamente exigibles (así, derecho a que te quieran, derecho a tener relaciones sexuales, derecho a convivir, derecho a compartir las penalidades...), detectando, sin

¹¹ Para Verda Beamonte, este intervencionismo estatal, calificado como una norma de pedagogía social, que pretende imponer a los cónyuges un modelo de organización de las tareas domésticas, basado en la igualdad (aunque expresamente no se utilice esta palabra), resulta paradójico, si se tiene en cuenta que, precisamente, el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad es el hilo conductor de la reforma introducida por la Ley 15/2005, al establecer como causa de separación y disolución del matrimonio la mera voluntad de los cónyuges, así como también lo es de la reforma operada por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se admite el matrimonio entre personas del mismo sexo (Vid. VERDA BEAMONTE, J. R. de, «Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales», *Diario La Ley*, XXVIII, nº 6676, 21 Mar. 2007).

¹² GARCÍA DE LEONARDO, M.T., «¿Es indemnizable la infidelidad?», *Revista de Derecho de familia*, nº 47, 2010, p. 33

embargo, en la jurisprudencia un uso del mecanismo de la responsabilidad extracontractual más allá de su finalidad fundamental, convirtiéndolo en un instrumento sancionador que afecta a conductas que, bien miradas, deberían resultar impunes¹³, porque el derecho resarcitorio entra en colisión con el derecho fundamental de la libertad de las personas, que no puede quedar limitado al tratar de imponer por la vía del resarcimiento conductas de un alto contenido ético o moral, como puede ser la fidelidad conyugal, corriéndose el grave riesgo de reintroducir en nuestro ordenamiento el sistema de culpa a través de la indemnización del daño moral resultante, imponiendo penas económicas en función de su conducta, cuando ésta se aleja de las reglas morales socialmente establecidas, lo que entrañaría una recuperación del concepto de divorcio-sanción, a modo de pena privada como castigo por haber ocasionado o directamente solicitado la separación o el divorcio.

Para otros, lo que está sucediendo con la actual regulación de las crisis familiares es que se ha abierto un nuevo espacio en materia de responsabilidad en el que las nociones de ilícito civil y, fundamentalmente, de daño injusto, podrían entrar en la esfera personal de las relaciones entre los cónyuges, operándose un cambio de perspectiva en la valoración de los daños familiares dentro del área de la responsabilidad civil, de forma que las prerrogativas individuales, sacrificadas anteriormente en aras del núcleo familiar, cobran importancia; en la actual regulación predomina la idea de la persona, que se constituye en el eje central de las relaciones familiares, y ello significa que toda clase de sacrificio personal que pueda ser exigido a los cónyuges tiene como límite insoslayable su dignidad como persona, el libre desarrollo de su personalidad (art. 10 CE) y sus derechos fundamentales¹⁴.

Se plantea así una complicada tarea de coherenciar las normas sobre responsabilidad civil en el ámbito del Derecho de familia, debiendo, no obstante, distinguir entre aquellos casos en que la violación de los deberes matrimoniales implica la vulneración de un derecho constitucional, por ejemplo, el derecho a la intimidad, pues no estaríamos entonces ante un incumplimiento de un deber conyugal *stricto sensu*, de aquellos otros en que la colisión se produzca entre un derecho fundamental, por

¹³ LÓPEZ DE LA CRUZ (op. cit., pp. 1, 28 y 34) destaca –recogiendo el sentir actual de la doctrina mayoritaria–, cómo de forma similar a lo que está ocurriendo en los países europeos de nuestro entorno, se aplican los principios generales del Derecho de daños con una finalidad claramente sancionatoria de conductas que, si bien puedan resultar moralmente reprochables, deben ser consideradas como una manifestación de la libertad personal del cónyuge que las realiza. La cuestión reside, pues, en determinar en qué supuestos la violación de un deber conyugal debe dar origen a una indemnización por los daños sufridos, sin que ello suponga reintroducir el concepto de culpa en nuestro Derecho. La respuesta, al menos con carácter general, debe ser negativa, y cita en apoyo a De Filipis (en *L'obbligo di fedeltà coniugale in costanza di matrimonio, nella separazione en el divorzio*, Cedam, Padova, 2003, p. 24), quien se muestra en desacuerdo con las decisiones jurisprudenciales que potencialmente otorgan un derecho al resarcimiento del daño al cónyuge que sufre la infidelidad por parte de su consorte.

¹⁴ GARCÍA DE LEONARDO, «¿Es indemnizable», cit., p. 32.

ejemplo, un supuesto derecho a la fidelidad inherente al derecho al matrimonio y que surge con éste.

En todo caso, la doctrina tradicional de las SSTs de 22 y 30 de julio de 1999 tras la reforma introducida por la Ley 15/2005, aun cuando siga permaneciendo en la jurisprudencia menor en algunos aspectos esenciales, debe ser matizada, en atención a las nuevas circunstancias sociales y legislativas. Así, la jurisprudencia habrá de dar respuesta adecuada a las preguntas básicas en materia de daños, que siguen siendo relevantes sobre el cómo —o curso causal de los hechos, la mera causalidad física—, y el porqué, como un juicio de valor, la explicación jurídica, no meramente fenomenológica del hecho, y en consecuencia, los daños indemnizables. Entre ellas, las siguientes: ¿cuáles son los daños resarcibles si los incumplimientos de los deberes conyugales ya no son causa de separación o divorcio? ¿Se debe aplicar el derecho de daños en las relaciones familiares como sanción de una conducta? ¿Es la infidelidad una manifestación del derecho a la libertad personal y el libre desarrollo de la personalidad? ¿Cómo compaginar el reproche ético de la infidelidad y el consiguiente resarcimiento del daño con la inexistencia de culpa? ¿Dónde reside el ilícito civil en la infidelidad, en sí misma, o en sus consecuencias procreadoras?

En la jurisprudencia menor, desde la vigencia de la Ley 5/2005, parece abrirse camino una línea de ampliación del resarcimiento de daños a los supuestos de culpa o negligencia ex artículo 1092 CC que, tradicionalmente, no era criterio de imputación de responsabilidad en el ámbito de las relaciones familiares y que se constata, en una primera aproximación, tras un repaso somero por dicha jurisprudencia menor acerca de los motivos fundantes de la responsabilidad por daño moral por el desconocimiento de la paternidad biológica, que pasamos a ver.

Así, por el incumplimiento culpable de la demandada se decanta la SAP de Barcelona, de 16 de enero de 2007 (ya citada), que concede la indemnización por daño moral al cónyuge actor, por la pérdida de afectos y el vacío emocional equivalente o muy próximo a la pérdida definitiva de un ser querido, al descubrir la verdad biológica de su hija, si bien refuerza la idea de que el incumplimiento del deber de infidelidad como tal no se indemniza, sino que lo que se concede es el resarcimiento del daño ocasionado como consecuencia de la actuación negligente por parte de la esposa.¹⁵

La SAP de Valencia, de 5 de septiembre de 2007, que fue la resolución que de algún modo abrió la brecha en la doctrina del TS antes referida, sigue la estela de la precedente de 2004 dictada por la misma Audiencia, e interpreta que si bien la infidelidad conyugal no es indemnizable, sí lo es la procreación de un hijo extramatrimonial con ocultación al cónyuge, permitiendo que los hijos se inscribieran en el Registro Civil como sus hijos —actuación que repitió con los tres hijos habidos y

¹⁵ FARNÓS AMORÓS, E, «La indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad (Comentario a la SAP Barcelona, Sec. 18ª, de 16.01.2007)», *InDret*, 4/2007, octubre 2007.

que mantuvo desde 1999 hasta octubre de 2002—, sancionando de esta manera la «negligencia en la procreación del hijo», haciendo referencia al Tribunal Supremo Alemán que ha reconocido excepcionalmente el derecho a ser indemnizado, por causación dolosa de daños contra *bonos mores*, si el adulterio va acompañado de una intención cualificada de causar daño; se trataría de un hecho generador de responsabilidad extracontractual y que obligaría a reparar el daño causado.

En la misma línea, la SAP de Cádiz, de 3 de abril de 2008, concede también indemnización por daño moral por incumplimiento negligente, al no resultar precisa la concurrencia de un dolo explícito en la conducta de la demandada para imputarle responsabilidad porque que el mero incumplimiento del deber de fidelidad cualificado por el embarazo de un tercero atribuido falsamente por vía de presunción al marido, es un hecho que, por sí mismo, genera su responsabilidad civil.

Otras sentencias, no obstante, insisten en la necesidad de una actuación dolosa por parte de la demandada en cuanto a ocultar la verdadera paternidad al otro cónyuge, pues de no ser así, no procedería la indemnización por daño moral. En este sentido, las sentencias de la AP de Barcelona de 31 de octubre de 2008 y de 23 de julio de 2009.

La SAP de León de 30 de enero de 2009, condena a la demandada al pago de una indemnización de 30.000 euros por los daños morales que se había ocasionado al actor como consecuencia de haber descubierto la falsa paternidad respecto de la que creía su hija, lo que supuso la pérdida del vínculo biológico respecto a la misma, así como el derecho a continuar relacionándose con ella.

La SAP de Murcia, de 18 de noviembre de 2009, condena a los demandados, por su actuar consciente y, en definitiva, doloso, generando en el demandado un daño moral que debe ser resarcido, en el moderado importe de la indemnización que por dicho concepto fija (15.000 euros, frente a los 120.000 euros reclamados en la demanda).

Es obvio que la sentencias señaladas contienen respuestas diversas a las preguntas señaladas y, por tanto, no es posible establecer con carácter general un patrón de identificación del daño, aun estando todas ellas de acuerdo en que exista un daño moral reparable que puede tener, no obstante, diferente fundamentación: la ocultación negligente —y, hasta en algún caso, dolosa—, de la paternidad, la concepción de los hijos de manera negligente, o bien la negligencia por falta de diligencia debida a la hora de no haberse hecho las pruebas de paternidad de forma inmediata e, incluso, el enriquecimiento injusto o la propia concepción irresponsable de hijos extramatrimoniales al desconocer la eficacia relativa de los métodos anticonceptivos usados.

3.3. Admisión del Derecho de Daños en el ámbito familiar

3.3.1. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo

El TS ha admitido ya la aplicación de las normas del Derecho de daños en el ámbito familiar en la sentencia de 30 de junio de 2009 (ponente: Seijas Quintana), que versa sobre una demanda por responsabilidad extracontractual planteada por un padre, cuya custodia del hijo común le había sido atribuida judicialmente, pero que resultaba impedida de manera efectiva por la madre, condenando a la madre a indemnizar el daño moral ocasionado al padre por impedirle el ejercicio de la custodia del hijo común que le había sido atribuida judicialmente y por obstaculizar las relaciones entre ambos. El TS declara que el daño debe imputarse a la madre, pues ninguna incertidumbre pesa sobre el origen del daño, de modo que los criterios de probabilidad entre los diversos antecedentes que podrían haber concurrido a su producción, solo pueden ser atribuidos a la madre, por ser la persona que tenía la obligación legal de colaborar para que las facultades del padre como titular de la potestad y guarda y custodia del menor, pudieran ser ejercidas por éste de forma efectiva y al impedirlo, se hace responsable por el daño moral causado al padre. Y todo ello, con base en el régimen general de la responsabilidad por culpa del artículo 1902 CC., recogiendo como canon hermenéutico la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre el derecho al respeto de la vida familiar con cita de la STEDH de 13 julio 2000 (*Elsholz vs. Germany*), que establece que para un padre y su hijo estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar, aunque la relación entre los padres se haya roto, y las medidas internas de los Estados que lo impidan constituyen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

Admite el TS la función punitiva de la indemnización por daño moral con expresa alusión al «principio de sanción del progenitor incumplidor», abriendo paso al debate en torno a si la indemnización del daño moral cumple una función compensatoria o sólo satisfactiva, pues es un perjuicio no reemplazable en dinero, omitiendo cualquier referencia a las funciones alternativas a la compensación como son la prevención y la punición, lo que sucede en casi toda la jurisprudencia posterior, por lo que se torna tarea difícil determinar cuál es la función en el derecho español de la indemnización por daño moral, máxime cuando a veces se integran como daño moral otros daños de claro carácter patrimonial¹⁶.

¹⁶ Existen principalmente dos posturas bien definidas, y una más bien ecléctica, que exponen de manera detallada PÉREZ RETAMAL, D., y CASTILLO PINAUD, C., en: «Determinación del quantum indemnizatorio por daño moral en la jurisprudencia», Memoria, Universidad de Chile, julio de 2012 (disponible en www.tesis.uchile.cl/handle/2250/112879):

1. La indemnización por daño moral constituye una pena privada: tiene un fin claramente sancionatorio. La institución de los daños punitivos en el *common law* es el paradigma de esta postura, y han sido entendidos expresamente como aquellos que se indemnizan en contra de una persona para castigarle por su conducta ultrajante.

2. La indemnización por daño moral es una satisfacción de reemplazo: para la cual, de la imposibilidad de reparación en especie o de compensación, lleva al reconocimiento de que la suma otorgada por este concepto viene a satisfacer a la víctima por un daño irreparable por la vía del Derecho Civil. Sin embargo, dicha imposibilidad de evaluación en dinero o en bienes conmensurables ha llevado a férreos defensores de la justicia correctiva como fundamento y fin de la responsabilidad civil, a afirmar que en el caso del

El daño aparece ya como lesión del derecho al respeto de la vida familiar, bien jurídico protegido constitucionalmente, aun por la vía indirecta del artículo 10.2 CE. Y este daño ha de ser calificado de daño moral, en base a que la relación personal entre un progenitor y su hijo constituye un elemento fundamental de la vida familiar, aunque haya cesado la convivencia entre los progenitores, razón por la cual los ordenamientos estatales no deben impedirla, pues esta obstaculización de las relaciones paterno-filiales vulnera el artículo 8 CEDH.

Sin embargo, y aunque se viene señalando que la indemnización por daños en el derecho español es fundamentalmente reparadora y no sancionadora, rechazándose la existencia de los *punitive damages* existentes en otros ordenamientos, como el de Estados Unidos, es constatable que la indemnización cumple casi exclusivamente una función punitiva a la que normalmente va asociada un juicio de valor de reprochabilidad de la conducta sancionada.

En este orden de consideraciones, resulta también interesante la calificación del deber de incumplimiento como daño único o continuado¹⁷. La STS, Sala Primera, de 14 de Julio de 2010 (rec. 1968/2006. Ponente: Marín Castán), se plantea la cuestión jurídica de si ha prescrito o no la acción ejercitada por el demandante-recurrente, mediante demanda presentada el 15 de noviembre de 2005 contra la que había sido su esposa, en reclamación de 514.638,13 euros por daños morales, daños físicos y secuelas psicológicas, deterioro de su fama y honor, daño patrimonial y enriquecimiento injusto derivados, en síntesis, de la infidelidad de la demandada mientras estuvieron casados y de la declaración judicial de que uno de los dos hijos tenidos hasta entonces por matrimoniales, concretamente la hija nacida en 1984, no había sido engendrada por el demandante, invocando como motivo de casación la vulneración de la doctrina del TS respecto a la cuestión de los daños continuados¹⁸. El recurso de casación, aunque es

daño moral, sí debemos considerar la reprochabilidad de la conducta. De esta forma, la indemnización debe ser relativamente mayor en caso de conducta dolosa o gravemente imprudente del dañante, y menor relativamente en caso de culpa levisima o de responsabilidad sin culpa, porque, a causa de ello, será relativamente mayor o menor el daño moral mismo.

3. Interpretación ecléctica: que sin renunciar a la función reparatoria del Derecho Civil, pretenden expandirla para lograr una mejor comprensión de la especificidad de este daño y adicionarle un carácter prospectivo al mismo. Entre ellas, destacan la *Bundesgerichtshof*, y la teoría de Radin.

¹⁷ Uno de los iniciales obstáculos con el que se encuentran las demandas de reclamación de daños entre familiares es la prescripción de la acción, en concreto, si se interpone una acción de responsabilidad civil extracontractual: tanto por la brevedad del plazo de prescripción de dicha acción (como se sabe, un año desde que lo supo el agraviado según el art. 1968.2 C.C), como por la inexistencia de mecanismos de suspensión del plazo de prescripción de tal acción mientras dura la convivencia. Vid. RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., «De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio (A propósito de la STS de 14 de julio de 2010)», *Diario La Ley*, XXXII, nº 7582, 4 marzo 2011.

¹⁸ Merece la pena exponer someramente la relación cronológicamente concatenada de los daños psicofísicos del padre no biológico, por tratarse de un exponente claro de daños continuados. Así, alega el demandante que los daños comenzaron en el año 2001 a consecuencia del procedimiento de separación matrimonial instado por la entonces esposa del recurrente, momento en que éste sufrió un síncope cardiogénico del que tuvo que ser intervenido, implantándosele un marcapasos; que continuaron en el año 2002, cuando al recurrente le informaron de las infidelidades de su esposa y de la posibilidad de no

desestimado, se explaya en una extensa reflexión sobre el carácter continuado o no de los daños morales derivados de la averiguación por el padre de la auténtica paternidad biológica del hijo, pues en estas situaciones suele ser muy frecuente un estadio previo a la separación o el divorcio que se remonta tiempo atrás, con episodios de crisis físicas y psíquicas generadas por las dudas y las malas relaciones entre los cónyuges, lo que podría dar lugar a la hipótesis de absoluta imprescriptibilidad de la acción hasta la muerte del perjudicado, en el caso de daños personales, o la total pérdida de la cosa, en caso de daños materiales, vulnerándose así la seguridad jurídica garantizada por el artículo 9.3 CE; concluyendo que en caso de daño duradero o permanente el plazo de prescripción comenzará a correr «desde que lo supo el agraviado», como dispone el artículo 1968.2º CC, es decir, «desde que tuvo cabal conocimiento del mismo y pudo medir su transcendencia mediante un pronóstico razonable», excluyendo, por tanto, que los daños reclamados puedan presentarse «como continuación o agravación de los daños hechos posteriores a la propia presentación de la demanda»¹⁹.

Es, sin embargo, muy destacable que en relación a los daños continuados y permanentes en el ámbito de las relaciones familiares, la STS de 2009 rechaza la prescripción, mientras que la STS de 2010 la aprecia.

3.3.2. La Jurisprudencia menor

ser el padre de sus hijos, lo que motivó que instase un proceso de impugnación de la filiación cuyo resultado fue el de no ser el padre biológico de la joven de diecinueve años a la que hasta entonces había tenido por hija; que en el año 2003 interpuso demanda de divorcio y modificación de medidas, solicitando la custodia de su hijo, y la extinción de la pensión de alimentos a quien no era hija suya; que los daños habían continuado cuando en septiembre de 2004 tuvo que solicitar la extinción de la pensión compensatoria que pagaba a la demandada, ya que ésta comenzó a tener convivencia marital con una persona desde el mismo día que el actor-recurrente dejó la vivienda familiar; y mientras tanto la salud del recurrente se iba deteriorando progresivamente, constatándose en 2005 un empeoramiento determinante de que se le reconociera un grado de discapacidad del 65%; siendo ingresado en 2006 en un centro hospitalario presentando un cuadro sugestivo de amnesia global transitoria; que además de su padecimiento cardíaco el recurrente sufre una significativa afectación psíquica, trastorno adaptativo con estado de ánimo ansioso-depresivo, que ha precisado asistencia psiquiátrica ambulatoria desde septiembre de 2004 por las situaciones de estrés vividas desde el año 2001; que estas patologías determinaron que en el 2006 se declarase su incapacidad total.

Sentados estos hechos, el TS considera, no obstante, que si bien el inicio del daño se produjo en el año 2001, sin embargo el cómputo del plazo de prescripción no se inicia, según se desprende de la jurisprudencia citada, hasta la producción del definitivo resultado, que en el caso que nos ocupa se debe fijar en el informe médico de septiembre de 2005, en el que se constata el empeoramiento de mi representado.

¹⁹ «Ni desde luego —continúa la STS— cabe encuadrar en el concepto de daño continuado, a los efectos jurídicos de que no comience a correr el plazo de prescripción de la acción, el recuerdo más o menos periódico, más o menos intenso u obsesivo, de lo sucedido anteriormente, incluso aunque este recuerdo pueda repercutir en el estado de salud del sujeto, ya que de admitir semejante identificación el inicio del plazo de prescripción se prolongaría indefectiblemente, en todos los casos imaginables, hasta la muerte del propio sujeto, y por ende incluyendo la propia muerte entre los daños imputables al demandado por su conducta en cualquier tiempo pasado».

En general, los hechos relevantes del supuesto de hecho se suelen analizar jurisprudencialmente de forma diacrónica, como secuencias de un acto unitario, tratando de responder a preguntas que, no obstante, parten de tres momentos diferentes: la infidelidad matrimonial, la ocultación y el posterior descubrimiento de la paternidad biológica, y la reclamación del pago por los daños causados hasta entonces²⁰.

La jurisprudencia menor ha sido crítica con la doctrina del TS.

Así la SAP de Cádiz, de 16 Mayo de 2014 (Ponente: Marín Fernández), reitera la exposición de la cuestión que efectúa la precedente de la misma Audiencia de 30 de abril de 2008 (cit. supra) en relación a las dos sentencias del TS, pero discrepa de la STS de 1999, recogiendo la posición contraria a la del alto Tribunal, en relación a la necesidad de la existencia de dolo, afirmando, que en parte se justifica por la fuerza del cambio normativo operado por la Ley 5/2005, donde encuentra la Audiencia legitimación para la adaptación, necesariamente forzosa, de la doctrina a la situación de cambios normativos actuales, de donde sigue que no resulta precisa la concurrencia de un dolo explícito en la conducta de la demandada y que el mero incumplimiento del deber de fidelidad cualificado por el embarazo de un tercero, atribuido falsamente por vía de presunción a su marido, es hecho que por sí mismo genera su responsabilidad civil.²¹

Esta diversidad de respuestas afecta no solo a la acción ejercitada, sino también a la cuantificación del daño moral. La consecuencia que de ello se sigue es la de una falta de criterios claros, que dificulta la aplicación de los clásicos esquemas de responsabilidad civil evidenciando la necesidad de crear un marco jurídico adecuado a los daños que se producen en la esfera del Derecho de familia elaborando las categorías jurídicas y otorgando la necesaria seguridad jurídica que debe presidir las relaciones personales²².

En este intento unificador se empeña la referida sentencia de la AP de Cádiz, de 16 mayo de 2014, que dedica expresamente el FJ tercero, a lo que denomina «Las bases de la responsabilidad: el incumplimiento cualificado del deber de fidelidad», entendiendo por tales cada uno de los eventuales fundamentos de la responsabilidad discutida, con apoyo explícito en las valiosas contribuciones que desde las últimas

²⁰ Para LÓPEZ DE LA CRUZ (op. cit., p. 26) «el Tribunal Supremo resuelve los tres problemas de manera unitaria, pero quizá habría sido preferible distinguir cada uno de ellos. Además, no proporciona una doctrina clara e indubitada que pueda ser aplicada con carácter general a cuestiones similares sucesivas, lo que precisamente ha provocado que la jurisprudencia menor se haya pronunciado sobre la cuestión con un criterio del todo diverso».

²¹ El supuesto de hecho enjuiciado, es la solicitud de indemnización del padre, que conoce que no es el biológico, por los gastos de manutención y gastos de desplazamiento. La pretensión se estima en su integridad en la instancia, si bien la madre recurre porque considera que no se han debido a la conducta de la demandada sino a una sentencia judicial, y que no existe nexo causal, ya que ella no ha actuado de mala fe sino que tenía el convencimiento de que era el padre de su hijo.

²² GARCÍA DE LEONARDO, «¿Es indemnizable...?», cit., p. 29-48.

decisiones de las Audiencias Provinciales y de la propia doctrina se vienen produciendo. Son estas bases, en síntesis, las siguientes:

1. El incumplimiento negligente, no doloso, del deber de información. Es así que, desmarcándose del requisito del dolo exigido por el Tribunal Supremo, establece de modo contundente que «la culpa o negligencia a que se refiere el artículo 1902 CC, constituye un concepto más amplio que el dolo o intención maliciosa». En este sentido ya se pronunciaba la AP de Barcelona (Sección 18ª) en su sentencia de 16 de enero de 2007, siguiendo el criterio mantenido por la Audiencia Provincial de Valencia en su sentencia de 2 de noviembre de 2004, luego reiterado por otra de similar fundamentación de 5 de septiembre de 2007.

Cabe señalar que el ordenamiento jurídico español actual otorga prevalencia casi absoluta al principio de veracidad biológica²³.

2. Las consecuencias del incumplimiento del deber de fidelidad. No se sanciona, en suma la infidelidad, sino el hecho de ocultarla que es, precisamente, la nota constitutiva de tal conducta, salvo supuestos extraordinarios de consentimiento en el mantenimiento de relaciones con terceros dentro del matrimonio; por lo que «si bien la infidelidad conyugal no es indemnizable, sí lo es la procreación de un hijo extramatrimonial con ocultamiento a su cónyuge».

4. INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL

En presencia de un ilícito civil susceptible de generar la responsabilidad, queda por resolver una importante cuestión: la de determinar la entidad del daño causado moral y patrimonial, y su cuantificación.

Hasta la STS de 30 de Julio de 1999, el posible daño moral «generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro no es susceptible de reparación económica alguna [...] la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación es la de ruptura del vínculo conyugal».

El daño moral, ya desde el siglo XIX, se define negativamente, como aquél que no reviste carácter patrimonial. En esta línea, los principios de derecho europeo de responsabilidad civil denominan el daño moral como daño no patrimonial, de forma que, por exclusión, cualquier daño que no tenga cabida dentro de la categoría de daño patrimonial, la tendrá dentro de la categoría de daño no patrimonial, definición más amplia pero que, en definitiva, supone el daño que se sufre en aspectos no patrimoniales.²⁴

²³ Vid. SSTC 237/2005, de 27 de octubre, y 52/2006, de 16 de febrero.

²⁴ Para Díez Picazo, cuando el daño moral se quiere indemnizar dentro de un sistema legal que admite la indemnización referida genéricamente a los daños, como ocurre en el art. 1.902 CC, se hace preciso encuadrar el daño moral en ese concepto genérico para situarlo en el precepto legal..., y si el problema

El daño moral, entendido como *pretium doloris*²⁵, que constituye la lesión a la integridad psicofísica de la persona, puede quedar integrado tanto por daños biológicos, los causados a la salud fundamentalmente psíquica, cuanto por daños existenciales, derivados de las modificaciones negativas que se hayan producido en la realidad cotidiana del cónyuge dentro del ámbito en el que se desenvuelve²⁶.

Pero, a menudo, en la jurisprudencia se da una patente confusión entre el daño moral y el daño patrimonial²⁷, que no es nueva en la doctrina, pues ya aparece en la evolución de los conceptos y las clasificaciones y subclasificaciones sobre el daño que se han dado desde el siglo XIX²⁸.

4.1. *Determinación de la indemnización por daño moral*

De nuevo la doctrina española no es uniforme sobre la indemnizabilidad del daño moral derivado del incumplimiento del deber de fidelidad, encontrándonos con las siguientes posturas²⁹ :

a) Por un lado, un sector doctrinal que admite la indemnizabilidad sólo en caso de daños morales autónomos de los derivados de la propia infidelidad, siempre que estén causados por una conducta de especial gravedad, o que los daños a derechos del otro cónyuge sean conceptualmente separables de su interés en el mantenimiento del matrimonio y en el respeto de sus reglas (Nieto Alonso, Marín García).

se plantea así enseguida ocurren dos cosas: la primera es que construir conceptos generales englobando en ellos anomalías multiplica las dificultades; por otra parte, un concepto genérico de daño que permita colocar juntos al patrimonial y al moral, tiene que situarse en un plano de generalidad tal que inmediatamente demuestra su inutilidad, por lo que parece acertada la observación de Renato Scognamiglio, según la cual para que una operación como la que pretendemos pudiera ser útil, tendría que tratar con fenómenos homogéneos, mientras que daño patrimonial y daño moral constituyen por el contrario, fenómenos por completo heterogéneos (DÍEZ-PICAZO, L., «En torno al daño...», cit., p. 7).

²⁵ Esta forma de conceptuar o de concebir el daño moral es la que, sin duda, se mantiene más próxima a sus orígenes donde se encuentra, según nos explicaba Windscheid, el llamado dinero del dolor. DIEZ PICAZO, L., «En torno al daño...», cit., p. 10.

²⁶ Romero Coloma, plantea un tema de gran importancia por su directa conexión con el supuesto de infidelidad y paternidad no biológica: el referido a los daños morales que sufren los menores de edad, supuesto en el que el Ordenamiento Jurídico se enfrenta a dos daños diferentes: el daño sufrido por el que se creía progenitor, y no lo es, y el daño sufrido por los menores, que se creían hijos de la persona que, como tal, era tenida, porque les crió, cuidó y educó, además de alimentarles. Son dos tipos de daños, muy diferenciados, pero, al fin y al cabo, son daños morales que han de ser indemnizados. El hijo o hijos menores ha/han sufrido un engaño también y, aunque nunca se dice nada a este respecto, parece obvio que la existencia de ese daño moral es indiscutible. ¿Cómo se indemnizaría el daño al hijo o hijos?. Vid. Romero Coloma A.M: Problemática jurídica de las indemnizaciones entre cónyuges (y ex cónyuges).

²⁷ Esta presentación del daño patrimonial bajo el ropaje del moral es particularmente visible en los casos de reclamación por lucro cesante, conclusión a la que llega tras el análisis jurisprudencial (GÓMEZ POMAR, F., «Daño Moral», cit., p. 12).

²⁸ DIEZ-PICAZO, «En torno al daño...», cit., pp. 2-4.

²⁹ Posturas que estructura y desarrolla FARNÓS AMORÓS en «El precio de ocultar...», op. cit. p. 12.

La indemnizabilidad también se defiende con argumentos similares respecto de los cónyuges siempre que exista una intención de causar daño, y de las uniones estables si se constata un comportamiento culpable y que causa rechazo porque lesiona derechos fundamentales del otro conviviente (Rodríguez Guitián).

Con una posible remisión a los tipos penales, también se sostiene la aplicación del artículo 1902 CC respecto de los conductos no tipificados por el derecho de familia que produzcan daños en este ámbito (Roca Trías).

b) Otra postura escéptica en relación a la extensión de los remedios de la responsabilidad civil a todos los ámbitos de las relaciones familiares argumenta que tal extensión puede conducir a una proliferación de demandas (Llamas Pombo).

c) A las posturas expuestas se añade, por último, la de otro sector que acepta la indemnizabilidad del daño moral incluso en caso de incumplimiento de los deberes matrimoniales tipificados, entre ellos, la infidelidad (Verda Beamonte), de cuyo daños responderán solidariamente el cónyuge infiel y el tercero que mantuvo relaciones sabiendo, o debiendo saber, que estaba casado, y que subraya los comportamientos oportunistas y los efectos imprevisibles que a largo plazo podría comportar la no indemnizabilidad (Carrasco Perera). Expresión de esta confusión lo constituye el hecho de que son muchas las sentencias declarativas de la paternidad no matrimonial que condenan al padre biológico al pago de las cantidades ya devengadas en concepto de alimentos al hijo, a partir de la fecha de interposición de la demanda³⁰.

Para Martín Casal y Ribot, lo difícil, no obstante, es saber dónde se propone trazar la línea entre lo indemnizable y lo no indemnizable, y qué fundamento justifica el resarcimiento, porque al tratar de justificar el recurso a las reglas del derecho de la responsabilidad civil en el ámbito familiar, los defensores de la tendencia expansiva suelen omitir la difícil tarea de sistematizar la diversidad de casos, distinguiendo aquellas situaciones en las que esas reglas pueden jugar un papel, de aquellos grupos de casos en los que aplicarlas está fuera de lugar³¹.

En términos generales, a juicio de Martín Casals, parece que para la apreciación del daño moral deben unirse dos características: a) la lesión de derecho de la personalidad y, b) la afectación de la esfera psicofísica. De esta suerte, debería ser considerado como daño moral la afectación de la esfera psicofísica que es consecuencia de la lesión de un derecho o bien de la personalidad. Este planteamiento aconseja separar de la

³⁰ Así, en las Sentencias de la AP de Madrid, de 11-05-2004; de la AP de Santa Cruz de Tenerife, de 05-07-2007, del TSJ de Navarra, de 03-06-1998.

³¹ Vid. MARTÍN CASALS, M., y RIBOT IGUALADA, J., «Daños en derecho de familia: un paso adelante, dos atrás», *Anuario de derecho civil*, LXIV, 2011, fasc. II, p. 504. Distinguen y sistematizan estos autores, de forma pormenorizada con cita de abundante jurisprudencia para cada supuesto, entre: a) Casos de daños resarcibles entre cónyuges y b) los de daños resarcibles en las relaciones paterno-filiales.

perspectiva del daño moral toda una serie de hipótesis en que esas coordenadas no concurren, no sólo porque el derecho no debe intervenir cuando el daño sea mínimo, porque *de minimus praetor non curat*, o porque no existe gravedad de la consecuencia dañosa, o porque toda la vida de relación comporta enojos, disgustos y contrariedades, en las que el derecho no debe intervenir y, finalmente, por la dificultad de la prueba de su existencia y de su valoración con el consiguiente riesgo de que a partir de puras ficciones aumente el número de pleitos y de las cuantías que se puedan demandar³².

Por su parte, el TS, en materia de daño moral, razona que la indemnización puede contribuir a aliviar padecimientos físicos o psíquicos o a conllevar una vida personal y social devastada. Con dinero se puede pagar el tratamiento psicológico acaso útil y las drogas químicas realmente efectivas para restablecer el bienestar —o, al menos, aliviar el malestar—, de una persona profundamente deprimida. Para Gómez Pomar la interpretación puede reconducirse a la máxima *las penas con pan son menos*, concluyendo, tras una detallada exposición de la jurisprudencia³³, que en estos casos, no se indemniza daño moral alguno sino que se ordena reparar un daño patrimonial —el coste de los tratamientos psicológicos o médicos, servicios de atención o productos químicos—, que se pueden comprar con dinero, de forma que el TS concede indemnizaciones por daños que carecen de aquella cualificación, pues, en realidad, se trata de daños patrimoniales que no resultan, por diferentes razones, fáciles de cuantificar³⁴.

4.2. *El quantum indemnizatorio*

La inexistencia constatada de criterios de valoración uniformes y homogéneos es una de las principales críticas a las sentencias que indemnizan los daños morales en general³⁵. La cuantificación del daño moral es una de las cuestiones que hoy en día generan mayor controversia en Derecho español, entre otras razones, porque durante la última década nuestros tribunales han reconocido ampliamente su resarcimiento³⁶.

³² Vid. MARTIN CASALS, M., «Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982», en *Centenario del Código civil (1889-1989)*, tomo II, Madrid, 1990, p. 1231.

³³ GÓMEZ POMAR, «Daño Moral», cit., p. 7-9. Los bienes cuya pérdida o deterioro trata de compensar la indemnización por daño moral, son muy diversos: la salud, la libertad, la tranquilidad de ánimo, el equilibrio psíquico, la honorabilidad sexual, el apego a la vivienda propia.

³⁴ *Ibid.*, p. 11.

³⁵ A uno no deja de sorprenderle - dice Diez Picazo-, el escaso análisis que se realiza en las sentencias que imponen indemnizaciones por daño moral. Se tiene la impresión de que el ordenamiento no tiene como objetivo vetar todas aquellas actividades de las que según la jurisprudencia puede resultar un daño moral. Tampoco es fácilmente pensable que el ordenamiento quiera que los sujetos, miembros activos de la comunidad jurídica, no puedan sufrir desolaciones, disgustos o quebraderos de cabeza como es normal que los sufran los partícipes en el tráfico. Hay, en todos estos campos un riesgo permitido y toda actuación en el marco del riesgo permitido no genera daño ni, por consiguiente, daño moral (DÍEZ-PICAZO, L., «En torno al daño....», cit., p.11).

³⁶ Vid. MARÍN GARCÍA, I., y LÓPEZ RODRÍGUEZ, D., «Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso-administrativo», *InDret*, 2-2010, p. 4.

Estas confusiones, no obstante, también se revelan en el derecho comparado³⁷.

Por otro lado, el TS tiene declarado que la evaluación del daño es una cuestión de hecho y, por consiguiente, no susceptible de revisión en casación, habida cuenta de la inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que el daño moral esencialmente consiste, a menos que el tribunal de instancia haya infringido normas legales o criterios jurisprudenciales, sin que el daño moral constituya una excepción, ya sea en sede civil, penal o contencioso-administrativa³⁸; doctrina casacional consolidada que contribuye a la diversidad de respuestas en la jurisprudencia menor, y que es de ver en las siguientes sentencias.

La SAP de Valencia, de 5 de septiembre de 2007 rebaja la cantidad concedida en primera instancia, atendiendo a los siguientes factores: el escaso tiempo de convivencia con el menor, – no más de un año – para reducir la indemnización fijada en primera instancia (100.000 euros) a la cuantía de 12.000 euros, y su convicción casi desde su nacimiento que el hijo no era suyo.

La SAP de Barcelona, de 16 de enero de 2007, reprochó a la esposa una mayor diligencia a la hora de averiguar la verdadera paternidad de la niña, que el padre había creído suya durante cuatro años, siendo esta conducta negligente la que motivó que se le condenase a pagar una indemnización al marido, por daños morales, en la cantidad de 15.000 euros.

La SAP de Cádiz, de 3 de abril de 2008, concede también indemnización por daño moral por incumplimiento negligente, pero condena a la demandada a devolver los alimentos percibidos aplicando la doctrina del cobro de lo indebido (art. 1895 CC), el pago de los gastos de viaje para ejercitar el derecho de visitas «en tanto que satisfecho en beneficio de una relación paterno-filial a la postre inexistente», el 50% de los gastos sufragados para hacerse la correspondiente prueba de paternidad y una indemnización por los daños psicológicos y morales resultantes, a pesar de que la relación con la que suponía su hija no duró más de un año, que el tribunal cifró en 35.000 euros.

En la ya citada STS de 30 de junio de 2009, el padre solicita una condena a pagar una indemnización de 210.354 euros por el daño moral producido por la madre al actor al privarle de todo contacto con su hijo menor de edad, condenado el TS a la madre a resarcir el daño moral causado, estableciendo la cuantía de la indemnización en 60.000 euros.

³⁷ Una detallada exposición de posiciones comparadas en países de distintas tradiciones jurídicas, en la valoración y criterios para determinar la cuantía de la indemnización por daño moral puede verse en: PÉREZ RETAMAL, D., y CASTILLO PINAUD, C., «Determinación del quantum indemnizatorio por daño moral en la jurisprudencia», Memoria, Universidad de Chile, Santiago, julio de 2012 (www.tesis.uchile.cl/handle/2250/112879).

³⁸ Por todas, SSTS, Sala 1ª, de 04-10-2006; Sala 2ª, de 01-07-2008 y 29-01-2005; y Sala 3ª, de 09-06-2009 y 04-06-2008.

La SAP de Oviedo, de 18 de Mayo de 2012, en un supuesto de pareja de hecho, establece que atendida la escasa duración de la convivencia de la pareja y del lapso de tiempo durante el que el actor permaneció en el error, en absoluto justifican una suma tan elevada como la interesada, resultando más ajustada la de 3.000 euros.

Por su parte, la SAP de Cádiz de 16 de Mayo de 2014, establece los conceptos por los que normalmente se reclama indemnización: alimentos prestados al hijo, gastos de desplazamiento para ejercitar el derecho de visita, daños psicológicos y morales y costas, pero rechaza la aplicación de las reglas del cobro de lo indebido (art. 1895 CC), así como el artículo 1894 CC, en sede de gestión de negocios ajenos, ya que el actor abona los alimentos porque así lo ordena una sentencia que es firme, siendo esta la que le impone el deber.

Al analizar la jurisprudencia sobre la cuantía del daño moral en determinadas materias, Gómez Pomar llega a interesantes conclusiones; así, por ejemplo, en materia de agresiones a la libertad sexual o a la autoestima y reputación el TS se muestra especialmente proclive a condenar al pago de indemnizaciones, incluso, las concede sistemáticamente, pero no requiere constatación alguna de la realidad y alcance del daño: indemniza la ofensa por su enormidad, no entra en consideraciones empíricas sobre la dimensión del perjuicio.

A su juicio, se constata un cierta proclividad a conceder indemnización por daño moral sin exigir acreditación de un impacto psíquico, y lo que es más relevante, que las cuantías concedidas en tales casos son más elevadas que las otorgadas en supuestos de agresiones más graves a la libertad sexual, a pesar de la de una mayor dificultad de prueba del daño moral en estas circunstancias frente a otras (lesiones físicas graves, sufrimiento psíquico derivado de la muerte de un familiar próximo, etc.), deduciendo, como hipótesis, la que apunta a que las indemnizaciones por daño moral se aplican como sanción en los casos en que el daño patrimonial es típicamente bajo, pues la gravedad de estos hechos, así como la relevancia y repulsa social que merecen aparecen entonces como los factores preponderantes en la fijación de la indemnización por daño moral³⁹.

Esta relación entre daño moral e indemnización de carácter sancionatorio se hace especialmente notoria en el ámbito del incumplimiento de deber conyugal de fidelidad⁴⁰.

³⁹ GÓMEZ POMAR, F., op. cit., pp. 9-11.

⁴⁰ Ibid., p. 12. Sin embargo, las agresiones sexuales no agotan el campo de aplicación del uso sancionador de la indemnización por daño moral. En algunos casos, bajo la decisión de condenar a pagar tal o cual cantidad de dinero parece subyacer la repugnancia mal disimulada ante lo que representaría limitarse a conceder una indemnización nominal, próxima a cero, por no haber daños patrimoniales ni poder justificarse una precisa repercusión negativa de carácter psíquico o afectivo.

No es ajena a esta concepción punitiva la progresiva equiparación de la reparación civil por daños entre la jurisdicción civil y la administrativa, que se hace también extensiva a la determinación del quantum. No obstante, hay una diferencia notoria: la función asistencial que traslucen las condenas a la Administración en este ámbito es ajena al orden civil⁴¹.

Sin embargo, no parece posible, de momento, el establecimiento de unas bases objetivas de cuantificación del daño, mediante la aplicación de parámetros objetivables, similares, por ejemplo, a los que se regulan en el Baremo de accidentes de circulación, en el supuesto de daños por incumplimiento del deber de fidelidad, por la prístina razón de que a diferencia de otros daños, a los que si se aplica por analogía, o *ex lege*⁴², los deberes conyugales no van a ser objeto de aseguramiento.

La cuestión, entonces, pasaría de nuevo por el carácter de la indemnización, de forma que si se excluye el carácter sancionador de la misma —a cuya conclusión se ha de llegar, aunque sea de forma necesariamente forzada—, de los daños indemnizables quedarían excluidos los daños morales que tuvieren como real fundamento la satisfacción por el padecimiento de una conducta éticamente reprochable⁴³.

En similares términos Farnés Amorós, considera que al no desvincularse totalmente la indemnización concedida de la infidelidad y de una cierta concepción social de la misma, en aras del principio de seguridad jurídica, lo más adecuado sería que, en los

⁴¹ Esta evolución jurisprudencial en el orden civil supone una aproximación considerable a los criterios con los que los tribunales contencioso-administrativos resuelven las reclamaciones contra la Administración pública por el mismo concepto indemnizatorio: el daño moral derivado de la lesión del derecho de los padres a estar con sus hijos a consecuencia de una declaración de desamparo improcedente. Nuestra jurisprudencia afirma la responsabilidad de la entidad pública competente, aunque de conformidad con el régimen de responsabilidad por culpa aplicable a los actos administrativos no reglados. Por desgracia, el orden civil y el contencioso-administrativo también convergen en cuanto a la forma de determinación de la cuantía indemnizatoria, pues unos y otros tribunales indemnizan a tanto alzado. A pesar de que las indemnizaciones concedidas mantienen cierta coherencia, la ausencia de criterios de valoración económica del daño moral y la parca enumeración de los factores tomados en cuenta impiden la revisión de las bases indemnizatorias, aunque con el beneplácito de las Salas Primeras y Tercera del Tribunal Supremo, respectivamente. Vid. MARÍN GARCÍA, I., y LÓPEZ RODRÍGUEZ, D., «Indemnización del daño moral», cit., p. 31.

⁴² Así sucede ya con los daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria, conforme establece la disposición adicional tercera, de la ley 35/2015, de 23 de septiembre, de reforma para el sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (BOE 228), de 13 de septiembre.

⁴³ En opinión de Martín Casals y Ribot Igualada, ha de reconocerse una cierta incoherencia en defender que no se toma en cuenta la imputabilidad de las conductas determinantes de la ruptura conyugal para la determinación de las medidas compensatorias arbitradas por el derecho de familia, conforme a la ley 5/2005, y posteriormente abrir la puerta a la imputación de daños vinculados a esas conductas, cuya liquidación llega a extremos francamente risibles cuando se propone objetivar la responsabilidad de los cónyuges por esos incumplimientos y apuntar a la posibilidad de establecer un baremo de daños producidos durante la convivencia conyugal (MARTÍN CASALS, M., y RIBOT IGUALADA, J., «Daños en derecho de familia: un paso adelante...», cit., pp. 545 y ss.).

casos en los que la infidelidad va seguida del nacimiento de hijos extramatrimoniales y de la ocultación de la verdadera paternidad, los Tribunales, ya sea por la vía de la responsabilidad extracontractual o del enriquecimiento injusto, en beneficio del principio de seguridad jurídica, resolvieran únicamente sobre la procedencia de la reclamación de las cantidades pagadas en concepto de alimentos⁴⁴.

Sin embargo, la indemnización del daño moral, derivado del incumplimiento de deberes conyugales ya no se establece solo como sanción del incumplimiento del deber de fidelidad, sino también como lesión de otro bien jurídico digno de protección, como es el del derecho al respeto de la vida familiar —siendo ésta la novedad más importante de la STS de 30 de Junio de 2009—, pudiendo, por tanto, desvincularse la indemnización por daño moral de la conducta motivadora de la ruptura; el daño moral no sería de hecho la respuesta de reproche a la infidelidad, sino la reparación del daño por vulneración del derecho al respeto de la vida familiar, lo que va a permitir que la culpa o negligencia, por responsabilidad extracontractual, siga manteniéndose como criterio de imputación subjetiva, pero derivada ahora de la violación del derecho a la vida familiar y no de la conducta de infidelidad, salvándose de esta manera la contradicción entre la norma y el reproche moral conductual, permitiendo, mantener la existencia de un daño moral que no encubra una sanción, y que se pueda determinar por cualquiera vía probatoria, incluidas la doctrina *re in ipsa loquitur* o la de *facta concludentia*, así como que no sea preciso y necesario revisar el alcance, moral o jurídico, coercible o no, de los deberes jurídicos del matrimonio.

Para Romero Coloma, el deber de fidelidad se conecta, en íntima ligazón, con el deber de respeto que el propio Código Civil impone a los cónyuges en su artículo 67, y por tanto, la transgresión del deber de fidelidad no es más que el corolario de la falta de respeto de un cónyuge hacia el otro y, en definitiva, una lesión a su dignidad, siendo invocable, plenamente, el artículo 10.1 CE⁴⁵, así como los derechos fundamentales personales, pues es en el ámbito de las relaciones familiares y matrimoniales donde encuentran su escenario más apropiado, que es paradigma del creciente proceso de constitucionalización del derecho privado.

Para el TEDH, con independencia del régimen de responsabilidad aplicable en función del causante del daño, ya sea un particular o la Administración pública, el daño irrogado es de índole idéntica: un ataque al derecho al respeto de la vida familiar reconocido en el artículo 8 CEDH, doctrina que conforme al artículo 10.2 CE, resulta de

⁴⁴ Vid. en tal sentido, FARNÓS AMORÓS, «El precio de ocultar...», cit., p. 10.

⁴⁵ Desde mi punto de vista —dice Romero Coloma—, es el art. 10 de nuestra CE el precepto paradigmático, como en otras materias, en orden a la mejor comprensión del deber de fidelidad conyugal, ya que la dignidad de la persona, esté o no casada, es el núcleo orientador, de carácter jurídico, al que deben ir enfocadas todas las situaciones que pueden presentarse a lo largo de la existencia de la persona, en cuanto fundamento de la paz social (Vid. ROMERO COLOMA, A.M., «El deber de fidelidad conyugal y la responsabilidad civil por su infracción», *Diario La Ley*, XXXII, nº 7646, 7 Junio 2011).

aplicación en nuestro ordenamiento jurídico, y que ha sido recogida en la STS de 30 de junio de 2009.

5. INDEMNIZACIÓN PATRIMONIAL POR ALIMENTOS INDEBIDOS

La reclamación de indemnización por alimentos pagados por el padre no biológico es un tema controvertido que ha sido tratado de manera dispar por la jurisprudencia menor, tanto en relación al tipo de acción procesal que le sirva de cobertura como, en su caso, por el alcance y efectos de dicha indemnización.

La reciente STS de 24 de Abril de 2015 (Pleno, Sala 1ª, rec.1254/2013; Ponente: Seijas Quintana), es la primera en que el alto tribunal se pronuncia de forma expresa sobre la acción que ha de ejercitarse para reclamar los alimentos pagados por quien se creía progenitor y posteriormente resulta que no lo es, así como sobre la retroactividad de los efectos de la sentencia que declara la inexistencia de relación paterno filial en cuanto a la obligación de devolver alimentos cuyo importe había sido fijado previamente en una sentencia de divorcio.

Las posturas existentes, a las que hace referencia la sentencia, son las siguientes:

a) Sentencias que sostienen que la reclamación de los alimentos abonados a quien se creía hijo, debe realizarse por el cauce del artículo 1895 CC: SSAP de Cádiz, Sección 2ª, de 3 de abril de 2008 ; León, Sección 1ª, de 2 de enero 2007 ; Asturias, Sección 6ª, de 28 de septiembre 2009 y 15 de octubre 2010 .

b) Sentencias que sostienen que la reclamación de los alimentos abonados a quien se creía hijo, debe realizarse por el cauce del artículo 1902 CC: SSAP de Valencia, Sección 7ª, de 5 de septiembre de 2007 y 2 de noviembre de 2011 ; Barcelona, Sección 1ª, de 16 de enero 2007 ; Baleares, Sección 3ª, de 20 de septiembre de 2006 y,

c) sentencias que consideran que en tanto no se declare que el padre que lo era ha resultado no serlo, no es de aplicación el cobro de lo indebido, pues hasta entonces los alimentos eran debidos: SSAP de Ciudad Real, de 29 de febrero 2012; Toledo, de 7 de noviembre de 2002, Sección 2ª, (solo se pagarían a partir de una resolución judicial que así lo declare); Granada, Sección 5ª, de 13 de junio de 2014.

Siendo esta tercera postura por la que se inclina la Sala del TS, manteniendo, en definitiva, que no es de aplicación el cobro de lo indebido, pues hasta la declaración judicial de inexistencia de relación paterno filial, los alimentos eran debidos, como obligación *ex lege*; no estamos, pues, en presencia de una situación normal en la que un pago indebido genera un derecho de crédito en favor del pagador a la devolución de lo indebidamente satisfecho, prevista en el artículo 1895 del CC, pues sus requisitos no se trasladan sin más en materia de alimentos para conceder legitimación activa al alimentante, que alimentó a una hija que luego se demostró que no era suya, para que se le restituya lo abonado, y pasiva, a quien nunca recibió el dinero para sí, es decir,

para integrarlo en su patrimonio, sino para aplicarlo a la alimentación de la hija común, como tampoco para considerar que hubo error al pagarlos.

La afirmación de que «no estamos en presencia de una situación normal», entendida como estar en presencia de relaciones particulares del derecho de familia, no lleva a una admisión expresa del principio de especialidad o de inmunidad o privilegio conyugal, pues no hay duda de que el TS mantiene la resarcibilidad de los daños causados dentro del matrimonio y la familia, optando por la aplicación del singular régimen de la culpa extracontractual, por lo que, independientemente de las razones que le lleven a decantarse por el mismo y no por el de la vía del enriquecimiento injustificado (tal vez, una mayor coherencia con los principios que informan la filiación, la mayor seguridad jurídica de un periodo menor de prescripción, o impedir el aumento desmesurado de demandas), se mantienen para este tipo de reclamaciones las bases conceptuales del moderno derecho de familia, en contra de lo sostenido por el voto particular a la misma.⁴⁶

La acción ejercitada —continúa la STS—, debió ser, pues, la del artículo 1902 del CC, como quedo establecido en las sentencias de 22 de julio de 1999 y 14 de julio de 2010, aunque éstas no responden a supuestos iguales.

El TS se decanta expresamente por la no devolución de los alimentos percibidos con efectos retroactivos, principio que tiene su origen en la vieja sentencia de 18 de abril de 1913, que confirma la línea jurisprudencial de las sentencias de 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1897, que establecieron que los alimentos no tienen efectos retroactivos, «de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida». No se

⁴⁶ La STS de 24 de abril de 2015 (Pleno, Sala 1ª. Ponente: Seijas Quintana), tiene dos votos particulares (de los Magistrados Sres. Salas Carceller y Orduña Moreno), que contiene una segunda parte (FD 4º), expresamente intitulada «Consideraciones de fondo: el moderno Derecho de familia», en la que comienza por precisar que «el moderno Derecho de familia, referenciado en la Constitución española y las reformas realizadas, ha profundizado tanto en la responsabilidad familiar que individualmente asume cada cónyuge, como en la diferenciabilidad de sus respectivas responsabilidades de índole patrimonial; todo ello conforme al principio de igualdad jurídica que informa, plenamente, a los cónyuges tanto para contraer matrimonio como para desarrollar las relaciones familiares, sin dispensa o pretexto alguno al respecto. Esta razón de exigibilidad de la responsabilidad familiar que individualmente asume cada cónyuge, así como de la diferenciabilidad de su respectiva responsabilidad patrimonial, resulta predicable de cada uno de los institutos de Derecho de familia que la sentencia toma en consideración». Partiendo de este entendimiento conceptual del moderno Derecho de familia, se critica la sentencia por apoyarse en la *vieja sentencia* de 18 de abril de 1913, que confirma la línea jurisprudencial de las sentencias de 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1897, pues, como pronto se advierte, difícilmente la visión o caracterización del Derecho de familia que sirvió de realidad social a las viejas sentencias de esta Sala dictadas en relación a la cuestión aquí planteada pueden servir de apoyo, bien de origen, o bien de evolución, para valorar la incidencia que la moderna caracterización del Derecho de familia pueda tener en la cuestión planteada pues, sencillamente, les resultó totalmente extraña y ajena al contexto social, cultural y económico de aquella época.

devuelven los alimentos como tampoco se devuelven los demás efectos asociados a estos derechos y obligaciones propias de las relaciones de los padres con sus hijos mientras se mantengan.

Y en cuanto a la efectividad, los pagos se hicieron como consecuencia de una obligación legalmente impuesta entre quien pagaba y quien se beneficiaba de dicha prestación, y es efectiva hasta que se destruye esta realidad biológica mediante sentencia dictada en proceso de impugnación de la filiación matrimonial, lo que hace inviable la acción formulada de cobro de lo indebido, pues la filiación, dice el artículo 112 CC, produce sus efectos desde que tiene lugar, y su determinación legal tiene efectos retroactivos, siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la ley no disponga lo contrario; efecto retroactivo de la determinación legal de la filiación que opera cuando éste sea positivo para el menor, pero no en el supuesto contrario, como sucede en otros casos, como en el de extinción de la adopción (art. 180.3 CC); en el de la declaración de nulidad del matrimonio (art. 79 CC), o en el supuesto de fallecimiento del alimentante (art. 148.3 CC), y como también resulta de la propia jurisprudencia respecto al carácter consumible de los alimentos, o de sentencias, como la del Alto tribunal de 18 de noviembre de 2014, conforme a la cual la extinción de la pensión alimenticia de un hijo mayor de edad no puede tener efectos retroactivos desde la fecha de la demanda de modificación de medidas, sino desde el día siguiente de la notificación de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial.

Es cierto, afirma el TS, que las relaciones de paternidad tienen como base principal la realidad biológica, pero esta realidad no excluye necesariamente situaciones como la contemplada en el caso resuelto por la STS de 20 de noviembre de 2013, en la que, en interpretación de principio del real y superior interés superior del menor, se atribuye la guarda y custodia de una niña a quien impugnó la paternidad, lo que, a juicio del TS, pone en evidencia el riesgo de trasladar sin más determinadas acciones, como la que ahora se enjuicia, al ámbito de las relaciones familiares para fundar un derecho de crédito al margen de las reglas propias que resultan de la filiación, de la propia consideración del matrimonio y de la familia y, en definitiva, de un entramado de relaciones personales y patrimoniales que no es posible disociar⁴⁷.

⁴⁷ La STS, núm. 679/2013 de 20 noviembre, de la que también es ponente el Magistrado Seijas Quintana, resuelve sobre una atribución de guarda y custodia de una niña a su padre no biológico, se cita en la STS de 24 de abril de 2015, como exponente de la complejidad de las relaciones familiares. Comienza aquella señalando que el interés del menor impide especular sobre situaciones inciertas de futuro y menos aún poner fin a unas relaciones que se han mantenido entre el padre no biológico y la menor, ya que la inexactitud en la determinación de la paternidad, no impide el derecho a tener contacto entre uno y otra cuando toda la prueba que se valora pone en evidencia la existencia de vínculos afectivos que hacen inviable la extinción de los vínculos familiares que existieron entre ambos; de forma que el interés superior real, y no simplemente abstracto de la niña, no puede ser interpretado solamente desde el punto de vista de la familia biológica, que no debe prevalecer, sino el que resulta de la valoración los hechos desde la realidad de la vida familiar, pues, si bien es cierto que en el momento actual, D... no puede ser considerado progenitor respecto de la menor, también lo es que las circunstancias graves

En definitiva, el TS entiende aplicable al supuesto de reclamación de alimentos prestados la acción del artículo 1902 CC, siempre que la misma tenga como fundamento un daño causalmente vinculado a la infidelidad de la madre y consiguiente nacimiento de un hijo que ha sido considerado, hasta la impugnación de la filiación, como matrimonial, limitándose los efectos de la reclamación hasta la fecha de la resolución judicial que declare la filiación extramatrimonial.

El TS indaga en todas las posibles argumentos en pro de la pertinencia de la acción del artículo 1902 del CC, y alcanza como consecuencias de relevante trascendencia, por un lado, el acortamiento del plazo de prescripción y, por otro, la limitación de la retroactividad a la fecha de declaración judicial de impugnación de la filiación⁴⁸.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

Es innegable que la familia ya no es en la actualidad un ámbito inmune al derecho de daños. Ello exige una sistematización de las diferentes y variadas posibilidades indemnizatorias, pues se puede afirmar que la indemnizabilidad de unas y otras responde a reglas y criterios diferentes.

La ley 5/2005 despoja al matrimonio de su clásica naturaleza jurídica contractual y da nueva orientación principal a los deberes del matrimonio, y en particular, al deber de guardar fidelidad mutua, único que es objeto de este trabajo, no otorgando a los deberes otro valor que el de teóricas normas de conducta, no coercibles, resultando así afectado el sustrato esencial del deber de fidelidad, que hace insostenible su consideración como deber jurídico *stricto sensu*. Paradójicamente, la ley incorpora y añade nuevos deberes a los clásicos deberes de los cónyuges.

El deber de guardar fidelidad es un deber implícito en la institución matrimonial en todas las épocas y ordenamientos, y su incumplimiento conllevó hasta hace poco sanciones penales. Sin embargo, es admitido en la actualidad que su incumplimiento puede tener consecuencias jurídicas, en particular cuando de la infidelidad derive la procreación desconocida y no consentida del padre no biológico, si bien el

concurrentes permiten atribuirle la custodia en la forma que resolvió la sentencia del Juzgado, esto es, a través de los artículos 103,1^ª, prr.2 y 158, ambos del Código Civil, y artículo 11.2 de la LO 1/1996, de 15 de enero.

⁴⁸ En el voto particular de los magistrados Salas Carceller y Orduña Moreno, por el contrario, la situación descrita se ajusta a la previsión legal contenida en el artículo 1895 del Código Civil, que regula el cuasicontrato de cobro de lo indebido, habiéndose producido un supuesto de *indebitum ex causa*. Añadiendo, además, un último argumento: que una solución como la adoptada por la sentencia, no sólo impide el resarcimiento del daño frente a la madre, sino también frente al verdadero padre, en el caso de que llegara a ser conocido. Y también: el alcance declarativo *ex tunc*, que acompaña o caracteriza el ejercicio de la acción de impugnación de la filiación matrimonial, que necesariamente declara la ausencia del presupuesto causal de la filiación desde su inicial determinación, sin intervalos o espacios intermedios al respecto.

incumplimiento del deber de fidelidad no es en sí mismo sancionable jurídicamente, sino solo las consecuencias procreadoras ocultadas de propósito al padre no biológico.

La jurisprudencia menor, por su parte, desde la vigencia de la Ley 5/2005, ha experimentado un significativo aumento de sentencias sobre responsabilidad por incumplimiento del deber de infidelidad; adecuar los supuestos litigiosos a los principios del moderno derecho de familia ha llevado a la jurisprudencia menor a un cambio, que se antoja necesariamente forzado, sobre la jurisprudencia del TS.

No obstante, la indemnización derivada de su incumplimiento no puede tener el carácter de sanción, ni siquiera encubierta; el daño, pues, solo puede basarse en la afectación de la dignidad del perjudicado y, por tanto, en la vulneración de los derechos fundamentales de la personalidad, ya sea el derecho a la vida, familiar o a la intimidad privada, personal o familiar. Solamente de esta manera tendrá alguna coherencia mantener el deber jurídico de fidelidad y un resarcimiento por su incumplimiento que carezca de connotaciones sancionadoras, en las que aún subyace la idea de una ruptura vincular culpable propia del divorcio-sanción; siendo, por demás, inimaginable un supuesto derecho a ser infiel que forme parte integrante del pleno desarrollo de la personalidad y que actúe como contrapeso o en igual valor al derecho fundamental lesionado.

Bajo las premisas expuestas, y con respeto a los principios en materia de responsabilidad personal y patrimonial de los cónyuges del moderno derecho de familia, la exigencia de responsabilidad extracontractual por el cauce del artículo 1902 CC, seguiría, por tanto, siendo plenamente válida para determinar las responsabilidades patrimoniales y no patrimoniales derivadas de la procreación no consentida y ocultada, con retroacción de efectos al momento de la resolución judicial que declare la impugnación de la filiación matrimonial; queda, pues, excluido el ejercicio de acciones de enriquecimiento injustificado, dada la peculiar imbricación de los elementos esenciales constitutivos de las relaciones familiares.

No cabe, sin embargo, una respuesta unívoca en cuanto a la determinación y cuantía de los daños, dada su naturaleza heterogénea, sino la que proceda tras el análisis de las circunstancias de todo orden concurrentes en cada caso concreto.

El daño moral, en el que habrá de entenderse incluido el daño psicológico y/o existencial, precisa de una cuantificación variable en atención a las circunstancias de cada caso, y siempre que resulte probado, ya sea por prueba directa o por presunciones. El TS, en efecto, no se pronuncia, por razones de técnica casacional, sobre el cálculo y la cuantía de la indemnización por daño moral, sin embargo, esto da una mayor flexibilidad al resto de órganos jurisdiccionales para adecuarse a las circunstancias concurrentes de cada caso.

No obstante, y dejando de lado otras consideraciones de moral pública, no parece viable la indemnización conforme a un Baremo ni aún por analogía (aunque sea

frecuente la equiparación del daño a la pérdida de un ser querido), de un daño moral que, desde el punto de vista actuarial supondría el aseguramiento del resultado satisfactorio del matrimonio contraído, que es tanto como pretender asegurar el éxito de los afectos y los sentimientos más íntimos. Una mayor uniformidad de criterios no precisaría solo de tablas orientativas sino de una más amplia y correcta sistematización jurisprudencial de los daños indemnizables.

Las resoluciones judiciales, en el entendimiento de que el incumplimiento del deber de fidelidad es un incumplimiento básico de los deberes conyugales, deberán, no obstante, motivar que el daño moral resarcible es consecuencia de un ataque a un derecho fundamental, ya sea a la intimidad, a la vida familiar, a la propia imagen, etc., del progenitor no biológico; si bien en la fijación del quantum indemnizatorio deberán quedar excluidas valoraciones de conducta, y el daño se deberá asentar, principalmente, en parámetros objetivos desvinculados del interés en la continuidad del matrimonio, distinguiendo con claridad conceptual los daños patrimoniales de los no patrimoniales.

Por su parte, los daños patrimoniales indemnizables deberán estar relacionados con los costes vinculados a la liquidación de la situación matrimonial a la que abocó la ruptura provocada por uno de los cónyuges, pudiendo señalarse entre los posibles daños patrimoniales a liquidar, con carácter principal, el derivado de los alimentos pagados al supuesto hijo matrimonial, así como los daños a la salud física vinculados a la ruptura y a los hechos que la determinaron; también tendrían dicha consideración los gastos procesales del proceso de divorcio, los del proceso de impugnación de la paternidad, los gastos de profesionales para obtener la información que dio lugar al proceso de divorcio, así como todos los demás de carácter análogo.

BIBLIOGRAFÍA:

AA.VV., *Encuentros Sala primera y jueces de lo civil Madrid, 18-20 de octubre de 2010. Extracto de las ponencias*, Gabinete Técnico Tribunal Supremo.

DIEZ-PICAZO, L., «En torno al daño moral», Ponencia, *Segundas Jornadas Australes de Derecho Civil*, Asociación Iberoamericana (www.aidp.com.ar/wp-content/uploads/2012/09/dmoral.doc).

GARCÍA DE LEONARDO, M.T., «¿Es indemnizable la infidelidad?», *Revista de Derecho de familia*, nº. 47, 2010.

GÓMEZ POMAR, F., «Daño Moral», *InDret*, 2/2000.

FAYOS GARDÓ, A., «Daños morales en las relaciones familiares: derecho de familia o de la responsabilidad civil .Una perspectiva española y norteamericana», *Actualidad Civil*, nº 14, 16 al 31 julio 2011.

FARNÓS AMORÓS, E., «El precio de ocultar la infidelidad», *InDret*, 2/2005, pp. 1-12.

FARNÓS AMORÓS, E., «Indemnización de daño moral derivado de ocultar la paternidad», *InDret*, 4/2007, pp. 1-25.

FERRER RIBA, J., «Relaciones familiares y límites del derecho de daños», *InDret*, 4/2001.

LÓPEZ DE LA CRUZ, L., «El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales», *InDret*, 4/2010, pp. 1-40.

MARÍN GARCÍA, I., y LÓPEZ RODRIGUEZ, D., «Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso-administrativo», *InDret*, 2/2010.

MARTÍN CASALS: «Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982», en *Centenario del Código civil (1889-1989)*, tomo II, Madrid, 1990.

MARTIN-CASALS, M., RIBOT IGUALADA, J., «Daños en derecho de familia: un paso adelante, dos atrás», *Anuario de Derecho civil*, LXIV (2011), pp. 503-561.

MEDINA, G., «*Daños derivados del divorcio*» (<http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/articulo/pdf/09-11-06A-1.pdf> [última consulta: 31 de julio de 2011]).

PÉREZ RETAMAL, D., y CASTILLO PINAUD, C., *Determinación del quantum indemnizatorio por daño moral en la jurisprudencia*, Memoria, Universidad de Chile, julio de 2012 (<http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/112879>).

RIVERA SABATÉS, V., «Acerca del contenido del deber de fidelidad conyugal», *Actualidad Civil*, nº 3, 1 al 16 febrero 2008, p. 273.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *Responsabilidad Civil en el derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Civitas, Cizur Menor, 2009.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., «De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio (A propósito de la STS de 14 de julio de 2010)», *Diario La Ley*, XXXII, nº 7582, 4 marzo 2011.

ROMERO COLOMA, A.M., «Las acciones de *wrongful life* y su problemática jurídica», *Diario La Ley*, XXX, nº 7224, 23 jul. 2009.

ROMERO COLOMA A.M., «Problemática jurídica de las indemnizaciones entre cónyuges (y ex cónyuges)», *Diario La Ley*, XXIX, nº 7008, 9 sep. 2008.

ROMERO COLOMA A.M., «El deber de fidelidad conyugal y la responsabilidad civil por su infracción», *Diario La Ley*, XXXII, nº 7646, 7 junio 2011.

ROMERO COLOMA, A. M., «Transgresión de deberes conyugales y responsabilidad civil», *Revista de derecho de familia*, nº 59, 2013, pp. 301-314.

VERDA Y BEAMONTE, J.R. de, «Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales», *Diario La Ley*, XXVIII, nº 6676, 21 marzo 2007.

Fecha de recepción: 19.08.2015

Fecha de aceptación: 25.09.2015