

De nuevo sobre la indemnización por daño moral y patrimonial por ocultación de la paternidad, tras la STS de 13 de noviembre de 2018 (ciertas referencias al derecho francés y angloamericano)

MARÍA DOLORES CASAS PLANES

Prof. Titular de Universidad

Universidad de Jaén

RESUMEN

Este trabajo se encuadra en la evolución acontecida, frente a una inmunidad implícita, en la responsabilidad civil en las relaciones familiares en España, en concreto en el supuesto de «ocultación de la paternidad», desde que nuestro Tribunal Supremo dictara las dos primeras sentencias paradigmáticas en 1999, y en el que la última sentencia del Pleno de 2018 que causa jurisprudencia niega que todo daño moral y patrimonial derivado del supuesto en estudio sea indemnizable. Y limita el debate a la responsabilidad civil pura, al margen del daño derivado de un delito y de la lesión a derechos fundamentales. Al estudio de los argumentos poco explícitos del Tribunal Supremo, en torno a la especialidad del Derecho de familia o la falta de autonomía de la ocultación de la paternidad y la vulneración del deber de fidelidad, y sus contraargumentos se dedica el presente estudio; exponiendo, al respecto, la experiencia francesa en la complementariedad de las acciones de responsabilidad civil y de derecho de familia. Así como a formular, al hilo de las posiciones de doctrina muy especializada que me precede en este ámbito, las razones por las que defiendo, tanto la responsabilidad civil como fundamento legitimador de la indemnización del daño moral por ocultación de la paternidad como, sin embargo, la teoría del enriquecimiento injusto, como institución diferente a la del cuasicontrato del cobro de lo indebido, para la compensación del daño patrimonial; analizando igualmente las dificultades que surgen en la práctica. Finalmente, se deduce la necesidad de acometer una reforma de lege ferenda en punto a la coordinación de esta institución con los principios de Derecho de familia; planteándose, incluso, la irrepetibilidad del pago de los alimentos sobre la base del cumplimiento de una obligación natural bajo ciertos requisitos; cuyo reconocimiento se

está realizando en los últimos años en países europeos, no en el ámbito del derecho de obligaciones sino en el de las relaciones en el seno de la familia.

PALABRAS CLAVE

Relaciones familiares, ocultación de la paternidad, daño moral y patrimonial, responsabilidad civil, cobro de lo indebido, enriquecimiento injusto, obligación natural.

Again on the compensation for moral and patrimonial damages for concealment of paternity, after the Supreme Court Judgment of 13 november 2018 (certain references to french and anglo-american law)

ABSTRACT

This work is framed in the evolution, against an implicit immunity, of civil liability in family relations, specifically in the case of «concealment of paternity», since our Supreme Court issued the first two paradigmatic judgments in 1999, and in which the last judgment of the Plenary in 2018 denies that all non-pecuniary and pecuniary damage arising from the case under consideration is compensable. And the study limits the debate to pure civil liability, apart from the damage derived from a crime and from the injury to fundamental rights. The present study is dedicated to the study of the Supreme Court's not very explicit arguments, regarding the speciality of family law or the lack of autonomy of concealing paternity and the violation of the duty of fidelity, and its counter-arguments; exposing, in this respect, the French experience in the complementarity of civil liability and family law actions. It also formulates, in line with the positions of highly specialised doctrine that precedes me in this field, the reasons why I defend the civil liability as a legitimate basis for compensation of moral damage by concealment of paternity and, however, the theory of unjust enrichment, as an institution different from that of the quasi-contract of recovery of the undue, for the compensation of pecuniary damage; also analysing the difficulties that arise in practice. Finally, it is necessary to undertake a reform of lege ferenda in order to coordinate this institution with the principles of family law, even considering the unrepeatability of the payment of maintenance on the basis of the fulfilment of a

natural obligation under certain conditions, which has been recognised in recent years in European countries, not in the field of the law of obligations but in that of relations within the family.

KEY WORDS

Family relationships, concealment of paternity, moral and patrimonial damage, civil liability, undue payment, unjust enrichment, natural obligation.

SUMARIO: 1. Introducción. Delimitación del tema de estudio.–2. Superación del «principio de inmunidad familiar» en el derecho angloamericano: en especial, las diferencias entre el derecho inglés y el americano respecto a los daños derivados del incumplimiento del deber de fidelidad y de ocultación de la paternidad.–3. Evolución en la admisión de la responsabilidad civil en las relaciones familiares en el derecho continental, en especial el derecho español, frente a una inmunidad implícita: debate no cerrado.–3.1 Factores que han influido en la implícita impunidad familiar en el derecho español: de carácter ético; de técnica jurídica y de coherencia con la autonomía del derecho de familia; y en razones de orden práctico.–3.2 Debate no cerrado respecto a la responsabilidad civil pura: consenso sobre su aplicación en supuestos de delitos en el ámbito familiar y vulneración de los derechos fundamentales.–4. ¿Obligación indemnizatoria por vulneración del deber conyugal de fidelidad?–4.1 Mayoritaria negativa doctrinal y jurisprudencial a la obligación indemnizatoria derivada del incumplimiento del «deber de fidelidad».–4.2 Doctrina minoritaria y apunte personal crítico.–5. Responsabilidad civil por el daño moral por «ocultación de la paternidad»: 5.1 Acerca de los argumentos jurisprudenciales del Tribunal Supremo en contra de la obligación indemnizatoria. Contraargumentos, en especial, a la «autonomía del Derecho de familia» con referencia a la experiencia francesa.–5.2 Análisis de los presupuestos ex artículo. 1902 CC.–5.2.1 Acción u omisión antijurídica. Criterio de imputación subjetivo: 5.2.1.1 Criterio de imputación subjetivo del dolo y culpa grave: relajación del estándar de precaución en el ámbito doméstico.–5.2.1.2 Criterio de imputación subjetivo de la negligencia u omisión de la diligencia media.–5.2.2 Daño moral: su cuantificación, su prueba. ¿Daño continuado o permanente?: 5.2.2.1 Idea previa acerca del daño moral y el interés vulnerado en el supuesto en estudio: cuestión terminológica.–5.2.2.2 En torno a la cuantificación del daño moral en la ocultación de la paternidad.–5.2.2.3 La prueba del daño moral: ¿presunción del mismo?–5.2.2.4 Respecto al inicio de la prescripción de la acción o dies a quo: ¿daños continuados o daños permanentes?–5.2.3. La causalidad: la teoría de la imputación objetiva.–6. El daño patrimonial por alimentos derivado de la ocultación de la paternidad: tesis actuales en torno a la responsabilidad civil versus cobro de lo indebido.–6.1 Tesis a favor de la restitución: en base al «cobro de lo indebido»–6.2 Jurisprudencia que fundamenta la indemnización en la responsabilidad extracontractual: en torno a la STS de 24 de abril de 2015 frente a la de 13 de noviembre de 2018.–7. A modo de recapitulación y opinión personal.–7.1 Acerca

del fundamento de la indemnización del daño moral en la responsabilidad civil, y posición contraria a la aplicación del cuasicontrato del cobro de lo indebido y la responsabilidad civil para la indemnización del daño patrimonial.—7.2 Una vía abierta al principio del enriquecimiento injusto, diferente al cobro de lo indebido, en orden a la indemnización del daño patrimonial por los alimentos pagados. Dificultades en la práctica.—7.3 ¿Irrepetibilidad de lo pagado por cumplimiento de una obligación natural?—8. Conclusiones. Bibliografía. Índice jurisprudencial.

1. INTRODUCCIÓN. DELIMITACIÓN DEL TEMA DE ESTUDIO

El análisis del instituto jurídico de la responsabilidad civil en las relaciones familiares es objeto de creciente actualidad y de debate doctrinal y jurisprudencial en España, sobre todo a raíz de la última sentencia de pleno de nuestro Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5154) que niega la indemnización tanto del daño moral como del patrimonial derivado de la ocultación de la paternidad, con argumentos poco explícitos y desarrollados que se abordarán a en el trabajo.

Para situar la problemática que nos ocupa y la sentencia que nos sirve de punto de partida de este estudio, es de interés recoger los hechos que dan base a la STS de 13 de noviembre de 2018, que son los siguientes: a) Durante la vigencia del matrimonio de D. Marino con Dña. Juliana nacieron tres hijos llamados Inocencio, Raúl y Javier, respectivamente en 1992, 1994 y 1997. En 2009 se decretó el divorcio con las medidas pertinentes, entre otras, una prestación de alimentos en favor de los tres hijos de 700 euros mensuales y el pago por mitad del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda. Con anterioridad en 2001 ambos cónyuges se habían separado por sentencia judicial en la que se aprobó un convenio regulador y se puso a cargo del padre, en concepto de alimentos a los tres hijos, el 45% de los haberes líquidos que pudiera percibir. b) Tras un proceso de filiación, en el que se declaró la no paternidad de don Marino respecto del que había venido considerando como hijo suyo, Raúl, D. Marino formuló una demanda frente a quien había sido su esposa, para reclamarle: 35.304,37 euros en concepto de pensiones de alimentos abonados a su hijo, en virtud de sentencias, primero de separación y luego de divorcio; la mitad de los gastos abonados para la determinación de la paternidad

y 70.000 euros en concepto de daños morales dada la situación de clara frustración y desasosiego de quien durante mucho tiempo ha tenido relación, contacto y cariño con quien pensaba que era su hijo, para luego enterarse que se trataba de un hijo ajeno, lo que le habría influido hasta el punto de haber estado de baja por daños psicológicos. La demandada se opuso a dichas pretensiones y planteó la excepción de prescripción de la acción, de conformidad con el art. 1968.2 CC. c) El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda por prescripción del acción, la cual, recurrida por el demandante, es revocada por la Audiencia condenando a la demandada a pagar 45.971,56 euros por las pensiones alimenticias abonadas hasta el mes de mayo de 2013 y la cantidad que aparezca en ejecución de sentencia correspondiente a dicha pensión del que aparecía como su hijo, desde junio de 2013 hasta que adquiera firmeza la sentencia de modificación de medidas dictada. Asimismo, sentencia a la demandada a pagar como gastos la cantidad de 522.88 euros y por daños morales 15.000 euros, absolviéndole del resto de las peticiones.

Y contra dicha sentencia se presenta recurso de casación por infracción, al margen de la cuestión procesal sobre la prescripción del daño que se analizará detenidamente en el trabajo, por vulneración de los artículos 1902 CC y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que exige una conducta dolosa en la demandada para apreciar culpa extracontractual en las relaciones familiares. Por tanto, por la inexistencia de culpa extracontractual que determine la responsabilidad de la demandada y, en consecuencia, tanto la restitución de lo indebidamente cobrado en concepto de alimentos como las acciones indemnizatorias por daño moral y psicológico; existiendo jurisprudencia contradictoria de las Audiencia Provinciales. De tal modo que, aunque los argumentos jurídicos por los que el Tribunal Supremo casa en parte la sentencia (en lo que respecta a la devolución de alimentos y a la indemnización del daño moral) se analizarán más adelante en el trabajo, es preciso dejar constancia desde el principio del trabajo de una afirmación con la que nuestro Alto Tribunal intenta conciliar su fallo con la aplicabilidad del artículo 1902 CC en el marco, puntualiza, de una relación de matrimonio rota por el divorcio: «*No se niega que conductas como esta sean susceptibles de causar un daño. Lo que se niega es que este daño sea indemnizable mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual, a partir de un juicio de moralidad indudablemente complejo y de consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar*» Y sigue añadiendo: «*esta solución no deja sin aplicación*

el sistema general de la responsabilidad civil prevista en el artículo 1902 del Código Civil ni, por supuesto, deja sin sancionar el daño generado por otra suerte de conductas propias del ámbito penal y de los derechos fundamentales. Simplemente, acota el daño indemnizable a supuestos que, en el marco de la relación de matrimonio rota por el divorcio, supuesto en el que tiene encaje el recurso formulado, no tienen su origen en el incumplimiento de los deberes propios del matrimonio, como es el deber de fidelidad del artículo 68 del Código Civil, sino en la condición de persona afectada por la acción culposa o negligente de quien lo causa».

Al respecto, y en primer lugar, es necesario poner de manifiesto que, al estar ante una sentencia del Pleno causa jurisprudencia, sin necesidad del criterio de reiteración, por Acuerdo de la Sala primera del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2011 *sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario de infracción procesal*; quizás por estar ante una materia sensible, así como mediática, sobre la que se ha considerado importante que haya unidad de criterio¹. En concreto, la falta de unidad que, quizás, ha motivado una sentencia de Pleno de nuestro Alto Tribunal se desprende del hecho de que antes de aquélla, en dos sentencias relevantes [SSTS de 22 de julio de 1999 (RJ 1999, 5721)]² y de 24

¹ Vid. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-Acuerdos-de-Sala/Acuerdo-de-la-Sala-Primera-sobre-criterios-de-admision-de-los-recursos-de-casacion-y-extraordinario-por-infraccion-procesal>. Y PARRA LUCÁN, *Revista electrónica de Derecho, RED*, 2017, p. 33, quien nos explica que «(...) podrán ser llamados, para formar Sala, todos los magistrados que la componen, aunque la ley no lo exija, cuando el Presidente, o la mayoría de aquéllos, lo estime necesario para la administración de justicia. No existe una regulación de cuándo un asunto debe ser decidido en Pleno y, a la vista de lo dispuesto en el precepto citado, cabe pensar que se llevarán al Pleno, por iniciativa del Presidente o de una mayoría de magistrados, aquellos asuntos en los que los propios magistrados consideren importante que haya unidad de criterio por parte de la mayoría». La autora de modo pertinente divide en tres clases las posibles causas, por estar ante supuestos relacionados con la protección del consumidor o pueden ser causa de un número muy elevado de pleitos; estar relacionados con la protección del menor y de las personas con discapacidad; y por último por ser casos mediáticos.

² Los hechos que dan base a la STS de 22 de julio de 2009 son los siguientes: a) Las partes, D. Gustavo R. y Dña. Concepción C. S. contrajeron matrimonio el 26 de julio de 1956, teniendo varios hijos, e inscribiéndose como tal Jorge Ignacio, nacido el 11 de abril de 1966. b) El matrimonio entra en una grave crisis que determina su separación legal y su declaración de nulidad. El 25 de febrero de 1969 pactan su separación y que los tres hijos mayores vivieran con el padre y los cuatro menores con la madre. En 1967 se acuerda por auto la separación provisional de los cónyuges; conceder la guarda y custodia de los cuatro hijos menores a la madre, así como la de los tres hijos mayores al padre, y un auxilio económico a cargo del esposo de 20.000 pesetas mensuales para la esposa e hijos. Por Sentencia de 30 de marzo de 1974 el Tribunal Eclesiástico concede la separación a la esposa por sevicias y adulterio por parte del esposo, desestimando la petición reconventional de separación de éste por sevicias y adulterio por parte de la esposa. En 1975 el Juzgado de Primera Instancia de Madrid dicta Sentencia en juicio de alimentos provisionales, por la cual condena al ahora demandante a pagar a la demandada la cantidad de 55.000 pesetas mensuales en concepto de alimentos provisionales para los cinco hijos que convivían con la última. Y en 1997 se decreta la nulidad eclesial, y con efectos civiles del matrimonio c) El 17 de enero de 1990, tras practicarse una prueba de investigación de paternidad, se

de abril de 2015 (RJ 2015, 1915) aquél admitiera teóricamente la indemnizabilidad del daño moral y patrimonial sobre la base de la institución jurídica de la responsabilidad extracontractual, a pesar de que, finalmente, ambas desestimaron el recurso, respectivamente, por falta de dolo de la demandada y por prescripción de la acción. Y por el contrario, en otra sentencia de 30 de julio de 1999 (RJ 1999, 5721)³ negara dicha posibilidad, afirmando que la única consecuencia jurídica de la infidelidad es su consideración legal como causa de separación matrimonial al estar basada la demanda en la responsabilidad contractual por la vulneración del deber matrimonial de fidelidad. A estas sentencias han de añadirse las SSTs de 14 de julio de 2010 (RJA 2010, 5152) y de 18 de junio de 2012 (RJ 2012, 6849) que no entran a dar una respuesta sobre el fondo del asunto al entender en ambos supuestos que la acción de daños interpuesta estaba prescrita. Pero, a mi parecer, de estos dos últimos pronunciamientos tampoco se desprende que, de modo taxativo, el Tribunal esté prohibiendo la reparación de los daños dentro del matrimonio, en concreto por ocultación de la paterni-

excluye la paternidad de D. Gustavo respecto a quién creía su hijo y se tiene, por prácticamente demostrada, la paternidad respecto al mismo de don Jesús I. de M. d) El 31 de octubre de 1990 Jorge Ignacio presenta demanda contra D. Gustavo R. impugnando la paternidad de éste, el cual contestó oponiéndose a la demanda y sólo después de la comparecencia se allanó a las pretensiones de la misma, dictándose sentencia en julio de 1992 estimatoria de la demanda y declarativa de no existir filiación entre las partes. e) En 1991 D. Gustavo demanda a su exmujer reclamando veinticuatro millones de pesetas correspondiente a los alimentos abonados por don Gustavo R. S. a doña Concepción C. S. a favor de don Jorge Ignacio, más otra cantidad de veinticinco millones de pesetas por el daño moral, dada la actitud y comportamiento doloso de la hoy demandada al ocultar la verdadera paternidad de Jorge Ignacio, es decir, un total de cuarenta y nueve millones de pesetas. Esta demanda se desestima en primera Instancia (en cuanto a la devolución de alimentos, y dejando imprejudgada la del daño moral por admitir la falta de litisconsorcio pasivo necesario) y posteriormente por la Audiencia Provincial.

³ Los hechos que dan base a la STS de 30 de julio de 1999 son los siguientes: a) D. Alberto y Dña. M.^a Ángeles contrajeron matrimonio civil y canónico en Madrid en 1974 de cuyo matrimonio nacieron dos hijos en 1977 y 1981. En 1983 suscribieron convenio regulador por el que los hijos quedaban bajo la custodia de la madre con las obligaciones del padre respecto a las cargas matrimoniales. b) En 1984 Dña. M. A impugna la paternidad de su marido respecto a los hijos, y por sentencia de 18 de marzo de 1986 se declaró la paternidad de D. Vicente de los dos hijos por la relación extramatrimonial mantenida con Dña. M. A, con los derechos y deberes inherentes a dicha relación paterno-filial, y con orden de realizar las oportunas rectificaciones en el Registro civil. En 1986 se estima la demanda de ésta contra D. Alberto por la disolución del matrimonio sin conceder pensión compensatoria a favor de éste. c) D. Alberto demanda en juicio declarativo de menor cuantía a su exmujer por indemnización, por un lado, por el daño patrimonial sufrido al mantener dos hijos fruto de las relaciones extramatrimoniales, la cantidad de veinticinco mil pesetas por hijo y por mes, hasta el momento de la separación de hecho, lo que asciende a dos millones ciento cincuenta mil pesetas. Se condene también a la devolución de las cantidades abonadas en concepto de pensión por don Alberto V. M. y que asciende a cincuenta mil pesetas. Y, por otro, diez millones de pesetas en concepto de daño moral por cada uno de los hijos. Así como otras pretensiones. El Juzgado de Primera Instancia en 1992 estimó parcialmente la demanda, condenando a la demandada al pago del daño moral en la cantidad de diez millones de pesetas y absolviéndole del resto de las peticiones; pero dicha sentencia fue revocada por la Audiencia Provincial.

dad, al ser significativo que la primera subrayara tanto la hipotética ilicitud de la conducta de la demandada como que la STS de 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 5490) reconociera la posibilidad de daños por culpa extracontractual en el ámbito de las relaciones consiguientes a la crisis matrimonial⁴. Más allá, es significativo que en ambos casos los Tribunales no se hubieran pronunciado, a través de un argumento *obiter dictum*, acerca de la viabilidad del artículo 1902 CC para el caso en estudio, pudiéndolo haber hecho.

En definitiva, aunque es cierto, como se verá más adelante, que todas las sentencias del Alto Tribunal se caracterizan por acoger el principio de no reparación de los daños entre cónyuges derivados del incumplimiento del deber conyugal de fidelidad, como daño con autonomía respecto al de la ocultación de la paternidad; sin embargo, los pronunciamientos sobre la ocultación de la paternidad que emanan de las sentencias anteriores a la del 2018 no asumen su doctrina en su totalidad. Esto es, no contamos con criterios uniformes que otorguen seguridad jurídica, debiendo matizarse que ha sido a través de las sentencias, más avanzadas y valientes, de muchas Audiencias Provinciales por las que el principio de inmunidad familiar en este ámbito de la ocultación

⁴ Es cierto que esta sentencia se refiere a otro tipo de daños cuales son los derivados del impedimento de las relaciones paterno-filiales y que, realidad, las partes no estaban casadas. En concreto, y brevemente, en el caso en litigio el padre había demandado a la madre –con quién había mantenido una relación sentimental, de la que nació un hijo, que posteriormente reconoció–, así como a la Iglesia de la Cienciología, a la que la madre se adhirió para poco después marcharse a Estados Unidos con el hijo y privando al actor de la posibilidad de relacionarse con él y participar en su educación. Tanto el juzgado como, en apelación, la Audiencia provincial de Madrid en sentencia de 13 de enero de 1995 concedieron la guarda y custodia del hijo al padre. Tras el intento sin éxito de ejecutar la sentencia en los Estados Unidos, el padre presentó posteriormente una demanda de responsabilidad extracontractual contra la madre y contra la Iglesia de la Cienciología en España. En ésta se solicita que se les condenara solidariamente a pagar una indemnización de 210.354 euros por el daño moral producido al actor al ser captada la madre de su hijo por aquélla y por privarle de todo contacto con su hijo menor de edad José Ángel. La pretensión fue desestimada por los Tribunales *a quo*, pero el Tribunal Supremo condenó a la madre a resarcir el daño moral causado estableciendo la cuantía de la indemnización en sesenta mil euros. El Tribunal declara que el daño debe imputarse 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 pudieran ser ejercitadas por éste de forma efectiva, y al impedirlo se hace responsable del daño moral causado al padre.

Para un análisis de dicha sentencia, *vid.* por todos, CALLEJO RODRÍGUEZ, *La Ley. Derecho de familia*, núm. 8, cuarto trimestre, 2015. Disponible en *La Ley* 5940/2015, que afirma que no es preciso que exista un precepto específico que prevea de forma expresa tal resarcimiento de daños en estos casos, pues el art. 1902 CC constituye una cláusula general, establece un régimen general y no cabe excluir su aplicación en el ámbito concreto de la obstaculización de las relaciones paterno filiales de un progenitor frente al otro, sino que habrá que examinar en cada caso si concurren los presupuestos. Y, de igual modo, la autora estima acertado el argumento basado en que la cuestión de la responsabilidad civil en las relaciones internas familiares conecta directamente con la resarcibilidad de la lesión de los derechos fundamentales e irrenunciables de la persona (salud, integridad física y psíquica, intimidad, honor, derecho a la educación, etc.) reconocidos y garantizados constitucionalmente).

de la paternidad ha empezado a resquebrajarse. Más allá, a pesar de que hay división de la jurisprudencia menor sobre si el criterio de imputación subjetivo es el dolo o culpa grave o la mera negligencia, aquélla admite de modo cuasi unánime la indemnización del daño patrimonial y moral derivado de la ocultación de la paternidad.

Por otra parte, y aun afirmando que la STS de 2018 cause jurisprudencia, se ha de tener en cuenta que, como es sabido, con arreglo al sistema de fuentes diseñado por la Constitución española de 1978 y por el artículo 1 del Código civil, la jurisprudencia no es fuente del Derecho, pues por mucho que el Tribunal Supremo pretenda formular con abstracción su interpretación de la norma, la misma no puede desvincularse de la situación fáctica concreta en la que esa interpretación se ha mantenido; así en la Exposición de Motivos de Ley 1/2000 de 7 de enero, *de Enjuiciamiento civil* (LEC) se afirma que la jurisprudencia o el precedente goza de relevancia práctica por su autoridad y fuerza ejemplar, pero no por su fuerza vinculante⁵. De tal modo que nos podemos preguntar si en una era en la que la expansión de la responsabilidad es una tendencia dominante en el Derecho de daños, la categoría, por calificarla así, de la responsabilidad civil en las relaciones familiares no es una excepción. Pues desde el punto de vista legal nos encontramos ante un supuesto en el que no hay una respuesta específica ni una forma de resarcimiento especial en el ámbito del derecho de familia y, sin embargo, el artículo 1902 CC constituye una cláusula general de indemnización de daños por cualquier hecho ilícito con daño, basado en un inveterado principio de justicia.

En otras palabras, nos preguntamos si basta con decir, como hace nuestro Tribunal Supremo, que para la ocultación a la paternidad hay respuesta en la normativa reguladora del matrimonio, como sería el divorcio, sencillamente porque la pareja puede no estar casada; o en la normativa de la impugnación de la paternidad; o si, por el contrario, nuestro ordenamiento jurídico, que es único, permite que dichas soluciones sean compatibles con una indemnización por el daño si las circunstancias concretas así lo justifican. En tal sentido, y a nivel doctrinal nos encontramos con tres respuestas, las cuales solo las enuncio pues se desarrollarán a lo largo del trabajo y se han de matizar respecto a su fundamentación jurí-

⁵ Según el art. 493 LOPJ solamente la sentencia que se dicte en los *recursos en interés de la ley* respetará, en todo caso, las situaciones jurídicas particulares derivadas de las sentencias alegadas y, cuando fuere estimatoria, *fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial*. En este caso, se publicará en el *Boletín Oficial del Estado* y, a partir de su inserción en él, *complementará* el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a todos los Jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil diferentes al Tribunal Supremo.

dica dependiendo de si el daño a resarcir es moral o patrimonial: la primera, la que niega la indemnización por daño patrimonial y moral por ocultación a la paternidad al no subsumirse, como regla general, en un ilícito delictivo o en un lesión a un derecho fundamental; la segunda la que admite la ocultación de la paternidad como supuesto potencialmente resarcible sobre la base del artículo 1902 CC al entender que, según las circunstancias del caso en concreto, pudiera causar un daño a intereses separables de su interés en el mantenimiento del matrimonio y el respeto a sus reglas. Y dentro de este sector hay quienes defienden que el criterio subjetivo de justicia para imputar el daño es el dolo o la culpa grave y quienes sostienen que es la mera negligencia. Y, por último, los que niegan la reparación en todo caso, dado que el daño en estudio descansa en un significado de la paternidad que tiene en cuenta básicamente los vínculos biológicos, cuando la actual concepción de las relaciones paterno-filiales se basa principalmente en la construcción de lazos afectivos. Es cierto, sin embargo, que la mayoría de la doctrina en España niega la indemnización por la vulneración del deber conyugal de fidelidad.

Habiendo delimitado, sucintamente, el tema es reseñable señalar que el incremento de las demandas por ocultación de la verdadera paternidad tiene su parangón sociológico en la actualidad, al situarse el porcentaje aproximado de la discordancia parental, con matices según diferentes poblaciones, entre el 1 y el 4%⁶. Y en la misma línea matiza un estudio en el Reino Unido que uno de cada cincuenta padres mantiene a un hijo que no es el suyo, lo que equivale el 2% de los hombres que se creen padres⁷.

Con este trabajo, por tanto, se pretende exponer la peculiaridad que envuelve el daño derivado de la ocultación de la paternidad, como un tipo de daño perteneciente a los daños en el ámbito familiar; así como su respuesta legal, jurisprudencial y doctrinal hasta el momento presente. Y, asimismo, diferenciarlo del supuesto del incumplimiento del deber de fidelidad del que deriva la ocultación de la paternidad, cuyo análisis previo y detenido es necesario dado que uno de los argumentos de la STS de 13 de noviembre de 2018 para negar la indemnización por ocultación de la paternidad es su falta de autonomía respecto a la del daño derivado del incumplimiento del deber de fidelidad, lo que a todas luces chirría. En definitiva, incluyo mi tesis a lo largo del mismo acerca de la posible

⁶ Ref. BELLIS et al., «Measuring paternal discrepancy and its public health consequences», *Journal of Epidemiology & Community Health*, n.º 59, 2005, pp. 749-754, en NEVADO CATALÁN, *InDret*, 4/2018, np. 2, p. 4.

⁷ Vid. SALEEM, 2016, <https://saracenssolicitors.co.uk/litigation/in-the-name-of-the-father-what-are-your-rights-regarding-paternity-fraud>.

indemnización y de su fundamento legitimador, el cual diferencio si el daño es moral o si es patrimonial.

En orden a constatar el objetivo principal, estimo necesario enmarcar el trabajo, a su vez, en la evolución de la responsabilidad civil en el ámbito familiar, en orden a destacar que, en nuestro derecho, perteneciente al Derecho continental o del *Civil Law*, nunca ha existido un principio de inmunidad explícito como en el derecho del *Common Law* angloamericano, pero tenemos en común la similitud de unos criterios que empezaron a justificar la aplicación del derecho de daños al derecho de familia. Por ello, se expone en una primera parte introductoria la superación del principio de la «inmunidad familiar» y el contexto socio-jurídico que lo sustentaba y que conllevó la posibilidad de plantear la aplicación del Derecho de daños al ámbito familiar⁸. No obstante, es de interés destacar como en ambos sistemas, en lo que respecta al supuesto en estudio de la indemnización por daño por ocultación de la paternidad, la propia evolución del contexto socio-jurídico que ha permitido en general la ruptura del principio de inmunidad conlleva, paradójicamente, el efecto contrario, esto es, la dificultad o limitación de dicha indemnización; y, en nuestro país, en concreto, por la superación de las causas de imputabilidad en el divorcio español por Ley 15/2015, de 8 de julio.

Y sobre la base de dicho marco, en una segunda parte se estudian los dos supuestos a los que me he referido anteriormente y a los que otorgo entidad distinta, la indemnizabilidad del daño derivado de la vulneración del deber de fidelidad y del derivado de la ocultación de la paternidad. Es por ello que de modo previo analizo la negativa mayoritaria doctrinal y unánime desde el punto de vista jurisprudencial a la indemnización por vulneración del deber de fidelidad, con un apunte personal crítico. Pare después pasar a abordar, en primer lugar, los fundamentos que legitiman el «daño moral» del que se creía padre, existiendo consenso en la jurisprudencia menor acerca de que aquél se basa en la institución jurídica

⁸ Es ilustrativa al respecto una cita de una autora francesa, Pons, 2007, p. 2, «(...) el recurso al principio general de responsabilidad civil del artículo 1382 Code se normaliza en los litigios de las relaciones familiares. Sin paradoja, el derecho común moraliza las relaciones de parentesco y de los vínculos emocionales integrándose en la evolución del derecho de familia. Sea que dicho principio de civismo sanciona una culpa familiar causada por la violación de un deber prescrito por la ratio legis o la ley familiar, sea que el mismo repare un daño a la familia causado por una regla de derecho. Este principio no absorbe entonces el derecho especial. Al contrario, su aplicación valora tanto la especificidad de la relación familiar que dicho principio se encuentra a partir de ahora absorbido por las reivindicaciones nuevas del individuo. (...) La ideología de la reparación viene a consagrar un derecho a una normalidad familiar (...)».

Tener en cuenta, que en la actualidad se corresponde con el artículo 1240 Code civil con el mismo contenido, tras la Ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

de la responsabilidad civil extracontractual ex artículo 1902. Más allá, las problemáticas, entre otras, que se recogen en el trabajo se centran, además de analizar cada uno de los presupuestos para que nazca la responsabilidad civil extracontractual, en dilucidar el carácter permanente o continuado del daño en orden a determinar el *dies a quo* del plazo de prescripción, así como en su prueba, revestida por cierta corriente jurisprudencial del carácter de daño *in re ipsa*. Asimismo, se recoge la postura contraria del Tribunal Supremo en STS de 30 de julio de 1999 (RJ 2009, 5490) ratificada por la ya citada sentencia de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5158) sobre la base de la «especialidad del Derecho de familia» y la controvertida, y no aceptable a mi parecer, «falta de autonomía del incumplimiento del deber de fidelidad de la ocultación de la paternidad». Y en segundo lugar, y existiendo más controversia al respecto, se examinan aquellos argumentos que legitiman el deber de reparar el «daño patrimonial» que ha sufrido el presunto padre por el pago de unos alimentos de los que no era deudor (el instituto jurídico de la responsabilidad civil, el cobro de lo indebido, o el principio general del enriquecimiento injusto), frente a los razonamientos alegados por nuestro Tribunal Supremo para su negación y otros apuntados más recientemente por la doctrina especialista.

2. SUPERACIÓN DEL «PRINCIPIO DE INMUNIDAD FAMILIAR» EN EL DERECHO ANGLOAMERICANO⁹: EN ESPECIAL, LAS DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO INGLÉS Y EL AMERICANO RESPECTO A LOS DAÑOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE FIDELIDAD Y DE OCULTACIÓN DE LA PATERNIDAD

Tradicionalmente el sistema del *Common Law* angloamericano fraguó históricamente el principio de inmunidad familiar y, más en

⁹ Para una aproximación general al Derecho de daños angloamericano, *vid.* VAN GERVEN, 2000, pp. 44-46, quien afirma que el derecho angloamericano, a pesar de sus diferencias, tuvo una influencia del Derecho romano más extensa que la del Derecho continental, basándose en supuestos de daños tasados, de modo que los abogados y jueces angloamericanos tienden a subsumir cada caso en uno de los tradicionales tipos de daños (entre otros, *trespass to the person*, *trespass to the land*, *nuisance*, *trespass to the chattels*, *fraud or deceit*, etc.) al proteger cada tipo de daño un particular interés. Si bien, la evolución ha conllevado que la mayoría de los daños que no se pueden encuadrar en dichos tipos los acoge la *negligence*, siempre que el demandante tuviera un deber de cuidado respecto a la víctima, lo hubiera vulnerado, y se hubiera producido un daño como consecuencia de dicho incumplimiento, no siendo un daño remoto; e implicando en sí negligencia el incumplimiento de un deber estatutario.

concreto, el de inmunidad conyugal (*interspousal immunity*), a pesar de las diferencias que veremos en el sistema inglés y en el americano en lo que respecta a la ocultación de paternidad por incumplimiento del deber de fidelidad. En concreto, este principio tuvo sus raíces en la doctrina de la «*unidad conyugal*» en virtud de la cual el marido y la mujer constituían jurídicamente una sola persona representada por el marido, y evitaba que un cónyuge pudiese solicitar el resarcimiento del daño causado como consecuencia de un acto ilícito cometido por el otro, tanto en su patrimonio como en su persona¹⁰.

No obstante, por una parte en el Derecho inglés, este principio sufrirá un primer quebranto restringido al ámbito de los bienes materiales, dejándolo en vigor respecto a los personales entre cónyuges, con la promulgación de la *Married Women's Property Act* 1870 por la que una mujer casada puede accionar en su propio nombre para recuperar su propiedad sobre un bien, así como la *Married Women's Property Act* 1882 que le concede legitimación plena para accionar por cualquier *tort* patrimonial cometido contra ella. De tal modo que se ha de esperar a la *Law Reform (Husband and wife) Act*, de 1962, aún en vigor en el Reino Unido, chapter 48, 1. para que dicha inmunidad dejara de tener vigor en lo relativo a los daños personales, al rezar: «*Subject to the provision of this section, each of the parties to a marriage shall have the like right of action in tort against the other as if they were not married. 2. Where an action in tort is brought by one of the parties to a marriage against the other during the subsistence of the marriage, the court may stay the action if it appears that no substantial benefit would accrue to either party from the continuation proceedings*»¹¹. El tribunal, por tanto, solo podía oponerse al proceso cuando la acción fuese interpuesta constante matrimonio y considerase que no se derivaba ningún beneficio a favor de ninguna de las partes intervinientes en el mismo. El temor a que disputas triviales entre cónyuges pudiesen llegar a colapsar los tribunales de justicia quedaba patente, así como evitar poner en peligro la armonía de la relación matrimonial¹².

¹⁰ Esta regla de la unidad jurídica tiene como antecedentes la Biblia y la posición del paterfamilias en el Derecho Romano, el concepto de Derecho Natural de la familia como una unidad informal de gobierno con la persona físicamente más fuerte como cabeza, y la propiedad feudal (*vid.* PROSSER, 1971, p. 860).

¹¹ Esta norma está derogada por el derecho escocés, *vid.* Act repealed (S.) (4.5.2006) by Family Law (Scotland) Act 2006 (asp 2), s. 46(2), <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/10-11/48>.

¹² SIEGAL, 105 *Yale Law Journal*, 1996 pp. 2117-2207, Disponible en https://digital-commons.law.yale.edu/fss_papers/1092/. Y RODRIGUEZ GUITIÁN, 2017, np. 15 y 112, pp. 848 y 891, respectivamente.

Del mismo modo, en Estados Unidos empieza a tomar forma la posibilidad de que los cónyuges se demanden entre sí por daños cometidos uno contra el otro, a lo que contribuyó en gran medida la existencia de contratos de seguro que permitían reclamar directamente a la compañía aseguradora, y mantener a salvo, en consecuencia, la paz y tranquilidad familiar. La desaparición del principio de inmunidad en el ordenamiento americano trajo como consecuencia que los Tribunales, en muchas ocasiones, declararan nulas las cláusulas de estilo de dichos contratos por las que se excluía la responsabilidad en el caso de que el lesionado y el causante del daño perteneciesen a la misma familia. Asimismo, los Tribunales estadounidenses desde los años setenta sobre la base del *Restatement (Second) of Torts* en 1977¹³ han venido rechazando mayoritariamente el argumento de la inmunidad y, en consecuencia, vienen admitiendo demandas entre cónyuges. Entre ellas, las relativas a los menores y temas de custodia en las que se demanda al cónyuge que secuestra a su hijo tras un divorcio, o al padre que interfiere en el derecho de visitas de otro¹⁴. Al respecto, la mayoría de las jurisdicciones estadounidenses recurren al derecho de daños para compensar económicamente a un cónyuge por los daños causados por el otro cónyuge durante el matrimonio.

Si desde un plano general se puede afirmar la ruptura del principio de inmunidad consagrado históricamente en el derecho angloamericano *hay que realizar ciertas matizaciones en lo que respecta a los daños derivados del adulterio y de la ocultación de la paternidad (fraud of paternity) y sus diferencias entre el derecho inglés y el americano.*

i) Por un lado, respecto al derecho inglés, históricamente, a pesar de que a mediados del siglo XIX se abrogó la acción criminal por adulterio, el artículo 59 de *The Matrimonial Causes Act 1857* continuó regulando el derecho del marido a demandar por daños al *paramour* quién había cometido adulterio con su mujer (generalmente conocida como acción de daños por adulterio) en un proceso judicial por divorcio o separación; daños que se concretaban más bien en el daño moral causado por el deshonor, la pérdida del afecto marital de su esposa, la destrucción del confort doméstico y, por últi-

¹³ RESTATEMENT OF TORTS 2ND, 1997 § 895F: (1): *A husband or wife is not immune from tort liability to the other solely by reason fo that relationship.* (2). *Repudiation of general tort immunity does not establish liability for an act or omisión that, because of the marital relationship, is otherwise privileged or is not tortious»* (vid. TOBIAS, 23 *Georgia Law Review*, 1989, pp. 395-478).

¹⁴ Vid. MAC DONNELL DOBBS, *William Mitchell Law Review*, vol. 17, issue 4, 1991, pp. 1159-1188, referente a *Larson v. Dunn* 460, N. W 2d 39 (minn 1990), que arguye que el reconocimiento del daño ilícito por interferencia en la custodia de menores es de interés público.

mo «*suspicion cast upon legitimacy of her offspring*», esto es, la sospecha sobre la legitimidad de su descendencia¹⁵. Incluso el art. 34 concedía al Juez poder discrecional para hacer pagar a la mujer total o parcialmente las costas del litigio. Si bien, la famosa sentencia o más conocida sobre este caso de 1920 (*Butterworth v. Butterworth and Englefield*), que analiza en profundidad los daños que puede demandar el marido, pone de manifiesto los factores tenidos en cuenta por el juez en la *action for damage for adultery*: en primer lugar, el valor de la mujer hacia el esposo que se analizaba, tanto respecto a los daños pecuniarios causados (como la ayuda de la mujer en la carrera del marido, o la habilidad para administrar el hogar) como a los daños al *consortium* (el amor y la moralidad de la mujer, para cuya valoración el juez, curiosamente y teniendo en cuenta las coordenadas culturales y sociales de la época, consideraba relevante el comportamiento del amante, pues si éste había tenido que utilizar su riqueza para seducirla implicaba un mayor valor de la mujer hacia su esposo al no ser aquélla fácilmente seducible). Y, en segundo lugar, se valoraban los daños a la autoestima del marido, sobre los que existía mayor consenso en la doctrina y en los precedentes que sobre el anterior (de nuevo, el que el tercero se aprovechara de su alto status para el adulterio agravaba los daños a la autoestima y elevaban los daños debidos). Sin embargo, el carácter rudo o cruel del marido hacia la esposa, o la ignorancia del *paramour* sobre la relación matrimonial conllevaba la inexistencia del deber de indemnizar por aquél¹⁶. Por último, la *Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1970* del Reino Unido claramente prohíbe la responsabilidad por daños derivados de adulterio sobre las bases expuestas para dicha abrogación por la *English Law Commission*. Entre otras, el que dicha acción de daños implicaba la consideración de la mujer como la propiedad del marido, y genera un clima de amargura entre las partes al producirse la humillación de uno de los cónyuges e, incluso, habiendo convivencia entre el marido y la mujer, pudiera conllevar un chantaje contra el *paramour*. En conclusión, es ilógico que la persona que comete adulterio y del que resulta la ruptura del matrimonio sea responsable por daños patrimoniales mientras que en otras de las que resulta también la ruptura pero sin ser adulterio no lo sea; no siendo dicha acción preventiva de la situación¹⁷.

¹⁵ Vid. POLLOCK, 1890, p. 321 (Disponible en: <https://oll.libertyfund.org/titles/pollock-the-law-of-torts-4th-ed.>) quien matiza que aunque el perjuicio como consecuencia de la pérdida del servicio de la esposa incrementaría la compensación del marido, en realidad, no es una condición necesaria para la indemnización del daño.

¹⁶ Vid. SUMMER HOLMES, *Law & Social Inquiry*, vol. 20, n.º 2, 1995, pp. 601-620.

¹⁷ Law Commission, *Matrimonial and Related Proceedings-Financial Relief*, paras 128-132 (English and Wales Law Common Working Paper no.9, 1967), disponible en <http://www.bailii.org>.

De tal modo que, ante la desaparición de la acción de daños por vulneración del deber de fidelidad, el problema al que va unido en bastantes ocasiones, el ocultamiento de la paternidad (*fraud of paternity*) no se planteó hasta tiempo reciente en los tribunales. En concreto son pocas las sentencias a las que he tenido acceso, si bien, es de reseñar el caso *A v B* (2007) EWHC 1246 (QB) de 3 de abril de 2007 resuelto por el Juez Blofeld, relativo a la demanda de daños y perjuicios por *concealment of paternity* en la que finalmente el juez concede una indemnización por daños emocionales al que se suponía padre, pero sin existir matrimonio entre las partes (*for emotional injury*), valorando en £ 7,500 libras esterlinas dichos daños. Por el contrario, el juez negó la concesión de la indemnización por los daños patrimoniales por los alimentos pagados al menor, siendo una de las razones, además de la política pública, el que el demandante hubiera obtenido mucha felicidad de su relación con el que consideraba su hijo, antes de que conociera la verdad. Aunque sí le concedió una indemnización por gastos a la mujer con la que cohabitaba en £14.900 libras esterlinas por vacaciones y comidas en restaurantes¹⁸. En definitiva, existe una clara autoridad en afirmar en el derecho inglés la viabilidad jurídica de la acción de daños por ocultación de la paternidad en las parejas no casadas¹⁹.

Siendo, como he comentado, escasos los pronunciamientos sobre la materia, es de interés la más reciente sentencia FRB contra DCA (2019) EWHC 2816 (Fma) dado que en este caso el Juez afirmó que el daño por engaño podía existir en el ámbito de las relaciones familiares por ocultación de la paternidad. Si bien, negó

¹⁸ WEIFEI (*PKU Transnational Law Review*, vol. 4:1, 2016, pp. 36-37) recoge el caso entre dos personas que trabajaban en la misma empresa y ambos no estaban casados, y de su relación durante varios años la demandada (B) quedó embarazada de su hijo que nació en 1997. De modo que el demandante (A), creyendo que era su hijo, pagó todos los gastos asociados a su crianza. Tras el deterioro de su relación, A interpuso acción civil por daños y perjuicios contra B por engaño y ocultar la verdad de su falta de paternidad cuando su pareja había tenido oportunidades para decir la verdad.

¹⁹ *Vid.* <https://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed204529>, los leading cases son *P v B (Paternity: Damages for Deceit)* [2001] 1 FLR 1041, un fallo del Mr Justice Stanley Burnton; y la ya citada *A v B (Damages: Paternity)* [2007] 2 FLR 1051, de Sir John Blofeld. En cada supuesto, el hombre alegó que había sido fraudulentamente engañado por la madre, con quién tenía una relación, sobre el que fuera el padre del hijo. En cada uno de los procesos el Tribunal tuvo que dilucidar si el daño por engaño se aplica a una pareja que cohabitaba no casada, afirmado que: «*No veo ninguna razón por la que un embaucador de confianza que obtiene dinero u otros bienes de una mujer mintiéndole y viviendo con ella, posiblemente por un período corto, deba quedar fuera del alcance de la responsabilidad extracontractual; y lo mismo debe aplicarse a una mujer que engaña fraudulentamente a un hombre para obtener su dinero o bienes. (Esto no quiere decir que sea tal caso: si lo es o no se determinará en el juicio). La ley debe fomentar la honestidad entre las parejas que cohabitan en lugar de condonar la deshonestidad.*».

la demanda dado que el marido presentó la acción *tort of deceit* de modo paralelo y habiendo presentado previamente una acción de *financial remedy proceedings* ante la petición de divorcio de su mujer, arguyendo que dicho error se puede tener en cuenta en dicha acción²⁰. En el mismo sentido de denegar dicha indemnización por daños morales por ocultación de la paternidad es en el caso *Magill v Magill* (2006) HCA 51 en el que la Corte Suprema de Australia rechazó la acción en un supuesto en el que el demandante había sido engañado en la paternidad de dos de sus tres hijos nacidos durante el matrimonio, sobre la base de «la falta de obligación de los cónyuges de revelar la infidelidad conyugal, si bien con el voto disidente de tres jueces que negaron dicho argumento y afirmaron que dicha acción se puede ejercer, pero no en el caso que enjuiciaban al faltar los presupuestos para ello²¹.

ii) Por otro lado, respecto al derecho americano, históricamente en el *Common Law* de algunos estados de USA el adulterio, calificada de injerencia directa en una relación matrimonial, podía dar lugar a la acción de daños y perjuicios tanto patrimoniales como morales contra el cónyuge [según *Restatement (Second) of Torts* § 685, 1965]; debiendo diferenciar dicha acción de llamada «*for alienation of affection*», la cual por otra parte nunca ha existido en el derecho inglés, dado que el interés que se protege en aquella es la exclusividad de las relaciones maritales y en ésta la pérdida del afecto del cónyuge y de sus servicios al hogar²².

Sin embargo, hoy en día en la mayoría de los estados de USA las acciones de daños por adulterio han desaparecido, perviviendo sólo en algunos Estados²³, limitando las llamadas *heart-balm actions*. Los propios Tribunales reconocen diversas razones para su eliminación como son, entre otras, que el ejercicio de dicha acción facilita el chantaje y extorsión de los cónyuges a un tercero y está

²⁰ [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-022-6529?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-022-6529?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true). Las partes se casaron en 2003, naciendo un hijo C varios años después. Se separaron en 2017 y en el 2018 C fue sometido a una prueba de ADN. Esa prueba reveló que H no era el padre biológico de C, de tal modo que el supuesto padre, paralelamente a la demanda por *financial remedy proceedings* presentó otra ante el Queen's Bench Division por «*tort of deceit*» en orden a la indemnización de daños morales (haciendo dejación de los patrimoniales).

²¹ *Vid.* <http://www.lawscot.org.uk/members/journal/issues/vol-60-issue-08/dad-or-undad-liability-for-paternity-fraud>.

²² *Vid.* KUTNER, 17, *W. Aus. L. Rev.*, 34, 1987, y GEER, 25 *Baylor L. Rev.* 495, 496, 1973 quienes explican cómo el juez tendrá en cuenta diferentes factores para elevar o reducir la cuantía indemnizatoria, por ejemplo, cuando el cónyuge que demanda por daños anteriormente también cometió adulterio, o fue negligente e indiferente hacia el otro cónyuge.

²³ Hasta el 2012 sólo cuatro estados mantienen la acción por *alienation of affection*: Hawaii, Illinois, New Mexico y North Carolina (*vid.* WEIFEI, *PKU Transnational Law Review*, vol. 4:1, 2016 np. 24, p. 38).

motivada en la venganza, y el hecho de que cada cónyuge es una persona independiente y no la propiedad del otro. En definitiva, los riesgos de añadir más acciones legales a los asuntos familiares además de las propias del derecho de familia, abriendo las puertas a una catarata de litigios frívolos. Una vez clarificado que no se admite la indemnización de daños por vulneración el deber de fidelidad, hay que precisar que en bastantes Estados se reconoce la posibilidad de demandar por fraude al no haber informado al marido que los hijos del matrimonio no eran suyos (*infliction of emotional distress*), con la condición de estar ante una conducta indignante (atroz), y no solo insultante u ofensiva aplicando la Sección 46 (1) del *Second Restatement of Torts-1977*)²⁴. Y aunque la reciente revisión por *Restatement (Third) of Torts (Discussion Draft, 3 april 2014)*, § 104 se refiere a «intencional (o negligente) imposición de daño emocional, sin embargo, las condiciones de la responsabilidad son substancialmente las mismas, en concreto: conducta extrema o indignante que intencionalmente o por imprudencia causa un daño emocional grave; tal y como veremos que exige una corriente de la jurisprudencia menor española y una de las escasas sentencias de nuestro Tribunal Supremo que resuelve sobre la cuestión, la STS de 22 de abril de 2009 (RJ 2009, 5721).

Respecto a su aplicación jurisprudencial, es de interés el caso *Koestler v. Pollard* resuelto por la Corte Suprema de Wisconsin en 1991, basado en los hechos en torno al adulterio por la mujer de Koestler del que resultó el nacimiento de un hijo. El demandante, evitando la acción de daños por adulterio que estaba abolida, arguyó que su mujer le engañó intencionadamente respecto a su paternidad, revelándole la verdad cuando ya había consolidado un lazo de cariño y causándole, por tanto, un grave daño emocional sobre la base de la acción «*infliction of emotional distress*». El Tribunal es cierto que razonó su negativa sobre la falta de autonomía de ambas acciones al derivar la ocultación de la paternidad, de modo probable y natural, del adulterio y ser sus presupuestos en parte semejantes. Pero existió un voto particular, de todo punto a mi parecer razonable, en el sentido de que si bien una serie de hechos pueda dar lugar a diferentes causas de acciones, estas causas eran separadas y diferentes, dado que la acción de daños por adulterio se centraba en la relación matrimonial del demandante y no reque-

²⁴ AMERICAN LAW INSTITUTE (1979). *Restatement of the Law Second. Torts*. 2d. Vol. 4, American Law Institute Publishers. St. Paul, Minnesota. La sección 46 del *Second Restatement of Torts* establece tres elementos: conducta extrema o indignante que intencionalmente o por imprudencia causa un daño emocional grave al rezar que: «*One who by extreme and outrageous conduct intentionally or reckless causes severe emotional distress to another is subject to liability for such emotional distress, and if bodily harm to the other results from it, for such bodily harm*».

ría que la conducta del demandado fuera extrema y ultrajante, y la que accionó el demandante se centraba en el bienestar de éste y no requería que el demandante estuviera en una relación matrimonial cuando el daño se cometiera.

No obstante, nos encontramos con sentencias que han reconocido el daño moral derivado de la ocultación de la paternidad, como en la sentencia *Miller v. Miller*, resuelta por la Corte Suprema de Oklahoma en 1998, que resolvió un caso en el que la madre y sus padres engañaron al demandante para que se casara con su hija al estar embarazada, y sólo tras quince años de matrimonio supo que no era el padre de su hija. De tal modo que la Corte admitió la acción la *intentional infliction of emotional distress*, concediendo los daños morales pero negando los daños patrimoniales por los alimentos pagados, pues el pago se hizo en virtud de una sentencia válida y no revocada, no admitiendo el enriquecimiento injusto²⁵. Es interesante señalar que en algunos Estados de USA las leyes expresamente prohíben la indemnización o devolución de los alimentos pagados por su madre, inclusive en casos en los que se ha impugnado la paternidad²⁶.

En definitiva, estamos ante una cuestión no cerrada en el derecho angloamericano y del que la doctrina moderna ha llegado a argumentar la legitimidad de la demanda de daños morales por ocultación de la paternidad en el derecho a «la integridad de la vida familiar» consagrado en el ar. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos²⁷.

3. EVOLUCIÓN EN LA ADMISIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LAS RELACIONES FAMILIARES EN EL DERECHO CONTINENCIAL, EN ESPECIAL EL DERECHO ESPAÑOL, FRENTE A UNA INMUNIDAD IMPLÍCITA: DEBATE NO CERRADO RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD CIVIL PURA

A pesar de que, a diferencia del sistema del *Common Law* angloamericano, el derecho continental, en concreto el derecho español, no consagró de modo explícito un principio de inmunidad familiar ni conyugal, es cierto que en la práctica el derecho de

²⁵ *Koestler v Pollard*, 471 n.w.2d 7 (Wis. 1991), y *Miller v. Miller*, 956 P. 2d 887 (Okla 1998) en WEIFEI, *PKU Transnational Law Review*, vol. 4:1, 2016, pp. 39-40.

²⁶ ROBERTS, 37 *Fam. L. Q.*, 69, 2003.

²⁷ WHITTY / ZIMMERMANN, 2009, pp. 68-70.

daños ha sido un campo ajeno al derecho de familia²⁸. Hay razones de diversa naturaleza que han podido favorecer dicha exclusión y, por tanto, una inmunidad implícita de la responsabilidad civil al ámbito del derecho de familia. Esta realidad fáctica, a mi parecer, no justifica que no exista la posibilidad, de principio y teórica, de que en ciertos supuestos del ámbito familiar el derecho de daños pueda ser aplicado; la cuestión es dilucidar cuáles, y si es necesaria una reforma y adaptación de la normativa de daños a las peculiaridades del ámbito de la familia. Esto es, la tendencia al individualismo y la búsqueda de la justicia conmutativa entre el que daña y el que ha sufrido conllevan que la responsabilidad civil pueda ser aplicada a temas de derecho de familia con la debida coordinación, en punto a su aplicación, con la especialidad de las normas de derecho de familia²⁹. Y, en lo que concierne a la debida armonización, hay quienes sostienen, por ejemplo, que el principio de solidaridad que rige la familia tornaría injusto que el perjudicado pueda exigir responsabilidad con el mismo rigor que a un extraño, por ejemplo en el supuesto de responsabilidad de los padres en el que éstos han venido asumiendo cargas asistenciales en beneficio de aquél, pero podría extenderse a quienes cumplen funciones de protección formal e informal respecto a la víctima³⁰.

Hay que precisar, por otra parte, lo acertado de limitar el debate a la responsabilidad civil pura, o extramuros de los supuestos de comisión de un delito entre familiares, dado que éstos nunca han supuesto en el derecho español una inmunidad en la responsabilidad penal y, por tanto, civil ex delito; aunque el parentesco siga siendo un fundamento, tanto para la atenuación como para la agravación de la responsabilidad penal. Es ilustrativa, como prueba de la exclusión de la inmunidad en este ámbito, la respuesta penal frente al fenómeno de la violencia doméstica y de género y el que el Derecho penal se haya decantado paulatinamente por un agrava-

²⁸ Para indagar en esta materia, es imprescindible partir del influyente trabajo de ROCA TRÍAS, 2000, p. 535. Así como, posteriormente, LÓPEZ DE LA CRUZ, *Indret*, 4/2010, p. 5; FARNÓS AMORÓS, *Indret*, 4/2007, pp. 18-19; y FAYÓS GARDÓ, *Actualidad civil*, núm. 14, 2011, tomo 2, p. 1564.

²⁹ RODRIGUEZ GUTIÁN, 2017, pp. 841-949, en especial, pp. 922-937; y 2009, pp. 37-40, propone que, en atención a las características propias del Derecho de Familia, la aplicación de la responsabilidad civil al ámbito familiar, además de que no ha de ser automática en todo caso de existencia de un daño a un familiar, ha de revestir de una serie de peculiaridades en el sentido de que en su proyección al ámbito familiar la normativa de la responsabilidad civil ha de sufrir ciertas modificaciones, sobre todo, respecto a la exigencia del dolo y o culpa grave como criterio de imputación subjetivo.

³⁰ Según (FERRER RIBA, *Indret* 4/2001, p. 11), este argumento de la solidaridad tiene su límite en las relaciones fundadas en un contrato de prestación de servicios, tal y como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia alemana (en BGH NJW 1996, 53, el Tribunal Supremo alemán rechazó acertadamente la extensión del privilegio del § 1664 a una asistenta familiar).

miento de la sanción penal cuando las conductas criminales consisten en actos de violencia física o psíquica contra las personas más vulnerables del hogar³¹.

3.1 FACTORES QUE HAN INFLUIDO EN LA IMPLÍCITA INMUNIDAD FAMILIAR EN EL DERECHO CONTINENTAL, EN ESPECIAL, EN EL DERECHO ESPAÑOL: DE CARÁCTER ÉTICO-SOCIAL; DE TÉCNICA JURÍDICA Y COHERENCIA CON LA AUTONOMÍA DEL DERECHO DE FAMILIA, Y EN RAZONES DE ORDEN PRÁCTICO

Dado que el análisis del trabajo se centra en el estudio de un supuesto muy concreto de las relaciones familiares, se abordará este apartado desde un punto de vista más general para concretar en los apartados siguientes las singularidades respecto a las relaciones conyugales en torno al ocultamiento de la paternidad derivada del incumplimiento del deber de fidelidad. Las razones que han llevado a una inmunidad familiar al derecho de daños las agruparía y clasificaría en los tres grupos siguientes:

i) En primer lugar, en razones de *carácter ético-social* que serían predicables cuando regía la influencia del modelo patriarcal aún en los Códigos del siglo XIX, a pesar de que en los mismos están presentes de igual modo rasgos de la familia burguesa impregnados de individualismo. En cualquier caso, la jerarquía de la estructura familiar de la época conllevaba que el cabeza de familia impusiera a los otros familiares un deber de obediencia, así como la universal limitación de la capacidad de la mujer³². Esta razón, hoy en día, deja de tener vigor dado que en la actualidad la

³¹ Hay doctrina que restringe los casos de indemnización a los supuestos especialmente graves tipificados por el Código penal (así como cuando se produce la infracción a los derechos fundamentales), como MARTÍN-CASALS/RIBOT IGUALADA, ADC, 2011, p. 526, citando a los arts. 147.8, 4-5; 1531.1; 171.4 y 172.2 CP. SSTC 59/2008, de 14 de mayo y 45/2009, de 19 de febrero; y DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2017, pp. 28-29 que junto a los anteriores preceptos añade el art. 149 CP por el delito de lesiones por transmisión de enfermedades citando la STS (sala 2.ª) de 8 de noviembre de 2011 en la que se condena por contagio de VIH apreciando la existencia del dolo eventual y condenando a la indemnización de 90.000 euros por daño moral; y delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexual que se aplican en toda su extensión también entre cónyuges, citando la STS (sala 2.ª) de 13 de septiembre de 2007 que no se pronuncia sobre los daños al haberse renunciado a la acción; o el art. 268 CP que regula la responsabilidad civil, que no penal, por la comisión de delitos contra la propiedad de los cónyuges.

³² Es significativo que la investigación de la paternidad de los hijos naturales fue acogida en el Derecho Canónico, por lo menos, desde la Baja Edad Media, pero no se recoge en los Códigos civiles en orden a preservar la tranquilidad de la vida familiar (DÍEZ PICAZO, 1984, p. 16 y pp. 74-75).

evolución de la familia, la emancipación e independencia económica de la mujer y los parámetros jurídico-culturales que ponen el énfasis en el respeto a los derechos fundamentales e intereses legítimos de los miembros de la familia son causas que tornan coherente la aplicación de la responsabilidad civil al ámbito familiar. Lo dicho lo refrenda el que la STS del 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 5490) aplicara por primera vez en España el reconocimiento del daño moral como remedio en aquellos casos en que un progenitor obstaculiza el derecho de otro a relacionarse con sus hijos. Y con arreglo al régimen general de la responsabilidad civil por culpa del artículo 1902 CC, condenando a la madre de un menor a indemnizar el daño moral ocasionado al padre por impedirle el ejercicio de la custodia de un hijo común que le había sido atribuido judicialmente, y por obstaculizar las relaciones entre ambos. En palabras de la doctrina: «*se trata de una resolución puntera en el campo de la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones personales y constituye un importante avance en orden a romper el prejuicio consistente en considerar que las normas de derecho de familia conforman un sistema cerrado, que no permite la aplicación de normas o principios generales tendentes al resarcimiento, prejuicio que carece de fundamento legal y que aparece contradicho en esta resolución judicial*»³³.

Sin embargo, de modo paradójico, en lo que respecta a la parcela en concreto de resarcimiento de daños por vulneración de los deberes conyugales, la evolución del derecho de familia que rechaza la imposición de obligaciones que restrinjan coercitivamente aspectos centrales para el sentido personal de identidad implicaría ahora, según parte de la doctrina, una limitación o inmunidad, si se quiere decir así, al resarcimiento de los daños sufridos en el ámbito familiar sobre la base del derecho de daños³⁴. Es cierto que durante el trámite parlamentario de la Ley 15/2005 de 8 de julio se afirmó que el incumplimiento de los deberes conyugales establecidos en los arts. 67 y 68 CC pueden ser valorados a la hora de establecer las pensiones, pero que ello en ningún caso supondría introducir de nuevo en nuestro ordenamiento jurídico el «divorcio-sanción». Y en esta línea se defiende una inmunidad a la responsabilidad civil en el ámbito conyugal para no «volver a un marco de relaciones familiares opresivas de las que el moderno Derecho de familia ya nos había liberado»³⁵. Esta afirmación, no obstante a mi parecer, es

³³ DE VERDA Y BEAMONTE, *La Ley*, 14894/2018, p. 8. Y RODRÍGUEZ GUITIÁN, *ADC*, 2009, pp. 1381-1382.

³⁴ FERRER RIBA, *InDret* 04/2001, p. 9.

³⁵ Aunque son también otras razones las que sostienen los autores, en dicho sentido, MARTÍN-CASALS/RIBOT IGUALADA, *ADC*, 2011, p. 561.

cuestionable pues el hecho de que durante el curso de la tramitación de la ley no se introdujera un precepto expreso que incluyera la indemnización por los daños ocasionados por el incumplimiento de los deberes conyugales, no supone en principio un impedimento para la posible aplicación de las normas generales de la responsabilidad civil³⁶.

En este primer motivo también tiene predicamento la «regla de moralidad que impide que los miembros de una familia se demanden entre sí»³⁷. Pues el que la relación matrimonial esté sustentada en vínculos afectivos y de confianza implica que no sean frecuentes los litigios de este tipo entre cónyuges, salvo que se trate de conductas tipificadas como delito, o de daños de una cierta cuantía en los que, las más de las veces, entran en juego las compañías aseguradoras (accidentes caseros, o siniestros automovilísticos, por ejemplo, por el daño causado por un familiar que conduce un vehículo a otro en un accidente de circulación³⁸ etc.) al no conllevar la condena de la reparación consecuencias patrimoniales desfavorables para la familia y situarse el conflicto en el tercero asegurador y no en el ámbito familiar. En otras palabras, el vínculo de solidaridad y gratuidad que caracteriza a las relaciones familiares explica el que el perjudicado de un daño crea en el deber de tolerarlo y aceptarlo y de no interponer litigios que puedan romper la «armonía doméstica». Por otra parte, en la doctrina española se ha sostenido la posibilidad de interpretar la falta de pronunciamientos judiciales sobre accidentes domésticos como manifestación de la existencia de un privilegio que ajustaría los criterios de imputación del daño a las reglas sociales dominantes y, por esta vía, se limitaría la responsabilidad al dolo o la culpa grave; siendo común en los ordenamientos jurídicos de derecho continental que por una vía u otra admiten formas de privilegio doméstico, como se refleja en el derecho alemán en el §277 BGB³⁹.

³⁶ GARCÍA RUBIO, *Estudios jurídicos en memoria del profesor Lete del Río*, 2009, p. 365.

³⁷ Vid. BOSQUES HERNÁNDEZ, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 83/2010, p. 902, quien explica que son los vínculos de solidaridad y altruismo ligados a un deber de tolerancia intrafamiliar lo que ha servido de escudo para evitar la entrada de las reclamaciones jurídicas en el ámbito familiar. Y VERDA Y BEAMONTE/CHAPARRO MATAMOROS, 2012, núm. 28, p. 105.

³⁸ Es cierto que es una práctica difundida que en los criterios subjetivos de delimitación del riesgo del contrato de seguro se excluya a los familiares del asegurado de la consideración de terceros perjudicados, sobre todo en los seguros voluntarios de responsabilidad civil; las cuales según criterio jurisprudencial no deben considerarse como delimitadores del riesgo, sino como limitativas de derechos (REGLERO CAMPOS, 2014, pp. 1412-1415).

³⁹ SALVADOR CORDECH/RAMOS GONZÁLEZ/LUNA YERGA, *InDret*, 3/2000, p. 9, y FERRER RIBA, *InDret*, 4/2001, p. 12.

Y en esta regla de moralidad también influye, por último, el interés de los cónyuges en «mantener el vínculo matrimonial» pues no cabe duda de que la exigencia del resarcimiento del daño, además de la existencia del daño en sí, va a suponer una importante quiebra de la estabilidad de la pareja. Incluso el ejercicio de dicha acción es más probable en los supuestos de régimen económico de separación que en el de gananciales. A pesar de que el artículo 1346.6 CC establezca la naturaleza privativa de la indemnización por daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos, lo cierto es que el cónyuge condenado al resarcimiento debe hacer frente al mismo con sus propios bienes privativos. Ahora bien, si dicho cónyuge carece de ellos la obligación será a cuenta de los gananciales, ciertamente limitado a la parte que le correspondería en el reparto. En la práctica, el caso expuesto se traduciría en que a un cónyuge se le indemnice con su propio patrimonio⁴⁰.

En definitiva, la preservación de la armonía familiar no tendría encaje como justificación, tal y como se ha apuntado desde el inicio del trabajo, en los daños derivados de delito como en los malos tratos físicos o psíquicos, abusos sexuales, etc., de tal modo que solamente en los casos de mera negligencia es cuando el miembro de la familia, que sopesa las consecuencias de la interposición de una demanda, dejaría de interponerla al ver que peligraría su paz familiar. Asimismo, dicha razón no es coherente porque cuando dicha acción se ejercita en muchas ocasiones ya se ha roto la unidad familiar mediante un previo proceso de divorcio o disolución del vínculo o separación, como veremos más adelante al analizar el supuesto en concreto de vulneración del deber conyugal de fidelidad con ocultación de la paternidad. Sin embargo, sorprende que nuestro Tribunal Supremo, en la última sentencia sobre esta materia de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5158), negara la indemnización del daño moral en un supuesto de incumplimiento del deber de fidelidad con ocultación de la paternidad porque se ejercitan unas acciones « (...) *propias de la responsabilidad civil contractual o extracontractual, a partir de un juicio de moralidad indudablemente complejo y de consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar*» (FD 4.º); argumento también presente en la STS de 30 de julio 2009 (RJ 1999, 5726).

ii) En segundo lugar en *razones de técnica jurídica y de coherencia con la autonomía del Derecho de familia*: el ejercicio de la acción de la responsabilidad civil en el ámbito familiar se ve condicionado y limitado, por un lado, por el breve plazo de prescripción

⁴⁰ LÓPEZ DE LA CRUZ, *InDret*, 4/2010, p. 4.

de la acción de la responsabilidad civil que, como es sabido, es un año desde que lo supo el agraviado según el art. 1968.2 CC; junto a la ausencia de mecanismos de suspensión del plazo de la prescripción de tal acción mientras dura la convivencia familiar, esto es, entre los cónyuges, y padres e hijos⁴¹. Es por ello que esta falta de previsión legal (que podría ser muy útil para preservar la relación conyugal o paterno-filial) se ha intentado atemperar por la doctrina mediante la interpretación objetivista del art. 1969 CC de manera que el plazo de prescripción ha de computarse sólo desde el momento en que la pretensión correspondiente pudo ejercitarse desde una perspectiva objetivo-teórica y con abstracción de las circunstancias concretas que afecten al titular⁴². Y por otro, por el hecho de que la indemnización de los daños familiares no cumpla las funciones propias de la responsabilidad civil, cual es la reparación o compensación del daño, dado que con la indemnización solo se logrará la redistribución de la riqueza entre los familiares⁴³.

Al margen de las razones de técnica normativa, y respecto al argumento de la especialidad o autonomía del Derecho de familia se defiende que se debería aplicar de modo exclusivo las normas de derecho de familia para la resolución de los daños entre los miembros de la misma pues su normativa particular excluye cualquier pretensión de naturaleza aquiliana; debiendo resolverse las relaciones personales dentro de la comunidad familiar en un contexto de libertad y no bajo las amenazas de sanciones resarcitorias⁴⁴. Esta razón llevaría a que la responsabilidad civil no nacería en los casos en los que dicha responsabilidad tampoco existiría cuando se tratara de personas sin vínculos familiares, dado que los intereses involucrados en las relaciones familiares se organizan y protegen

⁴¹ Es encomiable, sin embargo, según referencia de RODRÍGUEZ GUTIÁN, la regulación de la suspensión de la prescripción de la acción por motivos familiares por el art. 121-16 de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, modificada por la Ley 25/2010, de 29 de julio, por la que se aprueba el libro 2.º del *Código civil de Cataluña relativo a la Persona y la Familia*; así como por preceptos de ordenamientos jurídicos europeos como, entre otros, el art. 207 BGB y los arts. 2235 y 2236 *Code civil* según nueva redacción dada por la Loi n.º 2008-561 du 17 juin 2008, que reforma la prescripción en materia civil, referidos a los menores no emancipados, los mayores sujetos a tutela, y a los esposos y a las parejas ligadas por un pacto civil de solidaridad (*vid.* RODRÍGUEZ GUTIÁN, Vol. VI, 2017, np. 95-96, pp. 883-884).

⁴² UREÑA MARTÍNEZ, 1997, pp. 240-241, propone de modo muy acertado una interpretación del art. 1932 CC adecuada al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, en el sentido de interpretar la expresión «*en perjuicio de toda clase de personas*» referida a personas que puedan ejercitar de manera real y efectiva (no solo formal y teóricamente) sus derechos y pretensiones, y valorando tal posibilidad en relación al titular que debe actuar, es decir, teniendo en cuenta la situación personal y circunstancias concretas de éste. Y de igual modo, la suspensión del plazo de prescripción sería más conveniente para evitar en la medida de lo posible poner en peligro la convivencia y la paz familiar por medio de litigios entre los propios miembros.

⁴³ PATTI, 1984, p. 288.

⁴⁴ FAYOS GARDÓ, *Actualidad civil*, 2011, pp. 1562-1563.

mediante el Derecho de familia vigente en cada momento histórico, sin partir de la base de que éstas son incompletas (cuyas disposiciones prevén remedios específicamente familiares como la separación matrimonial o el divorcio; la pérdida de la guarda y custodia sobre un hijo menor; o la suspensión o privación de la patria potestad, entre otras)⁴⁵. De modo que el silencio del Código civil habría que interpretarlo que obedece a una decisión de política jurídica coherente con los principios que informan el Derecho de familia actual; tal y como corrobora el artículo VI-1:103 c del Marco Común de Referencia que especifica que las reglas de responsabilidad civil «*do not apply in so far as their application would contradict the purpose of other private law rules*». De modo que resultaría un contrasentido hacer entrar las reglas de la responsabilidad civil, de modo general, en un ámbito del que en los últimos decenios el Derecho de familia conscientemente ha ido retirando sus propios remedios en aras del criterio que ha ido ganando terreno, esto es, del deber del Estado de respetar la autonomía del grupo familiar y la opinión de cada uno de los cónyuges respecto a la tolerabilidad de la situación en la que se encuentra dentro de su matrimonio. En definitiva, nuestro ordenamiento ha optado por limitar la intromisión estatal en asuntos familiares a la mínima expresión y debe, por tanto, ordenar la tutela aquiliana coherentemente con el principio de proporcionalidad con los intereses que la ley tutela ⁴⁶.

Este razonamiento es cierto en la medida en que la responsabilidad civil funcionara como efecto disuasorio en su caso; pero estimo de interés el argumento que considera también el reverso de la moneda cuestionándose el incentivo también perverso que brinda

⁴⁵ Para un análisis detenido de estas medidas es interesante consultar el trabajo de RODRÍGUEZ GUTIÁN, 2017, pp. 903-919, quien analiza de modo profundo tres ámbitos: en primer lugar, las normas que prevén una forma especial de resarcimiento para los daños entre familiares tanto en el ámbito del matrimonio respecto a sus relaciones patrimoniales durante el matrimonio (arts. 1390-1391 CC) y tras la crisis matrimonial (al prever formas especiales de resarcimiento como remedio *ex arts. 97 y 98 CC*) como en el de las relaciones paterno-filiales *ex art. 168 CC*; y el desafortunado art. 1932CC que regula, en realidad, una regla objetiva de prescripción sin excepción en los supuestos de estar ante menores de edad y personas con capacidad modificada, prescindiendo de razones de equidad para hacer prevalecer la seguridad jurídica. En segundo lugar, las normas que prevén un remedio distinto al resarcimiento tanto en el ámbito del matrimonio (la separación, divorcio y nulidad aunque sin tener que estar basado en el incumplimiento de los deberes conyugales; si bien éstos influyen en ser justa causa de desheredación *ex art. 855.2 CC* y extinción del deber de alimentos *ex art. 152.4CC*) y en el de las relaciones paterno-filiales (entre otros, la privación y suspensión de la patria potestad, o las medidas previstas en los arts. 167 y 168 CC cuando la administración del padre ponga en peligro el patrimonio del hijo).

⁴⁶ Ref. VON BAR/CLIVE, *Principles, Definitions and Modern Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, vol. 4, 2009, p. 3117, en MARTÍN-CASALS/RIBOT IGUALADA, *ADC*, 2011, np. 82, p. 528, y p. 530.

la exclusión de la responsabilidad ⁴⁷; así como otras razones que pondré de manifiesto más adelante (*vid.* epígrafe 5.2).

iii) Y, por último, sobre la base de *razones de orden práctico menos relevantes* como el peligro de la proliferación de demandas triviales. Esta causa, tal y como se recogió en el anterior epígrafe acerca del sistema del *Common Law* angloamericano, ha sido referenciada por los tribunales y doctrina partidaria de mantener la inmunidad entre los esposos. En realidad, se podría calificar dicho motivo de paternalista, sentado que los particulares están siempre en mejor disposición que los jueces para valorar las consecuencias de litigar en la vida familiar⁴⁸, y además es un dato constatable que tras quebrarse el principio de inmunidad nuestros jueces y tribunales no se han visto desbordados de demandas frívolas o banales. Éstas, a todas luces, están fuera del ámbito de aplicación de la acción de responsabilidad civil, como son los daños implícitos y riesgos a asumir en toda relación, o las contradicciones, disgustos o en definitiva las meras molestias. De igual modo, desconcierta que el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de julio de 1999 (RJ 2009, 5726), también respecto al incumplimiento el deber de fidelidad con ocultación del paternidad, insinuara dicho argumento al argüir que: «*el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro no es susceptible de reparación económica alguna, (...) pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alternación de la convivencia matrimonial conllevaría indemnización*» (FD 3.º). Sería como decir, según alguna voz doctrinal crítica, que no deberían resarcirse los daños morales derivados de un accidente de circulación en orden a no sobrecargar a los tribunales dado su elevado número en nuestros días⁴⁹.

Asimismo, a dicha razón práctica se le uniría otra no tan eximia como es la amenaza o el riesgo de la conflictividad en el seno de la familia vulnerando la armonía y paz familiar, el cual, en realidad se ha analizado anteriormente en este epígrafe al tratar la regla de moralidad implícita entre los miembros de la familia en orden a evitar litigios.

⁴⁷ En este sentido PAPAYANNIS (2017, p. 76) razona, por ejemplo, en términos del análisis económico del derecho, que el cónyuge infiel obtiene los beneficios del matrimonio y no asume los costes de éste (coste de oportunidad de dejar pasar la oportunidad de tener relaciones sexuales más satisfactorias), de modo que el incentivo sería prorrogar la situación lo más posible.

⁴⁸ TOBIAS, 23 *Georgia Law Review*, 1989, p. 445.

⁴⁹ ALGARRA PRATS, 2012, p. 53; e YZQUIERDO TOLSADA, 2018, p. 420.

3.2 DEBATE NO CERRADO RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD CIVIL PURA: CONSENSO SOBRE SU APLICACIÓN EN SUPUESTOS DE DELITOS EN EL ÁMBITO FAMILIAR Y VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Una vez expuestas las razones de diversa índole que explican la reticencia o la falta de aplicación del derecho de daños al ámbito familiar en el derecho continental y en especial en el español, es de interés la propuesta de cierto sector doctrinal de limitar la posibilidad de ejercitar la acción de responsabilidad civil solamente a los supuestos ya mencionados de responsabilidad civil derivados de un delito. Y, de igual modo, cuando se está ante conductas que causan daños a derechos o intereses del otro cónyuge conceptualmente separables de su interés en el mantenimiento de la relación familiar, esto es, cuando se vulneran los derechos fundamentales de un miembro de la familia por otro: por ataques a bienes de la personalidad como al *honor* cuando, para justificar una infidelidad con ocultación de la paternidad se utilizan expresiones ofensivas acerca del otro cónyuge o de sus hábitos sexuales; cuando mediante palabras o la conducta se provoque en el otro un sentimiento de humillación tal que lesione su dignidad como persona; o, incluso según algún autor, cuando la falsa paternidad era una circunstancia conocida, o al menos sospechada por el entorno social de la familia, o cuando fue la propia madre quien dio a conocer esta circunstancia a terceras personas durante el matrimonio o incluso al propio actor una vez surgida la crisis⁵⁰. O bien, una vulneración al derecho fundamental a la *intimidad* por interceptación de conversaciones telefónicas; a la integridad física o psíquica por contagio de enfermedad venérea, etc.,⁵¹. Se ha de entender que, en realidad, no será el mero ataque al interés o derecho subjetivo el que haga nacer la obligación indemnizatoria pues la mera lesión a un derecho de la personalidad no implica, como regla general⁵², que se ha producido un daño resarcible moral y/o patrimonial, dado que éste ha de ser probado, al igual que el resto de los presupuestos a los que se anuda la responsabilidad civil.

⁵⁰ FARNÓS AMORÓS, 2015, p. 560.

⁵¹ En este sentido, entre otros, FERRER I RIBA, *InDret*, 4/2001, p. 15 y DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2017, pp. 19-64, en especial 27-30.

⁵² Hay excepciones de presunción como la que se positiviza en el art. 9.3 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, *sobre la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* que reza que: «La existencia del perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima (...)».

En esta línea es de interés el razonamiento que sostienen algunos autores en el sentido de matizar, en orden a evitar una concepción moralizante de la tutela de los derechos fundamentales, que el interés del demandante debe ponderarse con el ejercicio legítimo de derechos como la libertad sexual, o más genéricamente, con el libre desarrollo de la personalidad. De tal modo que no serían supuestos indemnizables la falta de cumplimiento de la promesa de matrimonio, o la conflictividad matrimonial derivada de la transexualidad del otro cónyuge, incluso la infidelidad conyugal con ocasión de la ruptura de una familia y la posterior interposición de una acción de impugnación de la paternidad sobre los hijos comunes⁵³. No obstante, a mi parecer, el problema de esta tesis radicaría en la dificultar de subordinar el ejercicio del derecho a la indemnización por daños al concepto jurídico indeterminado del «libre desarrollo de la personalidad» que debería interpretarse de acuerdo con los principios de la Constitución española, es obvio, pero es que dicho principio, desde un planteamiento general de la cuestión, ampararía a ambas partes en el conflicto; estando por tanto ante una petición de principio dado que la conclusión de excluir la responsabilidad civil extracontractual no parece obvia respecto a la premisa. Asimismo, es cierto que respecto a los casos que versan principalmente en perjuicios derivados del mero impacto emocional o psicológico de la conducta del agente habría que ponderar el derecho del cónyuge a tomar decisiones respecto a su propia vida con autonomía y libertad; pero por otra parte la propia teoría de la responsabilidad civil da solución al estar ante un daño no resarcible por la ruptura de la imputación objetiva por la excepción del llamado riesgo general de la vida y, por ende, faltando un presupuesto de la responsabilidad civil de la que nace la obligación indemnizatoria. En definitiva, habría que discriminar del daño moral toda una serie de hipótesis en las que el derecho no debe intervenir cuando el daño sea mínimo, dado que dichos daños no serían indemnizables sobre la base del principio *minimus praetor non curat*, bien porque no existe gravedad de la consecuencia dañosa, bien porque toda la vida de relación comporta enojos, disgustos y contrariedades en las que el derecho no debe intervenir⁵⁴.

Tras lo expuesto, estimo que la aplicación de la responsabilidad civil no está vedada por nuestro ordenamiento jurídico, y más allá de los casos en los que haya delito y un ataque a un derecho fundamental concreto. En primer lugar, porque el hecho de que el Código civil español carezca de una disposición legal que afirme expre-

⁵³ MARTÍN-CASALS, M./RIBOT IGUALADA, *ADC*, 2011, pp. 535-539.

⁵⁴ MARTÍN-CASALS, 1990, p. 1231.

samente la aplicación de las normas de la responsabilidad civil a los daños causados en las relaciones de familia, no implica la prohibición de la misma al construirse el instituto jurídico de la responsabilidad civil sobre una cláusula general positivizada en el art. 1902 CC que no establece las características típicas que ha de reunir el daño resarcible⁵⁵. Y, en segundo lugar, el Código civil español solo otorga a ciertos perjuicios familiares unos mecanismos reparatorios específicos, como puede ser la pensión compensatoria en materia de divorcio.

A partir de tales postulados, y dado que en la mayoría de los casos no hay regulaciones específicas frente a los daños que acontecen en las relaciones familiares, cobra sentido preguntarse si cabría acudir al derecho común o instituto jurídico de la responsabilidad civil ex artículo 1902 y siguientes del Código civil. Ahora bien, compartimos la opinión de los que sostienen la no conveniencia de una aplicación generalizada del Derecho de daños a todo conflicto familiar y la necesidad de sistematizar las diferentes hipótesis de daños entre familiares, distinguiendo en qué casos ha lugar a la responsabilidad civil y en qué casos no⁵⁶. Más allá, y a modo solo de apunte, en los supuestos en los que se admita, como sería, entre otros, el que es objeto de este estudio y con los límites que se expondrán más adelante, se podría plantear, sobre la base del «principio de indemnidad» o «reparación integral a la víctima»

⁵⁵ Es de interés el artículo de SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 112, cuarto trimestre, 2014, pp. 1-20. Disponible en La Ley 6602/2014, que recalca que el hecho de la inexistencia de una norma excluyente de la aplicación del régimen general de responsabilidad se erige como primer fundamento para declarar en principio resarcibles los daños familiares. De tal modo que el fundamento de la plena resarcibilidad de los daños familiares no puede ser otro que el principio de atipicidad (no sólo desde una vertiente formal sino sustantiva ya admitida) del ilícito civil que rige nuestro sistema siendo resarcible la lesión de cualquier interés legítimo, esté tutelado o no como derecho subjetivo, absoluto o relativo (como los daños *in contrahendo*, o la privación de un bien por el mero poseedor, o el daño producido al conviviente supérstite por la causación de la muerte del otro conviviente). Lo decisivo es que el interés lesionado no resulte indigno de tutela en cualquier caso (por concurrir con un interés prevalente, o por ilícito o contrario a la moral social) y se anuden el resto de los presupuestos de la responsabilidad civil.

⁵⁶ *Vid.* por todos, RODRÍQUEZ GUTIÁN, *La Ley-Derecho de familia*, núm. 8, 2015, p. 10, quien destaca como razones de que no todo sufrimiento ha de ser objeto de reparación; el principio de especialidad del Derecho de familia y la necesaria protección de las relaciones familiares; citando al respecto una interesante sentencia del ámbito anglosajón referida al caso resuelto por la Corte Suprema de Canadá de 9 de julio de 1999 [Dobson (litigation Guardian of) v. Dobson (1999) 2. S. C. R. 753] en la que Cynthia Dobson, embarazada de veintisiete semanas y mientras conduce una tormenta de nieve, colisiona con otro vehículo, provocando el nacimiento prematuro del hijo con graves lesiones. Tras el paso de los años, el hijo interpone una acción de daños contra la madre debido a su comportamiento negligente. Y el Tribunal Supremo revoca las dos sentencias de instancia, que habían concedido indemnización al hijo, alegando, entre otras consideraciones, que la responsabilidad civil implica aquí una intromisión en la vida privada de la mujer, con posibles consecuencias dañinas para la unidad familiar y podría llevar consigo serias consecuencias psicológicas en la relación madre-hijo.

si la indemnización sobre la base del artículo 1902 CC se podría aplicar de modo complementario a los supuestos de regulación específica en el derecho de familia. Más en concreto, respecto a dicha complementariedad de acciones, se podría plantear la posible compatibilidad de la acción de indemnización de daños y perjuicios con la compensación económica al no poder subsumirse ésta, como institución *sui generis*, ni en la del enriquecimiento sin causa (hay causa para hacer legítima la ganancia, como es el matrimonio y bien de la familia, no hay error), ni en la de indemnización por perjuicios (pues no es necesaria la culpa), ni en la de alimentos (no tienen como objetivo la subsistencia ni es revisable). Sería posible que el afectado del divorcio no tuviera derecho a la compensación, pero sí a daños y perjuicios en el caso de que se den los presupuestos que se anudan a la responsabilidad civil; excluyendo, eso sí, los supuestos que entran dentro de los riesgos de la vida tal y como se vienen apuntando.

En definitiva, aun estando ante una cuestión no pacífica sino ambivalente, una vez admitida la pertinencia del instituto jurídico de la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares en el derecho español, doy paso al análisis más profundo del supuesto objeto del estudio presente en la «responsabilidad civil por vulneración del deber de fidelidad con ocultación de la paternidad» y a indagar en la razones doctrinales y jurisprudenciales tanto de su admisión como de su exclusión. Si bien, tal y como he apuntado desde el inicio del trabajo se ha de distinguir con toda nitidez el daño derivado de la infidelidad (daño moral) del daño derivado de la ocultación de la paternidad (daño moral y patrimonial) como daño autónomo e independiente, dado que, aunque la infidelidad es presupuesto de la falta de paternidad, en este último caso el daño viene de su ocultación dolosa o culposa que crea en la otra parte la confianza en una filiación inexistente.

4. **¿OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA POR VULNERACIÓN DEL DEBER CONYUGAL DE FIDELIDAD?**

4.1 MAYORITARIA NEGATIVA DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL A LA OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO DEL «DEBER DE FIDELIDAD»

Es doctrina común, avalada por la jurisprudencia menor en los últimos años, aunque contradicha o matizada por la del Tribunal

Supremo, la existencia del deber de indemnizar los daños morales y patrimoniales derivados de la ocultación de la paternidad derivada del incumplimiento del deber de infidelidad. Por el contrario, tal y como se ha apuntado en el epígrafe anterior, la mayoría o casi unánime posición doctrinal y jurisprudencial es la negativa al nacimiento del deber de indemnizar por el solo incumplimiento del «deber mutuo de fidelidad entre los cónyuges».

El argumento principal en el que se basa este sector *mayoritario* de la doctrina civilista es la naturaleza ético-moral, cuyo cumplimiento depende de la conciencia de cada cónyuge, y no jurídica *stricto sensu* de los deberes consagrados en los artículos 67 y 68 CC⁵⁷. Se alega, asimismo, que el tercero no debería tampoco responder frente al cónyuge que sufre el incumplimiento del deber conyugal ya que éstos, por su propia naturaleza, son deberes que conciernen exclusivamente a los dos cónyuges⁵⁸. Es cierto, en definitiva, que este tipo de deberes tiene una naturaleza especial dado que su carácter moral se explica si se atiende al contenido ético del Derecho de familia pues en este caso el Derecho se apropia de preceptos éticos para convertirlos en preceptos jurídicos⁵⁹.

En realidad, se podría afirmar que a raíz de la reforma de modificación del Derecho de familia por Ley 15/2015, de 8 de julio un deber de indemnizar por incumplimiento del deber de fidelidad como conducta reprochable del cónyuge infiel no sería coherente. Dado que el legislador, tras dicha reforma no tiene en cuenta la imputabilidad de las conductas determinantes de la ruptura conyugal para la determinación de las medidas compensatorias arbitradas por el Derecho de familia⁶⁰. En definitiva, este sector entiende que hay comportamientos que, aun causando daño moral, no son

⁵⁷ En este sentido, entre otros, FERRER RIBA, *InDret*, 4/2001, p. 15; MARTÍN-CASALS/RIBOT IGUALADA, *ADC*, 2011, p. 517-518; SALVADOR CORDECH/RUIZ GARCÍA, 2000, p. 63; y CUADRADO IGLESIAS, 2015, pp. 1-18., y FARNÓS AMORÓS, 2015, pp. 537-540.

⁵⁸ *Vid.* ALGARRA PRATS, 2012, p. 55.

⁵⁹ CASTÁN TOBEÑAS, 1987, pp. 236-237.

⁶⁰ *Vid.* MARTÍN CASALS/RIBOT IGUALADA (*ADC*, 2011, p. 545) quienes explican que la liquidación de dichos daños 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.

En contra, VERDA y BEAMONTE, *Revista Jurídica La Ley*, 2007, tomo 2, D-70, pp. 1659-1660, que destaca ser significativo que con la reforma del Derecho de familia efectuada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, se ampliarán, de modo paradójico, los deberes matrimoniales, añadiendo los de atención a las responsabilidades domésticas y el cuidado a ascendientes y descendientes a su cargo. La imposición por el legislador a los cónyuges de un modelo de organización de las tareas domésticas, basadas en la igualdad, 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 en el que se admite el matrimonio entre personas del mismo sexo.

indemnizables en cuanto que no son jurídicamente exigibles, como el derecho a que me quieran, derecho a convivir, derecho a compartir penalidades, etc. Y si lo fuera estaríamos utilizando el mecanismo de la responsabilidad civil extracontractual más allá de su finalidad fundamental, convirtiéndolo en un instrumento sancionador. En este caso el derecho resarcitorio entraría en colisión con el derecho fundamental a la libertad de las personas, con el riesgo, tal y como ya hemos apuntado anteriormente, de reintroducir en nuestro ordenamiento el sistema de la culpa, a modo de pena privada, como castigo por haber ocasionado o directamente solicitado la separación o divorcio⁶¹.

Ahora bien, es de interés apuntar la opinión de quienes, defendiendo la no indemnizabilidad del daño en cuestión, sostienen que estamos ante una contradicción y absurdo del vigente Derecho de familia. Pues el que permanezcan invariables unas normas (las que consagran los deberes conyugales ex arts. 67 y 68 CC), mientras existe una radical transformación en paralelo de otras no deja de ser paradójico y contrario a las exigencias de la sistemática y de la coherencia; incluso, cuando se avanza hacia una patrimonialización del Derecho de familia en las que priman las consecuencias económicas sobre cualesquiera otras⁶². Es por ello que se afirma como posición de compromiso que únicamente podrán resarcirse los daños consecuencia de la infidelidad cuando se afecten otros derechos de la persona ajenos al matrimonio, esto es, en el caso de que se vulneren derechos fundamentales al ser el daño relevante jurídicamente⁶³.

A mayor abundamiento, la tesis jurisprudencial más secundada también es la que sostiene la negativa a la obligación indemnizatoria por el solo incumplimiento del deber de fidelidad. Así lo apuntan sentencias paradigmáticas de nuestro Tribunal Supremo en este campo, como la STS de 30 de julio de 1999 (RJ 1999, 5726) que resuelve un supuesto de vulneración del deber de fidelidad con ocultación de la paternidad en el que el marido, el cual, recurrente ante el TS, fundamentó el recurso en que el deber de fidelidad «es una obligación contractual, que tiene su origen en el con-

⁶¹ LÓPEZ DE LA CRUZ, *InDret*, 4/2010, p. 26.

⁶² Es muy interesante el estudio en profundidad de DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2017, p 33, quien advierte que los conocidos como acuerdos prematrimoniales o prerruptura es el camino por donde debe avanzarse hacia la valoración económica del incumplimiento de los deberes entre esposos y parejas; aunque con la prudencia debida por parte de los Tribunales, no debiendo admitir por pacto, por mutuo acuerdo, lo que se niega a los propios esposos.

⁶³ LÓPEZ DE LA CRUZ, *InDret*, 4/2010, pp. 34-35, así como GONZÁLEZ BEILFUSS/ NAVARRO MICHEL, *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3- 2010, p. 813. y MARÍN GARCÍA/LÓPEZ RODRÍGUEZ, *InDret*, 2/2010, p. 16.

trato de matrimonio y que la esposa viene obligada a cumplir; y respecto al daño moral el marido alegó que reclamaba «*no sólo que ha vivido en engaño permanente, sino que el resultado final del propio engaño ha sido la pérdida de los hijos, ya que los que consideraba como tales no lo eran, así como un sufrimiento psíquico o espiritual de ver venirse abajo todos sus proyectos de futuro*». El TS, no pronunciándose por motivos procesales respecto a la pretensión de restitución de las pensiones alimenticias, arguyó, haciendo suyos los razonamientos del tribunal de instancia, que a pesar de que el quebrantamiento de los arts. 67 y 68 CC es merecedor de un innegable reproche ético-social, el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro no es susceptible de reparación económica alguna, siendo la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación la ruptura del vínculo conyugal. A lo que añade que, de igual modo, no cabe cimentar la exigibilidad de dicha indemnización dentro del precepto genérico del art. 1101 CC por más que se estimen contractuales tales deberes en razón de la propia naturaleza de matrimonio, *pues lo contraría llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial obligaría a indemnizar (FD 3.º)*⁶⁴. Asimismo, la negativa a la obligación indemnizatoria por vulneración del deber de fidelidad se desprende de las sentencias más recientes del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2010 (RJ 2010, 5152), 18 de junio de 2012 (RJA 2012, 6849), y la de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5158) con argumentos semejantes al de la STS de 30 de julio de 1999. Y, en el mismo sentido, de modo concluyente se pronuncia la jurisprudencia menor, entre otras, la SAP de Segovia de 30 de septiembre de 2003 (JUR 2003, 244422) al argumentar que tales supuestos entran en el terreno de lo extrajurídico (infidelidades, abandonos, ausencia de lealtad, etc.), no debiendo el derecho, por tanto, jugar papel alguno ni entrar a tomar partido.

Por último, la última STS de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5158) también legitima la falta del deber de indemnizar del daño moral derivada del incumplimiento del deber de fidelidad. En concreto, por la «*falta de autonomía del incumplimiento del deber de fidelidad y de la ocultación de la paternidad*» (que funda en el exiguo y asombroso razonamiento de que «*lo que lleva a la oculta-*

⁶⁴ En esta sentencia la posición del Tribunal Supremo es taxativa en el sentido de negar la indemnización del daño moral por vulneración del deber de fidelidad, y lo hace manteniendo el carácter contractual de los deberes matrimoniales por razón de la propia naturaleza del contrato; cuando, en realidad, no se observa en la actitud de los Tribunales un acercamiento sin fisura del matrimonio al contrato, estando a mi parecer ante un negocio jurídico especial de Derecho de familia pues en un contrato su cumplimiento no puede quedar al albor de una de las partes ex art. 1156 CC.

ción es el incumplimiento del deber de fidelidad) arguye que la infidelidad (y por tanto también la ocultación de la paternidad) sólo tiene respuesta en la normativa reguladora del matrimonio, mediante la separación o el divorcio, dado que aquélla no contempla la indemnización del daño moral generado a uno de los cónyuges en un caso de infidelidad y de ocultación y pérdida de un hijo que consideraba suyo. Se trata, tal y como apuntó su precedente de 30 de julio de 1999, de deberes no coercibles jurídicamente con medidas distintas, como sí ocurre con la nulidad matrimonial, a través de una indemnización al cónyuge de buena fe. En definitiva, con una regulación tan específica y propia del Derecho de familia español en orden a obtener, modificar o extinguir derechos, es significativo que nada se diga sobre las consecuencias que en este ámbito tiene la desatención de los deberes impuestos en el artículo 68 CC (FD 4 3 *in fine*).

4.2 DOCTRINA MINORITARIA. Y APUNTE PERSONAL CRÍTICO

Por otra parte, si bien es cierto que como posición minoritaria en la doctrina española, existen quienes defienden la responsabilidad civil por vulneración del deber de fidelidad en determinados supuestos y bajo ciertas circunstancias⁶⁵; señalando dos fundamentos en los que se basar la legitimación de la obligación indemnizatoria: i) bien en la llamada «responsabilidad contractual» ex artículo 1101 CC, ya sea porque se estime el matrimonio como un contrato, ya sea porque en el caso de los daños económicos o morales originados por violación de los deberes conyugales, «*obligaciones legales sin carácter patrimonial*» se deben de aplicar las reglas generales sobre el incumplimiento de las obligaciones, las de la llamada culpa contractual, que no se aplican solamente al incumplimiento de las obligaciones contractuales o, en último término, las reglas relativas de la responsabilidad civil⁶⁶. ii) Bien en la «responsabilidad extracontractual» ex artículo 1902 CC⁶⁷, la cual sobre

⁶⁵ Además de los que se citan a continuación, *vid.* GARCÍA CANTERO, 1982, pp. 195-196; GETE-ALONSO Y CALERA, 1984, p. 338. Y PÉREZ GALLEGO, *Revista de Derecho civil*, vol. 2, núm.3, 2015, p. 167, basándose en la STS de 30 de junio de 2009. Estamos en estos supuestos ante lesiones a otro bien jurídico digno de protección como es el «derecho al respeto a la vida familiar» protegido por el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

⁶⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, 2016, pp. 155-156 y, no tan recientemente, en LACRUZ BERDEJO, 1989, p. 146.

⁶⁷ En este sentido DE VERDA Y BEAMONTE/CHAPARRO MATAMOROS, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2012, p. 118, al afirmar que «no parece necesario justificar que la indemnización del daño deba discurrir por la vía del artículo 1902 CC, y no por la

todo se defiende en el supuesto de interposición de demandas frente al tercero de forma solidaria si conoce que la persona con la que mantiene relaciones sexuales está casada porque en cierta manera también sería responsable.

En concreto, el argumento que exponen es que el hecho de que estemos ante deberes personalísimos, y por ello no coercibles de modo forzoso (inexigible jurídicamente tanto *in natura* como por equivalente), no conlleva su falta de juridicidad⁶⁸. Pues la infidelidad se anuda a ciertos efectos jurídicos como son las presunciones de paternidad matrimonial (arts. 116 y 117 CC), la desheredación (arts. 855.1 CC), la cesación del deber de alimentos (art. 152.4 CC), o la revocación de las donaciones otorgadas entre cónyuges (art. 1343 CC)⁶⁹. Incluso, se podría decir que los deberes morales pueden tener repercusiones normativas toda vez que su infracción es suficiente para invalidar un contrato o una condición testamentaria o para limitar la libertad de contratación o para prohibir ciertos actos de disposición sobre el propio cuerpo, entre otros supuestos. De modo que en ninguno

del artículo 1101 CC de dicho Código, ya que las obligaciones conyugales no tienen carácter contractual por la sencilla razón de que el matrimonio no es un contrato, sino un negocio jurídico de Derecho de familia». En este sentido se pronuncia también la jurisprudencia francesa como señala MALAURIE / FULCHIRON, 2011, pp. 586-587, quienes afirman que la infidelidad podría ser causa de la acción de responsabilidad civil ex artículo 1382 Code, si bien la Corte de casación francesa afirma que dicha acción no podría ser ejercitada contra el cómplice del adulterio, incluso si tenía conocimiento del matrimonio (Cass. civ, 2ème, 4 mai 2000, *JCP G.* 2000. II.10356, n. Th. Garé).

⁶⁸ LACRUZ BERDEJO, 2010, p. 66, quien afirma que, aunque no sea posible la exigencia coactiva de los deberes jurídicos, no por ello pierden su condición jurídica, teniendo los deberes conyugales una sanción imperfecta. De modo que el autor afirma, en base a la misma juridicidad de dichas obligaciones, que no debería excluirse, en el caso de infracción de las obligaciones recíprocas, en especial las de abandono y adulterio, la posibilidad de una acción de daños al cónyuge ofendido frente al ofensor, o bien a su cómplice. Y DE VERDA Y BEAMONTE, (*Diario La Ley*, 2018, p. 4), razona que no se puede pretender aplicar al matrimonio los esquemas propios del contrato, en concreto, del cumplimiento forzoso en forma específica de las obligaciones; pues el matrimonio no es un contrato es un negocio jurídico de Derecho de familia que afecta profundamente a la persona de los cónyuges, en la medida que impone una plena comunidad de vida, marital y espiritual. Incluso, en el ámbito de los negocios de carácter patrimonial, se excluye la ejecución específica de las obligaciones contractuales en los casos en los que la naturaleza de la obligación o su carácter personalísimo (*intui personae*) haga inviable tal ejecución.

⁶⁹ Según MURILLAS ESCUDERO, *REDUR*, p. 113, en la nueva redacción dada a los arts. 81 y 86 CC por reforma operada en el 2005, el cónyuge víctima de infidelidad conyugal puede accionar la separación judicial unilateral (sin tener que transcurrir los tres meses desde la celebración del matrimonio), y el divorcio. De modo que la respuesta jurídica a la infidelidad ya encuentra respuesta en el Código civil. Disponible en <https://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero13/murillas.pdf>. En el sentido de no privar de juridicidad a dichos preceptos, *vid.* RODRÍGUEZ GUTIÁN, 2017, pp. 888.

Por el contrario, es cierto que el art. 855 CC tiene difícil encaje en un régimen jurídico en el que existe el divorcio y la reconciliación hace desaparecer la posibilidad de privar de la parte de legítima, pues el causante (para ejercer dicha causa de desheredación) no ha tenido que romper su matrimonio, ni tampoco reconciliarse (DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2017, p. 40).

de estos casos la palabra moral es interpretada jurídicamente como estéril⁷⁰. En definitiva, siendo indiscutible que el carácter jurídico de una obligación se define por su coercibilidad, dada la unanimidad doctrinal acerca de la actual noción de obligación que conlleva la necesidad de considerar desde el preciso momento de su constitución la existencia simultánea del del débito y de la responsabilidad⁷¹; sin embargo, hay supuestos, es cierto que marginales como son las obligaciones naturales, que suponen una excepción al estar ante obligaciones verdaderamente jurídicas que no conllevan dicha responsabilidad. Y, en otro orden de cosas, se arguye que la fidelidad, cuyo concepto en las sociedades democráticas ha evolucionado hacia una concepción más amplia, gira alrededor de la confianza recíproca, de la lealtad y del respeto a la dignidad de la persona del otro cónyuge, así como del deber de respeto mutuo⁷².

Por otra parte, este sector arguye que la fidelidad constituye el contenido de una verdadera y propia obligación jurídica, y un elemento que delinea el modelo de matrimonio que el legislador propone a los ciudadanos y en el cual la comunidad de vida conyugal continúa implicando una relación personal entre los cónyuges de carácter exclusivo. Teniendo que matizar que el deber de fidelidad no supone un deber de amar al otro en toda circunstancia y hasta el fin de los tiempos, sino en adoptar la diligencia, mientras dure la relación, adoptando las medidas razonables para el que daño no se produzca, esto es, dando término a la relación que se ha vuelto

⁷⁰ PAPAYANNIS, 2017, pp. 71-72, este razonamiento lo acomete al hilo de la reforma el 1 de agosto de 2015 del nuevo Código civil y Comercial argentino, cuyo art. 431 reza que «Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el *deber moral de fidelidad*». Es de interés la explicación del autor de que el término moral puede interpretarse como moral positiva (conjunto de creencias y actitudes de una comunidad en un tiempo determinado, estando determinada exclusivamente por el contexto social y puede ser observada empíricamente) o como moral crítica (es independiente de que ciertos valores sean compartidos en la comunidad, teniendo que ver con lo que realmente tenemos razones para hacer, de modo que no tiene relevancia cuánta gente en la comunidad piensa que cierta conducta está prohibida, importando sólo los buenos argumentos, aquellos que identifican o apelan a las razones de mayor peso, e independientemente de nuestros deseos, gustos o preferencia -ética personal-). En definitiva, los deberes morales pueden imponer restricciones al tipo de vida que uno legítimamente puede desarrollar en sociedad.

⁷¹ Vid. por todos, LASARTE ÁLVAREZ., 2019, p. 10.

⁷² Dentro de esta corriente, algunos autores, basándose en un concepto de fidelidad en sentido amplio que comprende, no solo la esfera relativa a la exclusividad sexual sino las esferas afectiva, familiar y social, afirman que la deslealtad como difamación del cónyuge o las mentiras con carácter reiterado se considera incumplimiento del deber jurídico fidelidad. Y por tanto conllevaría el deber de indemnizar por la vulneración de derechos fundamentales (vid. RAGEL SÁNCHEZ, *Anuario de la Facultad de Derecho*, 1996-1997, p. 261, PÉREZ GALLEGO, *Revista de Derecho Civil*, 2015, p. 144, y ECHEVERRÍA DE RADA, *La Ley. Derecho de Familia*, núm. 8, 2015, p. 2).

insostenible comunicándolo a la otra parte, cuando el divorcio es una alternativa accesible y rápida en España⁷³.

De igual modo, respecto a la jurisprudencia, se hace preciso matizar que existen, también de modo más marginal, pronunciamientos en la jurisprudencia menor de nuestras Audiencias Provinciales⁷⁴ que afirman la obligación de indemnización por vulneración del deber de fidelidad sobre la base de la responsabilidad civil extracontractual. Así lo señalan, entre otras, la SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004 (AC 2004, 1994) al argumentar (en un supuesto de infidelidad es cierto con ocultación de paternidad) la suma concedida, superior a la de instancia, en el hecho de que los padecimientos del demandante no pueden imputarse solo al descubrimiento de su no paternidad sino, en gran medida, al conocimiento de la infidelidad de su esposa⁷⁵. Y en términos semejantes la SAP de León de 2 de enero de 2007 (JUR 2007, 59972), ante demandas que se interponen contra el cónyuge incumplidor y no contra el tercero. En este sentido de modo contundente se pronuncia la SAP de Cádiz de 21 de septiembre de 2012 (JUR 2012, 353634) al defender la aplicabilidad del artículo 1902 CC al incumplimiento del deber conyugal de fidelidad, que afirma que: «*Disponemos en la actualidad de diversas estructuras jurídicas que dan cobertura y regulación a diferentes modelos de convivencia en pareja y es evidente que nuestra sociedad acepta y ampara todos y*

⁷³ PAPAYANNIS, 2017, p. 82.

⁷⁴ Para un desarrollo de los pronunciamientos a favor y en contra de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias, *vid.* MURILLAS ESCUDERO, *REDUR*, núm. 13, pp. 114-123; PÉREZ GALLEGU, *Revista de Derecho civil*, 2015, pp. 155-163. Y DE VERDA y BEAMONTE/CHAPARRO MATAMOROS, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2012, pp. 153-155.

⁷⁵ El supuesto de hecho sobre el que versa la sentencia es el siguiente: el matrimonio se casa en 1987 y tienen una hija en 1988. En 1994 pactan separación de bienes, comenzando ella su relación con su amante y naciendo los tres hijos en 1996, 1997, y 1999. En el 2001 el marido conoce la infidelidad, firmando dicho año un convenio regulador de separación y se divorcian en 2002. Ella reconoce en 2002 la no paternidad de quién era su esposo de tres de los cuatro hijos y la paternidad del amante (recociendo deuda patrimonial por alimentos indebidamente satisfechos), y dictándose sentencia de impugnación en mayo de 2003. En el caso en litigio el padre biológico está presente en las relaciones familiares, frecuenta la casa, va al hospital cuando ella da a luz, las madres de ambos saben que es el padre de los tres niños, e incluso éste se lo comenta al guarda de seguridad de su urbanización, lo que denota una relación extramatrimonial pública y notoria. Estamos, por tanto, ante un marido, persona muy conocida y con importante patrimonio, ausente del ámbito familiar y destinando los fines de semana a sus aficiones artísticas. Es por ello que el dolor, la depresión y secuelas del marido nazcan más bien del conocimiento de la infidelidad y no de la verdadera paternidad.

Estamos ante un supuesto en el que todos pierden, y según parte de la doctrina y que comparto, ante una lesión al honor del exmarido, dado que la situación (cercana al escarnio, pública y en boca de todos, al jactarse la esposa que sus hijos extramatrimoniales se sentirían en el Consejo de Administración de la empresa) evidencia una lesión al derecho a no ser escarnecido o humillado ante los demás. Si bien, la Audiencia lo niega (*vid.* DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2017, p. 51).

cada uno de ellos, siendo así que cada pareja puede adaptar su modelo de convivencia a la institución más acorde a sus necesidades, deseos e inquietudes. En este sentido quién contrae matrimonio adquiere la legítima expectativa a que su cónyuge lleve a efectos los compromisos que adquirió al prestar su consentimiento y debe tener derecho a obtener una indemnización si el incumplimiento cualificado de aquéllos le han causado un daño. Ello debería legitimar las acciones indemnizatorias que entable cualquiera de los cónyuges por la infidelidad del otro si acredita que con ello le ha causado un daño moral o económico apreciable, fuera del padecimiento psicológico ordinario que sigue a cualquier ruptura de pareja. Y ello, aunque tal posición pudiera generar una inflación de pleitos en tal sentido, que consideramos que no es argumento de peso mientras esté vigente el artículo 1902 CC».

Tras todo lo expuesto estimo que es cierto que la respuesta a la indemnización derivada del incumplimiento del deber de fidelidad como principio general se pone en entredicho tras la Ley de 2005, por las razones puestas de manifiesto anteriormente. Si bien, a mi parecer, ante ciertos supuestos, pudiéramos calificar de excepcionales, la obligación indemnizatoria no está vedada totalmente. Esta posibilidad la baso en considerar armónicamente el sistema jurídico como plexo normativo aunque no exento de complejidad, en el que cada conjunto jurídico del Derecho privado (el derecho de familia y el derecho de daños en el caso en estudio) se guía por finalidades o principios teleológicos diferentes. Es por ello que dotar de sentido y relevancia a la institución del matrimonio y su garantía institucional, recogida y consagrada en el artículo 32 CE, significa dotar de relevancia a la base de la misma. Esto es, al propio consentimiento libre de la persona contrayente para vincularse en un proyecto común de vida basado en el derecho natural⁷⁶,

⁷⁶ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 1996, pp. 105-106, quién recoge la idea, acertada en mi opinión, de que quizás exista una visión desenfocada del «libre desarrollo de la personalidad», no siendo el matrimonio un institución exclusivamente dirigida a la satisfacción de los intereses puramente individuales y subjetivos de sus miembros; cuando además el interés individual y el interés familiar no necesariamente han de contraponerse ya que la tutela de los intereses de cada uno de los miembros implica como regla general el bien de la familia en su conjunto.

Y desde el campo de la antropología y la filosofía, de MELENDO GRANADOS, *Revista sobre Metafísica, conocimiento y vida. Metafísica y persona*, núm. 6, 2011, p. 11: «No existe familia sin persona, pero tampoco persona sin familia. El origen radical de la familia se encuentra en el exceso de ser propio de toda persona; el de la familia humana. Y, precisamente, en cuanto humana queda reforzado por el carácter indigente de todo varón y mujer, que necesita de otros para alcanzar su plenitud personal. En toda familia se establecen relaciones estrictamente personales, es decir, presididas por el amor recíproco incondicional o, si se prefiere, incondicionable». Por lo que el concepto de la defensa del derecho de autonomía del individuo que se aboga como prioritario no está reñido con el derecho al bien de la familia, antes bien son complementarios.

y libremente adoptar unos deberes recíprocos matrimoniales. Si posteriormente por la sola voluntad de un cónyuge (sin implicar imputación subjetiva ni análisis causal) el legislador permite la ruptura del vínculo conyugal⁷⁷, esto no implica que en el incumplimiento de los deberes conyugales dejen de estar imbricados y afectados otros intereses y valores jurídicos, cuya defensa es legítima, tales como el respeto a la vida familiar y la dignidad protegidos ex artículo 10 CE⁷⁸. No se puede obviar, por otra parte, tal y como recoge la Exposición de Motivos de nuestra reforma del Título Preliminar del Código civil por reforma de 1974, que los principios éticos forman e imbuyen a la norma jurídica. De tal modo que, el incumplimiento de estos deberes puede dar lugar en algunos casos (considerando los factores de gravedad, reiteración y consecuencias que deriven de ésta), a un daño antijurídico si se prueban los extremos que se anudan a la responsabilidad civil, pudiéndose por tanto desvincular el daño moral del reproche a la infidelidad. Estamos en estos supuestos en la producción de una lesión a otro bien jurídico digno de protección como es el «derecho al respeto a la vida familiar» protegido por el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos; tal y como lo fundamenta y defiende cierta doctrina angloamericana reciente, según hemos visto en el epígrafe 2.

En definitiva, sería acorde a nuestro ordenamiento jurídico una indemnización derivada del incumplimiento del deber de fidelidad

⁷⁷ Basándose en el uso del concepto del «libre desarrollo de la personalidad», y en la reforma del Derecho de familia que establece un nuevo modelo cuya clave es el «derecho a no seguir casado», teniendo como base la igualdad, la trascendencia de la autonomía de la voluntad del sujeto familiar y el libre desarrollo de la personalidad. Por ello, la Exposición de Motivos de la Ley de reforma del 2005 establece que los deberes conyugales 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. Es curioso cómo, no obstante, desaparece la culpa como causa del divorcio y separación, pero continúan los deberes conyugales.

A este respecto, y desde otras consideraciones ajenas a lo jurídico, considero que esta reforma también se basa en la difusión de los elementos de la mentalidad pro-divorcio, como fenómeno no casual que se produce en toda Europa. Asimismo, no se debe olvidar el concepto de «sana laicidad» que implica que las realidades terrenas ciertamente gocen de una autonomía, pero no del orden moral (*Benedicto XVI, Discurso en el 56.º Congreso nacional organizado por la Unión de Juristas Católicos Italianos el 9 de diciembre de 2006*).

⁷⁸ Vid. ROMERO COLOMA, *Revista Jurídica la Ley*, 2011, pp. 1432-1433, quien nos explica que el deber de fidelidad se conecta íntimamente con el deber de respeto y, por tanto, su transgresión es el corolario de la falta de respeto de un cónyuge a otro y una lesión a su dignidad. Es por ello que sería posible invocar plenamente el artículo 10.1 CE, así como los derechos fundamentales personales, pues es en el ámbito de las relaciones familiares donde encuentran su escenario más apropiado, que es paradigma del creciente proceso de constitucionalización del derecho privado. En definitiva, el artículo 10 es el núcleo orientador, de carácter jurídico, al que deben ir enfocadas todas las situaciones que puedan presentarse a lo largo de la existencia de la persona, en cuanto fundamento de la paz social.

sin connotaciones sancionadoras, dado que es «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»⁷⁹. Por otra parte, es necesario a mi parecer el requisito de la «gravedad» de los incumplimientos conyugales, siendo razonable sostener la exigencia de dicha gravedad derivada de que la infidelidad vaya acompañada de otras circunstancias como el abandono el hogar, su repercusión pública, su reiteración, o llegar a la bigamia⁸⁰; o, en definitiva, cuando muestran un grave desprecio por el bienestar del otro. Y esto en orden a la necesaria adaptación de las normas jurídicas de la responsabilidad civil al ámbito propio del Derecho de familia, debiendo analizar las circunstancias de cada caso en concreto.

Una vez acometido el estudio del supuesto de indemnización por vulneración del deber conyugal de fidelidad, se pasa al estudio de la viabilidad de accionar la responsabilidad civil en la ocultación de la paternidad derivada de la infidelidad al estar afectados otros derechos ajenos al matrimonio, como supuesto autónomo del estudiado anteriormente, por las razones que se alegarán en el siguiente epígrafe y a pesar de su negativa por el TS en sentencia de 13 de noviembre de 2018. Y en dicho epígrafe se pondrá de manifiesto la tarea de coherar las normas de la responsabilidad civil con las del ámbito propio del derecho de familia.

⁷⁹ PÉREZ GALLEGO, *Revista de Derecho civil*, 2015, p. 172.

⁸⁰ En cierto sentido en contra de dicha gravedad, DE VERDA Y BEAMONTE/CHAPARRO MATAMOROS, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2012, p. 158: «(...) a nuestro entender, el hecho de que uno de los cónyuges mantenga una relación sexual con un tercero es, en sí mismo, un incumplimiento grave de la obligación de fidelidad, que puede dar lugar a un daño moral resarcible en quien ve truncada la confianza en que su consorte respetaría el compromiso jurídico de exclusividad sexual, libremente asumida al casarse». Y citan al derecho francés según el cual el adulterio constituye, en sí mismo, una falta cuya gravedad debe ser presumida, sin que sea necesario que sea reiterada. Así, por ejemplo, la Corte de Toulouse, 1.ª Ch. Sec.02, 30 octubre de 2007, núm. 07/00316 condenó al marido a pagar a la mujer veinticinco mil euros, por haber mantenido varios años una relación extraconyugal, a pesar de que nunca se había mostrado en público con su amante». En sentido parecido citan las Sentencia de la Corte de Apelación de Versalles de 6 de enero de 2011 que condenó al marido, que tras diecinueve años de matrimonio había abandonado el hogar conyugal para convivir con una tercera persona (de la que había tenido un hijo), a pagar a su mujer cinco mil euros; de la Corte de Apelación de Orleans de 26 de octubre de 2010 que condenó a la mujer infiel, que había abandonado al marido, dejándolo al cuidado de dos hijos comunes y uno de ellos con graves deficiencias, al pago de dos mil euros. Así como la Sentencia de la Corte de Casación de París de 21 de octubre de 2010 que condenó al marido a pagar dos mil euros a su mujer por el daño moral que ésta había sufrido, al haberse instalado aquél con su amante en un apartamento próximo al domicilio conyugal. Y la sentencia de la Corte de casación de París de 2 de febrero de 2010 que condenó al marido a pagar tres mil euros a su mujer, a la que había engañado manteniendo una relación extraconyugal desde el primer año del matrimonio, la cual se prolongaría durante todo el tiempo de duración de la vida en común.

5. RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL DAÑO MORAL POR «OCULTACIÓN DE LA PATERNIDAD»

5.1 EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL. ACERCA DE LOS ARGUMENTOS JURISPRUDENCIALES DEL TRIBUNAL SUPREMO EN CONTRA DE LA OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA. CONTRAARGUMENTOS, EN ESPECIAL AL DE «AUTONOMÍA DEL DERECHO DE FAMILIA», CON REFERENCIA A LA EXPERIENCIA FRANCESA⁸¹

Llegado este punto es cierto que un sector significativo de la doctrina niega la responsabilidad civil por incumplimiento del deber conyugal de fidelidad, admitiéndola, sin embargo, cuando dicho incumplimiento conlleve la ocultación grave de la paternidad⁸². Pero no hay que obviar que no hay unanimidad doctrinal en este punto al alzarse voces doctrinales que sostienen que el supuesto de ocultación de la paternidad no sería un daño indemnizable, ni el daño patrimonial ni el moral, en la misma línea que el daño sufrido por la propia infidelidad, pues arguyen que: « (...) *el daño al que aluden los Tribunales, generado por la constatación de no ser padre biológico del hijo, descansa en un significado de la paternidad que tiene en cuenta únicamente los vínculos biológicos, mientras que la actual concepción de las relaciones paterno-filiales se basa principalmente en la construcción de lazos afectivos y en la importancia del consentimiento a la hora de criar y educar al menor como hijo o hija propios, idea que se refuerza en el instituto jurídico de la adopción o con las actuales posibilidades de procreación a través de las técnicas de fecundación asistida (...). La decepción sufrida por el descubrimiento de un distinto origen biológico del menor no tienen necesariamente que incidir en la relación afectiva instaurada entre el que creía ser su padre, y el hijo*»⁸³. Más allá, hay doctrina que sostiene que en aras de la seguridad

⁸¹ En el tema de los daños patrimoniales se indagará en el siguiente epígrafe (vid. 6.2).

⁸² Por todos vid. GARCÍA AMADO, 2017, p. 106, y otros autores que se han citado anteriormente, como GONZÁLEZ BEILFUSS/NAVARRO, MICHEL, *Revista Jurídica de Cataluña*, 2010, p. 81; MARÍN GARCÍA/LÓPEZ RODRÍGUEZ, *InDret*, 2/2020, p. 16; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2017, p. 63; YZQUIERDO TOLSADA, 2018, pp. 411-423, en especial p. 415; y CUADRADO IGLESIAS, 2015, p. 3 y ss.

⁸³ Vid. LÓPEZ DE LA CRUZ, *InDret*, 4/2020, p. 29; UREÑA MARTÍNEZ, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 110, 2019, pp. 223-238; y MARTÍN-CASALS, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 110, 2019, pp. 239-282. Disponible en BIB 2019/5949.

jurídica solo sería indemnizable el daño patrimonial pero no el daño moral⁸⁴.

Ahora bien, el sector que admite dicha obligación indemnizatoria en el supuesto de ocultación de la paternidad, y ante la falta en nuestro ordenamiento jurídico de normativa que regule esta cuestión ha utilizado diferentes títulos de legitimación para la concesión de la reparación, en concreto, la institución jurídica de la *responsabilidad civil extracontractual* ex artículo 1902 CC, sobre todo y de modo pacífico en orden a indemnizar el *daño moral* por ocultación de la verdadera paternidad biológica. Esta acción se ejercita por el exmarido frente a su exmujer y, en algún caso, también contra el tercero, padre biológico. En este caso si, en connivencia con la madre, el tercero era consciente de la situación y desearon ambos tener descendencia; bien con ánimo de perjudicar directamente al marido, o por deseo de la madre de quedarse embarazada ante la imposibilidad de lograrlo con su marido, siendo el tercero consciente de la relación extramatrimonial de la esposa⁸⁵.

El que no estemos ante una cuestión pacífica se desprende, por otra parte, de la tesis negacionista de nuestro Tribunal Supremo en las SSTs de 30 de julio de 1999 (RJ 1999, 5726) y de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5158). Siendo cierto que, tal y como se ha afirmado anteriormente, la Sentencia del Pleno de 2018 causa jurisprudencia, a mi parecer, si no se hubiera constituido de tal modo, no la sentaría, dado que la STS de 30 de julio de 1999 argumenta sobre la base del motivo del recurso de casación de estar ante una responsabilidad contractual dada la naturaleza del matrimonio como contrato (quizás para obviar el corto plazo de prescripción de la responsabilidad extracontractual), y la de 2018 en la responsabilidad extracontractual.

Asimismo, la falta de jurisprudencia se desprende de que la razón de la negativa de la obligación indemnizatoria por la STS de 22 de julio de 1999 (RJ 1999, 5721) residía en la falta de dolo de la demandada, admitiendo, *a sensu contrario*, la posibilidad teórica de la responsabilidad extracontractual como fuente legitimadora de la obligación indemnizatoria en el supuesto que estudiamos, a diferencia de la sentencia de 2018 que niega dicho fundamento en todo caso. Más allá, es curioso cómo, con presupuestos fácticos seme-

⁸⁴ Vid. FARNÓS AMORÓS, *InDret*, 2/2005, p. 10, quien considera que al no desvincularse totalmente la infidelidad de una cierta concepción social de la misma, en aras del principio de seguridad jurídica, lo más adecuado sería que en los casos en los que la infidelidad vaya seguida de hijos extramatrimoniales y de la ocultación de la verdadera paternidad, los Tribunales, ya sea por vía de la responsabilidad extracontractual, o del enriquecimiento injusto resolvieran únicamente sobre la procedencia de la reclamación de las cantidades pagadas en concepto de alimentos.

⁸⁵ Vid. por todos, MURILLAS ESCUDERO, *REDUR*, 2015, p. 114.

jantes a la de 30 de julio, la STS de 22 de julio de 1999 (RJ 1999, 5721) resolvió con una argumentación distinta, aunque con el mismo resultado de no conceder indemnización al marido que solicitó sendas indemnizaciones por los alimentos abonados al hijo que creía suyo durante quince años y por el daño moral sufrido por haberle ocultado la paternidad. En este caso el Tribunal no niega *strictu sensu* que el daño moral derivado de la vulneración del deber de fidelidad con ocultación de la paternidad pueda ser objeto de indemnización sobre la base de la responsabilidad extracontractual, sino que, en el caso en litigio al no existir dolo por parte de la esposa faltaría el presupuesto del criterio subjetivo de imputación y por tanto no nacería obligación indemnizatoria alguna; y en cuya valoración quizás se tuvo en cuenta (como razones *dérrière de la tête* de la que hablan los franceses) que el marido demandante también vulneró previamente el deber de fidelidad. Y al resolver conjuntamente el daño patrimonial y moral, aquél sigue la misma suerte que éste. Y en sentido parecido a la STS de 22 de julio de 1999, la de 24 de abril de 2015 (RJ 2015, 1015), a pesar de que consideró prescrita la acción, afirmó que la fuente legitimadora del daño derivado de la ocultación de la paternidad sería la responsabilidad extracontractual. Sin poder sacar conclusiones del resto de sentencias de nuestro Alto Tribunal, dado que las SSTS de 14 de julio de 2010 (RJ 2010, 5152) y de 18 de junio de 2012 (RJ 2012, 6849), aun tratándose de casos de responsabilidad civil por ocultación de la paternidad, no entran a conocer del fondo del asunto, sino que entienden meramente que en ambos supuestos la acción ha prescrito (tema en el que se indagará posteriormente).

En definitiva, de la trayectoria expuesta no se puede extraer con certeza que este tema esté consensuado, admitiendo nuestro Alto Tribunal que: *«constituye, sin duda, una de las cuestiones, no solo de mayor complejidad, sino de mayor actualidad del derecho de familia, tanto en el ámbito de la doctrina científica, como en el de las Audiencias Provinciales y en el derecho comparado, con posiciones contrarias sobre la aplicación de la normativa propia de la responsabilidad civil extracontractual a las relaciones de familia, algo que hasta hace no mucho tiempo ha sido ajeno al derecho de daños, posiblemente para preservar estas relaciones y porque no era fácil, como ocurre con los alimentos, encajarla en nuestro sistema (FD.4.º de la STS de 13 de noviembre de 2018)»*.

Al hilo de los fundamentos jurídicos esgrimidos por nuestro Tribunal Supremo para la negación de dicha obligación indemnizatoria (derivada tanto de la responsabilidad contractual ex arts. 68 y 1101 del CC, como de la extracontractual ex art. 1902 del CC),

aún reconocimiento la posibilidad de que la ocultación de la paternidad pueda causar un daño moral, destacamos las siguientes:

i) En primer lugar, la llamada «*autonomía del Derecho de familia*» que tiene como consecuencia que la ocultación y pérdida de un hijo que consideraba suyo el esposo tiene las respuestas jurídicas suficientes en dicho sector, como es la separación y el divorcio de los cónyuges, así como las restantes consecuencias jurídicas derivadas de la separación y el divorcio, y en la acción de impugnación de la filiación (razones citadas por la SSTS de 30 de julio de 1999 y de 13 de noviembre de 2018).

En realidad, como he apuntado anteriormente, es cierto que se pueda afirmar que el silencio de la normativa jurídica que regula en nuestro Código civil las relaciones familiares obedece a una decisión de política jurídica. Pero esta presunción interpretativa se desvanece, en mi opinión, por el hecho de que el legislador podría haber prohibido dicha normativa si estuviera tan preocupado por limitar al máximo la intromisión estatal en asuntos familiares. El ordenamiento jurídico es unitario y conexo, debiendo interpretar las normas según los criterios consagrados en el artículo 3.1 CC, y por otra parte debiendo ponderarse la equidad en la aplicación de las normas ex art. 3.2; pues hemos de ser conscientes de la virtualidad y utilidad del Título preliminar de nuestro Código civil en la aplicación de la justicia. Más en concreto, es sabido que una primera aplicación de la equidad, aunque la ley no efectúe una remisión expresa a ésta, es la que, implícitamente, se impone, tanto en los casos de normas jurídicas que utilizan conceptos jurídicos de necesaria generalización o abstracción y que tienen estrecha vinculación con los valores fundamentales de seguridad y justicia; como en los supuestos de normas jurídicas abiertas o flexibles (como es la de la responsabilidad civil), sin olvidar los casos de lagunas legales. De tal modo que en estos casos podemos subsumir la problemática en estudio, siendo campo abonado para la aplicación de la equidad y que el derecho de daños pueda dar una respuesta en coordinación con el derecho de familia, llegando a una solución justa. Dado que la valoración de la equidad no debe ser hecha de acuerdo con el sentido particular de justicia del juzgador, sino teniendo en cuenta los valores objetivos predominantes en el Ordenamiento jurídico; esto es, la nota de discrecionalidad, dentro de la cual funciona la equidad, debe estar inspirada en la noción de justicia que deriva de los principios generales del Ordenamiento⁸⁶.

⁸⁶ BREBBIA, 1997, pp. 45-54; en especial, pp. 47-48 y 54, quien afirma: «*esa meta final del Derecho que es la justicia, penetra e impregna toda su estructura, e impone a la equidad como factor moderador de todo el sistema, para obtener su concreción en el caso*

Entiendo por ello que, en los casos de daños en las relaciones familiares, y en concreto por ocultación de la paternidad los Tribunales tienen el deber de resolver acordes con la normativa de la responsabilidad civil que es la institución jurídica destinada a la indemnización del daño por vulneración de cualquier interés legítimo, y en equidad lo que les llevará a negar o admitir la indemnización. Y faltan a dicho mandato si de modo taxativo y absoluto se resuelve que todo supuesto de ocultación de la paternidad, al margen que suponga una vulneración a un derecho fundamental o llegara a constituir delito, no tendría derecho a ser indemnizado. Es por ello que ordenamientos jurídicos de nuestro entorno europeo han admitido la complementariedad de las normas de derecho de familia con las de la responsabilidad civil, sin entrar en el debate, por no ser adecuado, de estar sancionando; máximo cuando se constituye dicha institución jurídica sobre la base de una cláusula general que no establece las características típicas del daño resarcible.

A mayor abundamiento, la experiencia francesa nos muestra que la defensa de la autonomía del derecho de familia no obsta para una complementariedad de acciones. En concreto, en el modelo francés se debatió la eliminación del deber de fidelidad consagrado en el artículo 212 del *Code civil*⁸⁷, con motivo de la reforma del Código civil acerca del matrimonio por personas del mismo sexo que finalmente se adoptó en abril del 2013. Es significativo que dicho precepto finalmente no sufriera reforma alguna, y que la doctrina francesa afirme que la sexualidad constituye un deber matrimonial dotado de una doble dimensión positiva y negativa, y que dicho incumplimiento es causa de divorcio culpable del que se derivaría la indemnización de daños y perjuicios.

Es cierto, por tanto, que el derecho francés, a diferencia del español, ha positivizado dicha indemnización para el infractor por las consecuencias de particular gravedad producidas por el divorcio ex artículo 266 *Code civil*⁸⁸. Si bien, lo que pretendo poner de

particular; sin la cual, las normas positivas constituirían sólo meras aspiraciones y no, concreciones del valor de justicia en el plexo del mundo del ser». Y LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA/LUNA SERRANO, 1988, p. 208, quienes nos recuerdan que en el Derecho positivo la equidad entra a cumplir una función específica y propia en cuanto integra necesariamente el proceso seguido por el intérprete cuando aplica la ley a un caso particular. La equidad es un criterio en la interpretación y aplicación de la norma en busca de la máxima justicia individual, tomando en consideración más que los elementos formales, el sentido humano que ha de tener el Derecho positivo, y más que los esquemas generales de la norma jurídica, la adecuación y adaptación de ésta a las circunstancias del caso.

⁸⁷ Artículo 212 *Code civil*: «*Les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance*».

⁸⁸ Ref. CA, Aix-en Provence, de 3 de mayo de 2011, núm. 2011/292, RG, núm. 09/05752, en BORRILLO/FLORES RODRÍGUEZ, *Actualidad civil*, núm. 4, 2013. Disponible en <http://hal.archives.ouvertes.fr/hal-01235222>, p. 21.

manifiesto es la admisión jurisprudencial en la demanda de la indemnización de daños y perjuicios diferentes a los producidos por la disolución del vínculo e incumplimiento de los deberes conyugales sobre la base del actual artículo 1240 *Code civil* (del mismo contenido que el antiguo 1382 *Code civil*), el cual tiene como parangón nuestro artículo 1902 CC. Es decir, se está evidenciando la compatibilidad de ambos preceptos, uno del ámbito del derecho de familia y otro del derecho de daños.

En este sentido es revelador el razonamiento expuesto durante la tramitación parlamentaria de la reforma del art. 266 por Código civil francés por Loi n.º 2004-439 du 26 mai 2004-art. 17 JORF 27 mai 2004, en vigor el 1 de enero de 2005 que afirma que: «El párrafo III da una nueva redacción al art. 266 Código civil francés a fin de prever la indemnización al cónyuge que no ha accionado el divorcio, cuando la disolución del matrimonio podría tener consecuencias de una excepcional gravedad. Dicho precepto permite hoy en día obligar al cónyuge, con culpa exclusiva del divorcio, a indemnizar daños y perjuicios en orden a reparar el daño patrimonial o moral (*en réparation du préjudice matériel ou moral*) que la disolución del matrimonio hubiera provocado a su excónyuge. Esta demanda no puede ser presentada más que en el momento de accionar el divorcio, no siendo posible cuando la decisión del divorcio deviene definitiva; pudiéndose presentar, no obstante, en causa de apelación. Las reglas de derecho común se aplican, de tal modo que compete al demandante aportar la prueba de la culpa, del daño y de la relación de causalidad entre ambos; pudiendo ser la forma de la reparación, tanto una suma alzada de capital, como de una renta, y son fijados, en razón de su misma naturaleza, con independencia de los recursos de los esposos. *Paralelamente, la Corte de casación ha admitido siempre que la existencia de dichas disposiciones no impiden la aplicación, en materia de divorcio, de los artículos 1382 y siguientes del Código civil relativos a la responsabilidad civil, a condición de que el perjuicio invocado no derive de la mera disolución del matrimonio. Y de igual modo, la Asamblea nacional ha previsto expresamente los daños e intereses que pudieran ser fijados por el juez competente para el divorcio sobre la base del artículo 1382 del Code civil (art.8bis, art.259-5 Code civil).* El artículo presente es un sustituto, bajo la forma de daños e

Vid. artículo 166 *Code civil*: «*Sans préjudice de l'application de l'article 270, des dommages et intérêts peuvent être accordés à un époux en réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait de la dissolution du mariage soit lorsqu'il était défendeur à un divorce prononcé pour altération définitive du lien conjugal et qu'il n'avait lui-même formé aucune demande en divorce, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de son conjoint. Cette demande ne peut être formée qu'à l'occasion de l'action en divorce*».

intereses, de la *clause d'exceptionnelle dureté* prevista actualmente en el artículo 240 del *Code civil* que permite al juez rechazar la demanda de divorcio si éste pudiera tener para el otro cónyuge o para los hijos consecuencias materiales o morales de una excepcional dureza o gravedad (...). Teniendo en cuenta el mantenimiento del divorcio por culpa, se propone por el contrario conservar la redacción actual del artículo 266 previendo la posibilidad de condenar a indemnizar daños y perjuicios al cónyuge por cuya culpa exclusiva se ha pronunciado el divorcio (...)⁸⁹.

En este orden de cosas, se puede concluir que en el derecho español no tiene parangón el precepto francés que prevé la indemnización de daños y perjuicios en supuestos de disolución del vínculo y por los daños derivados de dicha disolución. Pero, dado que la especificidad y autonomía del derecho de familia se predica tanto en el derecho francés como en el español, la experiencia francesa refleja que la autonomía del derecho de familia no es óbice para plantear la compatibilidad de los preceptos propios de este ámbito con las normas generales de la responsabilidad civil, y que los daños no cubiertos (de cierta gravedad) por los preceptos de derecho de familia pudieran tener encaje en los de la institución jurídica de la responsabilidad civil. De tal modo que el argumento de la autonomía del derecho de familia que para negar la indemnización por ocultación de la paternidad ha utilizado el Tribunal Supremo se podría poner en tela de juicio.

ii) En segundo lugar, las razones de orden práctico se insinúan en las sentencias anteriores al razonar que: «*estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial conllevaría indemnización produciría consecuencias nada favorables para la preservación de las relaciones conyugales (familiares)*⁹⁰. En términos de la STS de 13 de noviembre de 2018: «*el daño derivado*

⁸⁹ Acerca de la modificación del art. 266 del Código civil francés por Loi n.º 2004-439 du 26 mai 2004-art. 17 JORF 27 mai 2004, en vigor el 1 de enero de 2005, *vid.* SÉNAT. UN SITE AU SERVICE DES CITOYENS (n.d), «Proposition de loi portant réforme du divorce. Rapport n.º 252 (2001-2002) de M. Patrice Gélard, fait au nom de la commission des lois, déposé le 20 février 2002» en <https://www.senat.fr/rap/101-252/101-25227.html>. (fecha de consulta: 20 de octubre de 2020). Traducción propia.

Es significativo, por otra parte, que el derecho francés haya estimado más justo que sea el derecho de daños el que dé una respuesta a un problema de ámbito familiar que el derecho de familia (la prohibición del divorcio cuando las consecuencias materiales o morales para los hijos son de excepcional gravedad).

⁹⁰ En la STS de 13 de noviembre de 2018 (JUR 2018/313404) se afirma que: «*la responsabilidad civil en el ámbito familiar constituye sin duda una de las cuestiones, no solo de mayor complejidad, sino de mayor actualidad del derecho de familia, tanto en el ámbito de la doctrina científica, como de las Audiencias Provinciales y en el derecho comparado, con posiciones contrarias sobre la aplicación de la normativa propia de la responsabilidad civil extracontractual a las relaciones de familia, algo que hasta hace no mucho tiempo ha sido ajeno al derecho de daños, posiblemente para preservar estas relaciones y porque no era fácil, como ocurre con los alimentos, encajar en nuestro sistema*».

de la ocultación de la paternidad no puede ser indemnizable mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil contractual o extracontractual, a partir de un juicio de moralidad indudablemente complejo y de consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar», argumento presente también en la STS de 30 de julio 2009. De modo muy acertado aduce Yzquierdo Tolsada que dicho argumento podía tener cierta justificación por el contexto en el que se dictó la STS de 1999 en la que aún no se había producido la reforma de 2005 que implicó una descausalización de la ruptura del vínculo matrimonial. Pues sería como admitir que el matrimonio fuera una exigente para dicha indemnización, como arguyó el ATC de 4 de junio de 2001 que inadmitió el recurso de amparo contra la STS de 30 de julio de 1999 con la paupérrima argumentación de ser el matrimonio una exigente que obligue a la esposa a indemnizar al recurrente pues los hijos eran fruto de una infidelidad; de modo que, de no mediar matrimonio, obligaría a aquélla a indemnizar al recurrente⁹¹.

iii) En tercer lugar, el que «la vulneración del deber de fidelidad y la ocultación de la paternidad no sean daños autónomos». El Alto Tribunal en la STS de 13 de noviembre de 2018, como se ha apuntado en líneas anteriores, afirmó escuetamente que «lo que lleva a la ocultación es el incumplimiento del deber de fidelidad» para justificar la aplicación a la ocultación de las mismas razones expuestas en la STS de 30 de julio de 1999 para negar la indemnización por vulneración del deber de fidelidad. Un argumento poco preciso y que falta a la fundamentación jurídica. A todas luces, estamos ante un daño diferente y resarcible pues: «haber vivido engañado durante años en la creencia de ser padre es algo independiente respecto del interés del mantenimiento del matrimonio y del respeto a sus reglas, de tal modo que es discutible que los daños se puedan dejar al margen de la responsabilidad extracontractual (...)»⁹². Asimismo, la ocultación de la paternidad no es una consecuencia automática y en todo caso natural del incumplimiento del deber de fidelidad, resultando que no habrá resarcimiento si de las relaciones extramatrimoniales no ha habido gene-

⁹¹ YZQUIERDO TOLSADA, 2018, p. 415.

⁹² FARNÓS AMORÓS, *InDret*, 2/2005, p. 8; y en el mismo sentido RODRÍGUEZ GUITIÁN, *La Ley-Derecho de familia*, 2015, p. 14 que arguye que es cierto que en las hipótesis en que el daño provenga de la infidelidad de los esposos y el demandante sea el exmarido o el marido es más complicado vislumbrar tal independencia entre ambos tipos de daños; pero hay otras hipótesis en las que se constata más claramente la autonomía, como por ejemplo cuando el daño se produce en parejas de hecho al no poder hablar de deber de fidelidad; y el propio hijo podría demandar también a la madre si el comportamiento dañoso de ésta vulnera el derecho de toda persona a conocer sus orígenes y la integridad física y moral. Y en contra de la autonomía, MARTÍN-CASALS/RIBOT IGUALADA, *ADC*, 2011, p. 558.

ración, ni si son relaciones con personas del mismo sexo, con independencia de que sean esporádicas o estables; o incluso, tampoco habría compensación si se informa al esposo de que el hijo legalmente matrimonial puede no serlo según interpretación de la jurisprudencia menor. En todo caso, la disociación entre ambos se basa en que la decisión de compensar o no dicho daño implicaría un juicio de valor pues el que el incumplimiento del deber de fidelidad no conlleve consecuencia indemnizatoria alguna no implica legitimar la ocultación de paternidad con daño, como refleja la experiencia angloamericana.

iv) Por último, y en relación con lo ya expuesto, la razón que se expone es que «*la indemnización por ocultación de paternidad tiene su origen en el incumplimiento de uno de los deberes del matrimoniales, los cuales son deberes meramente morales*». Considero desatinado y erróneo el razonamiento dado que olvida que estamos ante un daño moral que puede afectar a una persona no casada, respecto de la cual, obviamente, no hay obligación de fidelidad, ni juega la presunción de paternidad derivada del hecho de estar casado con la madre, pues no lo está; sin embargo ésta, mediante afirmaciones falsas, puede inducirle a pensar que el hijo no es suyo y, como consecuencia de ello, reconocerlo: si después llega a saber que, en realidad, no lo es, puede sufrir un daño moral semejante (aunque no idéntico) al que el TS se niega a reparar»⁹³.

En este sentido, es significativo que precisamente por dicho argumento, y a *sensu contrario*, la reciente SAP de Madrid de 24 de mayo de 2019 (JUR 2019/214532)⁹⁴ defiende como no aplicable la doctrina del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018,

⁹³ DE VERDA Y BEAMONTE, *Diario la Ley*, núm. 9318, 2018. Disponible en *La Ley* 14894/2018, p. 4.

⁹⁴ Esta sentencia se retoma más adelante cuando se trate el criterio subjetivo de imputación (5.2.1.2).

Los hechos en los que se basa la sentencia son los siguientes: el actor y la Sra. Delfina mantuvieron una relación de noviazgo desde 2003 hasta 2007, año en la que ingresa el actor en el Seminario de León. Doña Delfina había mantenido en ese tiempo un noviazgo, con proyecto de boda, con un piloto de la compañía aérea en la que ella trabajaba; si bien tras contactar Delfina con él y manifestarle que ya no se iba a casar y que le esperaba hasta que saliera del Seminario, en marzo de 2009, él lo abandonó y comenzaron nuevamente a salir. El último fin de semana de octubre de 2009 tras tomar unas copas, tuvieron una relación sexual no completa, siendo la única relación sexual mantenida en todo el noviazgo, y en el puente de diciembre Delfina le dijo que estaba embarazada de él, siendo el motivo por el que contrajeron matrimonio el 6 de marzo de 2010, naciendo la menor el 2 de agosto del mismo año. El actor, después de casarse, empezó a sospechar de infidelidad puesto que su esposa recibía llamadas y mensajes de un compañero de trabajo, si bien ella lo negaba. Hasta que, en 2013, tras una discusión, ella le manifestó que iba a presentar demanda de divorcio y que se iba a vivir con el codemandado, por ser el padre biológico de la niña. Ante estas afirmaciones el actor decidió hacerse una prueba de investigación biológica, dando como resultado que la paternidad de él respecto de la menor quedaba excluida; habiéndose probado que los demandados lo conocían desde 2011, puesto que el Sr. Luis Pablo se había realizado otra prueba de paternidad en esa fecha. Ante estos hechos, D. José

y el derecho a recibir indemnización por el daño moral derivado de ocultación dolosa de paternidad: « (...) puesto que la ocultación de las dudas sobre la paternidad biológica o del conocimiento de que la menor no era hija de D. José Ángel, no se puede incardinar en el incumplimiento de los deberes impuestos a los cónyuges en el Código Civil, ni, concretamente a las consecuencias de la infracción del deber de fidelidad que el artículo 68 CC impone a los casados. *Pues la relación mantenida entre Doña Delfina y D. Luis Pablo por la que se concibió a la niña fue anterior al matrimonio de Doña Delfina y D. José Ángel, y simplemente eran novios y para las relaciones de noviazgo no existe regulación legal alguna. Pues es responsable del daño causado si uno de los miembros de la pareja realiza una conducta* (en el presente caso ocultar las dudas sobre la paternidad) *que causa un daño* (frustración y dolor por la pérdida de la relación paternal considerada existente y del proyecto de vida en común con la menor) *y que está causalmente relacionado* (pues si Doña Delfina hubiera comunicado que había mantenido relaciones sexuales simultáneas en el tiempo también con D. Luis Pablo el hecho de haber asumido como propia la paternidad no se habría producido) *y este actuar debe calificarse de culposo (...)*».

En cualquier caso, y sobre la base de mi opinión favorable a la posible indemnización del daño moral por ocultación de la paternidad, se pasa a analizar en este apartado la aplicación de la institución de la responsabilidad civil en orden a reparar el daño moral, para dejar el análisis del daño patrimonial para el siguiente epígrafe (6); tal y como se refrenda por las SSAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004 (AC 2004/1994), de León de 2 de enero de 2007 (JUR 2007/59972) y de 30 de enero de 2009 (JUR 2009/192431), y de Barcelona de 17 de enero de 2007 (JUR 2007/323682). Y más recientemente la SAP de Gerona de 19 de abril de 2018 (JUR 2018/114596) al no estar ante un juicio sobre la moralidad del cónyuge, sino ante un juicio jurídico.

Por último, es cierto que además del padre a quién se le ha ocultado la paternidad, el menor sufre igualmente un daño que pudiera ser indemnizable; estando ante un tema con cierto olvido doctrinal y que, por no ser objeto del trabajo, solamente lo dejamos apuntado⁹⁵.

Ángel interpone demanda de indemnización de daños y perjuicios morales y patrimoniales por error doloso en su paternidad frente a su esposa y al progenitor biológico.

⁹⁵ Este tema lo apuntó, de modo pionero, ROMERO COLOMA, *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 4/2008, D-255, p. 1880; y se ha desarrollado de modo muy acertado en diversos estudios por RODRÍGUEZ GUTIÁN, citando por todos, 2017, pp. 956-958.

5.2 EL DAÑO MORAL EN LA OCULTACIÓN DE LA PATER- NIDAD: ANÁLISIS DE LOS PRESUPUESTOS ARTÍCULO 1902 CC

Es doctrina común afirmar que los presupuestos de la responsabilidad civil que se anudan a la obligación indemnizatoria ex artículo 1902 CC son una acción u omisión antijurídica; el daño, como elemento esencial sin el cual no existe la responsabilidad civil; un criterio de imputación subjetivo, como pauta de justicia que justifique la imputación del daño al causante; y una relación de causalidad entre dicho acción u omisión y el daño basada en una imputación objetiva. Aunque es sabido que la imputación objetiva habría de analizarse de modo previo a la imputación subjetiva al evitar analizar ésta en supuestos en los que el daño se ha producido por varias causas. De tal modo que dichos presupuestos son los que tienen que concurrir en la ocultación de la paternidad para que nazca la obligación indemnizatoria. Estos serán objeto de análisis en orden, en su caso, a su necesaria adecuación al ámbito del derecho de familia en el que se aplica, cuyos principios son la conyugalidad, la intimidad familiar e individual, y la patria potestad.

5.2.1 Acción u omisión antijurídica. Criterio de imputación subjetivo

En primer lugar, y respecto a la «acción u omisión antijurídica», en un número relevante de sentencias se ha puesto de manifiesto que ha sido la omisión de la esposa de hacerse en sus días las pruebas y comprobaciones pertinentes las que están en el origen del daño antijurídico sufrido. Y respecto a la antijuridicidad, como concepto que se asume por los que defienden su existencia al ser negado por parte de la doctrina, hay que decir que es un concepto de contenido jurídico y no fáctico, como es el daño. En el sentido de conllevar que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar dicho daño y, por tanto, el agente del daño no tiene derecho a causarlo al no estar amparado el mismo en causa de justificación alguna, como el consentimiento de la víctima, el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho. Pues, claramente, la esposa no cumple ni un deber, ni ejercita, a mi parecer, un derecho legítimo al ocultar la paternidad; tema en el que se profundizará más adelante.

En segundo lugar, y respecto al segundo presupuesto del «criterio subjetivo de imputación» la regla general, según los términos del artículo 1902 CC, es la responsabilidad civil subjetiva, esto es,

que el «*criterio de imputación*» que justifica que se impute dicho daño a una persona es la culpa en sentido amplio. De tal modo que la responsabilidad civil objetiva o sin culpa es de naturaleza excepcional, pudiéndose aplicar por un juez en el solo supuesto que exista una ley en concreto que establezca dicha responsabilidad⁹⁶; la cual se ha defendido, es cierto, por alguna parte de la doctrina, como opción de *lege ferenda*, para ciertos supuestos muy concretos del ámbito familiar orientados a la procreación, por conllevar un riesgo y deber dejar fuera del debate la culpabilidad del miembro de la familia que actúa (como las técnicas de reproducción asistida)⁹⁷.

En consecuencia, la responsabilidad civil por ocultación de la paternidad sería subjetiva o basada en el criterio de la culpa, pero al abarcar el concepto de culpa tanto el dolo como la culpa en sentido estricto o negligencia, los pronunciamientos judiciales están divididos, tal y como se expondrán en los apartados que siguen, y a ello me remito. Pues unas sentencias requieren la existencia de un dolo o culpa agravada para que nazca la responsabilidad civil por ocultación de la paternidad. Mientras que otras solo exigen una negligencia como falta de diligencia media ex artículo 1104 CC, artículo que regula la culpa contractual, que se aplica analógicamente a la responsabilidad extracontractual ante la falta de regulación.

5.2.1.1 CRITERIO DE IMPUTACIÓN SUBJETIVO DEL DOLO Y CULPA GRAVE: RELAJACIÓN DEL ESTÁNDAR DE PRECAUCIÓN EN EL ÁMBITO DOMÉSTICO

Tal y como se expondrá y se argumentará en las líneas que siguen, hay un grupo doctrinal y un sector de la jurisprudencia que exige como criterio de imputación el que la conducta se hubiera realizado por la esposa con dolo, revelado, entre otros indicios, en la larga duración de tiempo en el que se mantuvo la ocultación.

En el ámbito del sistema del *Common Law* angloamericano se predica la relajación en el ámbito doméstico del estándar de precaución razonable, de acuerdo con las pautas de comportamiento, menos cuidadoso, que se presumen en la intimidad. Incluso, en virtud del principio de solidaridad y equidad sería injusto que el per-

⁹⁶ Acerca de la responsabilidad civil objetiva desde la teoría general de la responsabilidad civil, y como análisis de interés, *vid.* ROSSO ELORRIAGA, *Revista de Derecho privado*, 2014, Universidad externado de Colombia, núm. 26, pp. 449-450.

⁹⁷ *Vid.* ref. MOSSET ITURRASPE, *Revista de Derecho de Daños*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni editores, núm. 2, 2002, pp. 11-12, en RODRÍGUEZ GUITIÁN, 2017, np. 205, p. 927.

judicado pueda exigir responsabilidad con el mismo rigor que a un extraño, al haber venido asumiendo cargas asistenciales en su beneficio. De modo que la culpa grave o el dolo es el criterio de imputación subjetivo que exigen para imputar un daño en el ámbito doméstico; no siendo, por tanto, la diligencia exigida la de un buen padre de familia sino una diligencia menor (la que se adopta en sus propios asuntos *quam in suis*)⁹⁸. En esta línea de pensamiento, tal y como se ha recogido al principio el trabajo, la jurisprudencia americana concede la posibilidad de demandar por fraude al no haber informado la esposa al marido que los hijos del matrimonio no eran suyos (*infliction of emotional distress*) siempre que se estuviera ante una conducta indignante (atroz), y no solo insultante u ofensiva aplicando la Sección 46 (1) del *Second Restatement of Torts-1977*. Y respecto al sistema del *civil law* es significativo que de modo excepcional los pronunciamientos del Tribunal Supremo alemán hayan reconocido el derecho a ser indemnizado en el caso de ocultación de la paternidad al sólo supuesto de causación dolosa de daños contra *bonos mores*. Esto es, si el adulterio va acompañado de una intención cualificada de causar daño, como en el caso en que se haya engañado al marido sobre su paternidad al haberle realizado afirmaciones falsas para disipar sus dudas acerca de su paternidad o por existir amenazas o manipulación para evitar que el marido pueda determinar la filiación del hijo o para impedir que pueda impugnarlo; estimando que se tratarían de hechos generadores de responsabilidad extracontractual y que obligaría a reparar el daño causado. Pero según jurisprudencia alemana no habría dolo o comportamiento inmoral si el cónyuge infiel guarda silencio de su conducta, ya que no hay un deber de los esposos de dar a conocer al otro su adulterio⁹⁹. En términos parecidos el actual artículo 1725 del Código civil y comercial argentino ha positivizado el estándar de diligencia extrema en los supuestos en que existe una confianza especial entre las partes como es evidente en las relaciones conyugales, al rezar: «Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes».

Por otra parte, en España se ha sostenido la posibilidad de interpretar la falta de pronunciamientos judiciales sobre accidentes domésticos como manifestación de la existencia de un privilegio que ajustaría los criterios de imputación del daño a las reglas socia-

⁹⁸ Vid. DOBBS, 2000, p. 758.

⁹⁹ RODRÍGUEZ GUTIÁN, 2017, p. 925.

les dominantes y, por esta vía, limitaría la responsabilidad al dolo y a la culpa grave¹⁰⁰. Incluso, pudiera instrumentarse dicho privilegio, bien limitando la imputación de ciertos daños mediante la aplicación del principio del consentimiento del ofendido como causa de justificación que excluye la antijuridicidad, o bien dando virtualidad al principio de asunción de riesgo (si se trata de una relación de convivencia entre personas adultas libremente consentida) como criterio negativo de imputación. Esta corriente hace referencia a los artículos 168 y 1390 CC para justificar que en el ámbito de las relaciones familiares solo se debe responder por dolo o culpa grave¹⁰¹. Y desde el plano jurisprudencial, es de interés que el que sentencias de nuestro Tribunal Supremo citen a los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad civil (*PETL*) en orden a corroborar que el estándar de diligencia exigible en relaciones de confianza conlleve que la causa de justicia para imputar un daño en las relaciones familiares sea el dolo o culpa grave, dado que el artículo 4:102-1 afirma que dicho estándar exigible (a una persona que se halle en las mismas circunstancias) depende, en particular, entre otras circunstancias, «de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas»¹⁰². Considero, igualmen-

¹⁰⁰ FERRER RIBA, *InDret*, 4/2001, p. 12, cuyo artículo, de gran interés, desarrolla con claridad las excepciones que se han venido consolidando a la inmunidad en las relaciones familiares y los argumentos jurídicos en los que se basan.

¹⁰¹ Se pone en entredicho por MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, pp. 160-161, quien explica que en realidad solo el artículo 1390 CC supedita la responsabilidad del infractor (en este caso, la del cónyuge), cuya administración de los bienes gananciales causa daño a la sociedad, a su actuación dolosa, pues el artículo 168 CC hay que ponerlo en relación con el artículo 164 CC de modo que los padres responderán de los daños causados en el patrimonio de los hijos por administrarlo sin haber desplegado una diligencia media, si éste era el grado de diligencia con el que gestionaban su propio patrimonio.

¹⁰² Estos Principios han abandonado el estricto recinto académico y ya han sido objeto de atención por parte de nuestro Tribunal Supremo. Así, empiezan a seguir la estela de los Principios Europeos de Contratos que ya han sido citados en más de diferentes ocasiones, bien por parte de nuestro Tribunal Supremo, bien por otros tribunales españoles, adquiriendo así el carácter de fuente interpretativa (*vid.* MARTÍN-CASALS, 2008, p. 243).

La STS de 17 de julio de 2007 (RJ 2007, 4895), citada por RODRÍGUEZ GUITIÁN, pp. 922-937, es indicador de lo expuesto, al utilizar dicho estándar de diligencia recogido en los *PETL* como criterio que supliría la falta de regulación de la diligencia exigible en la responsabilidad extracontractual en el ámbito del Derecho de familia. En concreto lo utiliza en el FD 7.º cuando arguye que el importante grado de proximidad o especial confianza entre el matrimonio anfitrión agente del daño y la víctima hacen inexigible en aquéllos una diligencia tan extrema que les conduzca a tomar unas medidas de precaución específicas (se trataba de un caso que plantea la responsabilidad civil de un matrimonio por las secuelas y lesiones resultantes que sufre la demandante, amiga de los anfitriones e invitada por los mismos a cenar a su casa, al pisar un juguete con ruedas que se encuentra en el pasillo de la vivienda de los cónyuges demandados, al adentrarse en el pasillo sin encender la luz). Esta autora defiende, en definitiva, las necesarias modificaciones de la normativa general de la responsabilidad civil en su aplicación al ámbito de la familia, entre las cuales estaría exigir un criterio subjetivo de imputación del dolo o la culpa grave, debiendo excluir la responsabilidad en supuestos de meras negligencias, imprudencias o impericias comunes o leves y en aras de ponderar los principios esenciales del Derecho de Familia, por ejemplo,

te, que dicho razonamiento se podría corroborar con el hecho de que los mismos Principios citados tengan en cuenta las características generalizables en determinados grupos en orden a valorar la diligencia exigida a una persona, de modo que habría de compararse la conducta llevada a cabo por el causante con la de otra persona diligente en sus mismas circunstancias externas, pero con las características generalizables y objetivables a un determinado grupo. Es cierto que aquéllos solo lo reconocen para los menores de edad y las personas con discapacidad (art. 4: 102 (2)), pero considero que podría ser justo aplicarlo a las personas que conviven en un ámbito familiar, dado que es generalizable que en el ámbito familiar las personas adoptan un comportamiento relajado y cada conviviente acepta a los demás con sus defectos y cualidades.

En otras palabras, en el ámbito de cumplimiento de las obligaciones matrimoniales o domésticas el estándar de cuidado, en consideración a las circunstancias, tiende a acercarse a la culpa grave o dolo. Esto es, el resultado sería imputable al demandado si su conducta no ha sido ni en lo mínimo coherente con lo que generalmente se espera de una persona casada en su círculo social, en su ambiente, o ha perseguido directamente causar daño; debiéndose determinar el estándar. Siendo cierto que el dolo no se vincula con la intención específica de causar daño, sino con la existencia de una ocultación o engaño respecto a la filiación biológica del menor.

En torno a la *línea argumental de basar en el dolo* la existencia de la obligación indemnizatoria se pronunció la STS de 22 de julio de 1999 ya comentada anteriormente (RJ 1999, 5721) que negó la obligación indemnizatoria por el daño moral derivado de la ocultación de la paternidad sobre la base de la imposibilidad de calificar de dolosa la actuación y conducta de la esposa en torno a ocultar a su marido la identidad del padre del menor nacido dentro del matrimonio (FD4.º). Asimismo, esta solución tiene encaje, sobre todo, en un sector significativo de la jurisprudencia menor emanada de las Audiencias Provinciales, en concreto, y por su interés, en la SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004 (AC 2004/1994). En ésta se determina la no filiación de tres hijos tenidos por propios dentro del matrimonio y queridos y criados como tales y, siendo lo relevante para el nacimiento de la obligación indemnizatoria, la actuación negligente en la concepción y «*dolosa en la ocultación*

con el fin de respetar la paz y la armonía familiar. Aunque también reconoce que en los comentarios a dicho precepto se pone de manifiesto que dicho criterio se aplica en un ámbito en el que los daños suelen tener un carácter patrimonial como en la responsabilidad por servicios, y por eso un sector doctrinal sigue manifestando que ante relaciones conyugales dicha proximidad habría que computarse como agravante, al menos en la medida en que son mayores los deberes de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas.

de la paternidad »por parte de la esposa y la persona con quién ésta mantenía una relación afectiva larga y duradera, que era el padre biológico de los tres hijos pequeños del matrimonio. Por dicha ocultación dolosa, arguye el Tribunal, procede la reparación del daño causado por dicha ocultación, como excepción, de aparición progresiva en nuestra doctrina y jurisprudencia, a la regla de inmunidad en las relaciones familiares y conyugales. Por todo lo expuesto, afirma el Tribunal: *«se considera que doña A. R. y don F. L. conocieron, desde el primer momento, que los menores, no eran hijos del Sr. V. pese a lo cual, permitieron que se inscribieran en el Registro Civil como sus hijos, y que pasaran a formar parte de su familia, con todas las obligaciones, derechos y vínculos a ello inherentes, actuación que repitieron con los tres niños y han mantenido desde 1996 hasta octubre de 2002. Y en este actuar consciente, estimamos que radica el dolo de los demandados que ha generado, al romperse el vínculo afectivo que nació entre los menores y el Sr. V. propio de una relación paterno-filial, un daño moral que debe ser resarcido»*. La Audiencia fijó, finalmente, en cien mil euros la cuantía indemnizatoria a pagar solidariamente por los demandados ex artículo 1902 CC¹⁰³. En este sentido se deduce que se ha de acreditar que la madre tuvo «un conocimiento pleno y total certidumbre» de la falta de paternidad del marido.

En sentido parecido a la anterior resolución se pronuncian las SSAP de León de 2 de enero de 2007 (RJ 2007, 59972), y de 30 de enero de 2009 (JUR 2009, 192431). En esta última se resuelve un caso claro de dolo que se desprende del hecho de que la demandada *«urdió toda una estrategia referida a la finalidad de obtener su ansiada maternidad fuera del matrimonio, ya que con su esposo lo veía inviable, y sin tener en cuenta los sentimientos de su esposo ni*

¹⁰³ En este supuesto el Juzgador de instancia niega la existencia de dolo en la concepción por el uso continuo de métodos anticonceptivos, pero acoge la existencia de culpa. Frente a dicha resolución la parte demandada interpone el recurso de apelación en base a que no puede hablarse de negligencia en base a una inadecuada elección o incorrecta utilización de medios anticonceptivos, pues los hijos fueron tenidos por el Sr. V. y por toda la familia como propios de éste, y la demandada no podía sospechar que no lo eran. Consta que la Sra. R. y el Sr. V. mantenían relaciones sexuales sin protección, y a la demandada, no teniendo formación universitaria ni médica, no puede exigírsele una mayor diligencia. No obstante, la Audiencia Provincial desestima el recurso sobre la base de considerar probado que los demandados conocieron de forma inmediata que el primero de los hijos era del Sr. L. y que, por tanto, los medios anticonceptivos utilizados no eran seguros. Y respecto a la ocultación de la paternidad, y siguiendo la afirmación de la STS de 22 de julio de 1990 a *sensu contrario*, considera que hubo dolo en la ocultación de la paternidad, suponiendo un plus en el elemento subjetivo del hecho enjuiciado, procediendo a la reparación del daño causado. Dado que la amplia prueba testifical propuesta, admitida y practicada de personas muy allegadas a las partes da por probado que aunque los demandados no buscaron a propósito los tres hijos, supieron de inmediato que eran del Sr. V. y lo ocultaron al marido (vid. LLAMAS POMBO, *Revista Práctica de Responsabilidad Civil y Seguros*, 2005, núm.25, pp. 3-4).

el daño irreparable que su conducta produciría (...) mantuvo en secreto tal circunstancia haciendo creer a su esposo que la hija era suya». Asimismo, la SAP Madrid de 9 de mayo de 2014 (AC 2014, 1397) aplica el artículo 1902 CC en base a la actuación dolosa de la demandada, resolviendo la obligación a indemnizar al demandante en la cantidad de cuatro mil euros por los daños morales causados como consecuencia del engaño a quien entonces era su marido respecto de la filiación de la hija nacida en el 2011. Pues estando vigente el matrimonio, y sin existir separación de hecho entre los cónyuges, hizo creer al actor que la hija era suya, cuando en realidad era fruto de una relación extramatrimonial mantenida por la demandada desde el 2008. Y más recientemente la SAP de Valencia de 13 de noviembre de 2014 (AC 2015, 228) que trata de la actuación dolosa de la mujer al engañar sobre el origen de la gestación de la menor, haciendo creer al marido que era resultado de una fecundación *in vitro*, provocando el conocimiento de la falsa paternidad alteraciones emocionales en el demandante¹⁰⁴.

A *sensu contrario*, en esta línea encontramos sentencias que revocan la aplicación del artículo 1902 CC por no apreciar en la conducta de la ocultación de la paternidad el elemento exigido del dolo. Así lo ilustra la sentencia, que destaca por su interés y extensión, de la Audiencia Provincial de Segovia de 11 de diciembre de 2007 (JUR 2008, 148138) que afirma que no cabe reconocer la existencia de dolo porque la demandada hubiese tenido relaciones sexuales con otra persona, pues es obvio que también las mantenía con su esposo en el tiempo de la concepción y nacimiento. Ni tampoco pueden equivaler al dolo, por la conducta falaz y engañosa que caracteriza al dolo, las conjeturas que pudiera hacer la esposa sobre la posibilidad, por las relaciones mantenidas, de que el hijo no fuera de su esposo. Incluso, añade la Audiencia, su oposición a la demanda de paternidad es indicio de que aquella no conocía con exactitud que el hijo no era del actor, pues de haber sido así hubiese reconocido los hechos ante la previsibilidad de que las pruebas biológicas por su fiabilidad pudiesen demostrar su realidad. Este pronunciamiento se alinea al de la sentencia ya citada del

¹⁰⁴ En el caso resuelto por la STS de 15 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 6227) la acción ejercitada de impugnación no iba acompañada de otra de responsabilidad, pero hubiera sido posible debido al dolo manifestado por el largo período de tiempo en el que la esposa mantuvo la ocultación de la paternidad. En concreto, decide el caso de una separación matrimonial con un hijo, en la que el exmarido, una vez rehecha su vida junto con otra mujer e intentar tener descendencia con ella, es informado por los médicos que no puede tener hijos, y lo más importante que nunca pudo tenerlos. Así el exmarido descubrió que el hijo no era suyo e interpuso una acción para impugnar la filiación paterno-matrimonial, y se admitió la misma ejercitada a los trece años de la inscripción del nacimiento del hijo, pero dentro del año siguiente al conocimiento de su esterilidad; pudiendo estar ante un supuesto de daños ocasionados al padre que durante doce años creyó serlo.

Tribunal Supremo de 22 de julio de 1999 (RJ 1999, 5721) en la que se desestima la pretensión del demandante, es decir, del exmarido por haber descubierto la infidelidad de su esposa y la no paternidad del que creía su hijo. En este caso, el Tribunal Supremo estimó que la demandada no actuó dolosamente ya que la madre no era consciente con anterioridad a las pruebas de paternidad de que el hijo no era del demandante.

Por último, la SAP de La Coruña de 8 de noviembre de 2010 (AC 2010, 2303) resuelve que el demandante no tenía derecho a la indemnización porque en realidad no hubo conducta dolosa en la demandada por omitir poner en conocimiento de su cónyuge ese estado de incertidumbre y practicarse, en su momento, las correspondientes pruebas biológicas para resolver la duda. Esta conducta argumenta el Tribunal *«que, aunque encomiástica y responsable, cabe plantearse si sería exigible, por sus consecuencias, máxime de resultar una progenie matrimonial, y ante semejante cuestión este Tribunal, no sin vacilación, se decanta por considerarla no exigible, desde la base, se recuerda, de una situación de duda»*.

5.2.1.2 CRITERIO DE IMPUTACIÓN SUBJETIVO DE LA NEGLIGENCIA U OMISIÓN DE LA DILIGENCIA MEDIA

Hay un sector doctrinal¹⁰⁵ y jurisprudencial (sobre todo a raíz de la vigencia de la Ley 5/2005) que considera que no es necesario que concurra el dolo para imputar subjetivamente el daño por ocultación de la paternidad a la esposa, *siendo suficiente que la conducta sea culposa* o en cierta medida negligente. Y esto en coherencia con la redacción del artículo 1902 CC que admite como criterio de imputación la culpa o negligencia, e, incluso, con los términos del artículo 1089 CC que asume como fuente de obligación la que nace del acto ilícito derivado de *«cualquier género de culpa o negligencia»*. A tenor de lo anterior lo cierto es que la omisión en la adopción de medidas tendentes a la veraz determinación de la paternidad debe calificarse como un comportamiento o conducta negligente a los efectos de lo dispuesto en el artículo 1902 CC.

Como apoyo argumental a la actuación negligente en estos casos, las sentencias tienen en cuenta el tenor del artículo 1104 CC, de aplicación analógica a la responsabilidad extracontractual. Éstas consideran que una conducta es culpable cuando se ha actuado en contra del canon de la diligencia media, la de un buen padre de familia, pero adecuada, agravando normalmente la misma, a las circunstancias externas, tales como el contexto social en el que se

¹⁰⁵ ROCA TRÍAS, 2000, p. 561, y NEVADO CATALÁN, *InDret*, 4/2018, p. 18.

desarrollan los hechos. Esto es, las medidas a adoptar han de ser las que derivan de un esfuerzo o norma de cuidado medio pero agravado o adaptado, tanto por las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, como por el contexto social en el que vivimos, distinto del de los años noventa en el que aparecieron las primeras sentencias del Tribunal Supremo sobre la materia. A este respecto, no se puede ignorar que los avances de la ciencia en materia de prueba biológica se traducen en un fácil acceso por parte de los ciudadanos a este tipo de pruebas, así como en un conocimiento generalizado por parte de la sociedad del acceso a aquéllas, y en consecuencia a la posibilidad de determinar con certeza la paternidad de una persona.

En torno a esta tesis se encuentra la SAP de Barcelona de 16 de enero de 2007 (JUR 2007, 323682), en la que la Audiencia pasará a considerar que se trata más bien de una conducta negligente al estimar que: *«(...) la culpa o negligencia a que se refiere el artículo 1902 CC del Código civil constituye un concepto más amplio que el dolo o intención maliciosa. Puede afirmarse que la señora no tenía la certeza o no sabía que el padre de la menor, pero pudo y debió sospechar que podía ser otro el padre de la menor, al haber mantenido relaciones sexuales con dos personas al tiempo de su concepción y debió de adoptar las medidas tendentes a su veraz determinación. La omisión en la adopción de dichas medidas debe calificarse como un comportamiento o conducta negligente»*. En este caso, en orden a valorar la conducta negligente se tuvo en cuenta, tal y como conmina el artículo 1104 CC, que la demandada no adoptó la diligencia adecuada considerando tanto el contexto social o facilidad, en el que con una simple extracción de sangre se puede determinar de modo veraz la paternidad del hijo, como sus circunstancias personales, dado que durante los primeros años de matrimonio se había sometido a tratamiento ante las dificultades de quedar embarazada, sin haberlo conseguido. De modo que razona la Audiencia *«(...) si el embarazo se produjo tras diecisiete años de matrimonio, durante los cuales no quedó embarazada pese a los tratamientos y durante la época de la concepción mantuvo relaciones sexuales con Don. Carlos María, debió haberse planteado la posibilidad de que el padre de la niña no fuera su marido»*. Incluso, en la actualidad, ya no es necesaria la extracción de sangre invadiendo la integridad física para la obtención del ADN, tal y como lo pone de manifiesto la jurisprudencia reciente.

La tesis anterior la refrenda la SAP de Valencia de 5 de septiembre de 2007 (JUR 2007, 340366) que fue la que de algún modo abrió la brecha en la doctrina del Tribunal Supremo 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 que mantuvo desde 1999 hasta 2002. Así como la SAP de Cádiz de 3 de abril de 2008 (JUR 2008, 234675) al afirmar que no resulta precisa la concurrencia de un dolo explícito en la conducta de la demandada para imputarle responsabilidad. Porque 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 «(...) pues exigir en este ámbito una culpabilidad reforzada se antoja innecesario y además resulta, la mayoría de las veces imposible». Y, más recientemente, se pronuncia la SAP de Madrid de 26 de octubre de 2012 (JUR 2013, 28582) cuya resolución afirma que «ante las dudas del progenitor (dada la azoospermia que sufría antes de casarse) y que la esposa le asegurase que solo podía ser hijo suyo hasta que la prueba de paternidad demostró lo contrario, se deduce que la conducta de la madre es negligente y hace nacer la acción de daños y perjuicios por el daño moral sufrido constatado por los informes médicos psiquiátricos de sufrir un trastorno adaptativo mixto». Así, como la SAP de Alicante de 16 de enero de 2013 (JUR 2013, 150976) que condena a la esposa a indemnizar al marido en la cantidad de veinticinco mil euros por haber ocultado durante el matrimonio la verdadera paternidad.

Asimismo es reseña obligada la SAP de Cádiz 16 de mayo de 2014 (JUR 2014/203955) la cual, en un intento unificador al apoyarse en las valiosas contribuciones de las Audiencias provinciales en los últimos años, afirma 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. Y esta doctrina es ratificada por la más reciente SAP de Madrid de 24 de mayo de 2019 (JUR 2019, 214532)¹⁰⁶ que resuelve que hubo culpa o negligencia de la esposa (pero no error doloso sobre la paternidad del esposo) ya que, sabiendo que había mantenido relaciones sexuales cercanas y esporádicas en el tiempo con D. Luis Pablo y solo tuvo un encuentro sexual e incompleto con D. José Ángel, no puede estimarse que no tuviera dudas sobre el origen de su estado cuando conoció que estaba embarazada, al ser una consideración que por inverosímil no puede aceptarse. Y al no comunicar dicha sospecha al que entonces era su novio (antes al

¹⁰⁶ Los hechos se recogen en la np. 94.

contrario le manifestó que había quedado embarazada de él y determinó que contrajeran matrimonio) ni, incluso, cuando en el 2011 el verdadero progenitor se hizo las pruebas de paternidad y dieron un resultado positivo, permitió que la relación paterno-filial con la menor se mantuviera hasta el 2013, cuando tras una discusión ella le plantea que va a solicitar el divorcio y que la hija no es suya, sino de Luis Pablo con quién se iba a ir a vivir. En definitiva, los principios que rigen las relaciones interpersonales (lealtad, honradez, etc.,) y las circunstancias de tiempo y lugar, (no estaban casados, libremente podía manifestar sus relaciones con un tercero) le imponían a la demandada un comportamiento diferente del que tuvo, y al no hacerlo es responsable del daño causado al actor (FD 3.º)¹⁰⁷.

Por último, respecto a la posible responsabilidad civil por culpa del padre biológico por el daño moral derivado de la ocultación de la paternidad, hay que precisar que son escasas las sentencias que se han pronunciado dado que son pocos los casos en los que también se demanda solidariamente con la esposa a aquél. Y en los supuestos en los que se ha producido la demanda se ha puesto de manifiesto lo complejo que resulta admitir que pueda existir una responsabilidad por culpa. Al respecto considero de interés cómo abordó la cuestión la SAP de Madrid 24 de mayo de 2019 (JUR 2019, 214532) para eximir de responsabilidad al padre biológico; en concreto por la falta tanto del deber de comunicar al esposo las dudas y, es cierto, posterior certeza sobre su paternidad biológica, como de interponer la demanda de determinación de filiación en el momento en que tuvo conocimiento de los hechos. En este caso es cierto que la ejercitó cuando se produjo la ruptura de la convivencia matrimonial. Y en el mismo sentido se pronuncia la anterior sentencia citada de la Audiencia Provincial del Madrid de 26 de octubre de 2012 (JUR 2013, 28582) que absuelve al terce-

¹⁰⁷ Según el FD 3.º son hechos admitidos que Doña Delfina había mantenido antes del matrimonio relaciones sexuales esporádicas con D. Luis Pablo, existiendo cercanía temporal en una de ellas y en la que la citada Doña Delfina mantuvo con D. José Ángel en octubre de 2009. Por lo que claramente, y a pesar de lo que manifiesta la citada apelada, la duda sobre la paternidad era una realidad por ella conocida de forma necesaria que no comunicó, como exige una actuación leal y de buena fe, al que entonces era su novio y, más al contrario, le manifestó que se había quedado embarazada de él, lo que determinó que contrajeran matrimonio en los meses posteriores y que la niña que nació fuera considerada por D. José Ángel como hija suya e inscrita como hija matrimonial de ambos. En consecuencia, el apelante mantuvo una relación afectiva con la niña derivada de su considerada relación paternal, con los consiguientes e intensos vínculos que esa situación genera. Además, en 2011, cuando D. Luis Pablo se hizo las pruebas de determinación de paternidad y dio resultado positivo, Doña Delfina, al contrario de lo que manifiesta, no se lo comunicó a D. José Ángel, permitiendo que la relación paterno filial con la menor se mantuviera por más tiempo, lo que supone un grado mayor de vivencias y experiencias que incrementan, en supuestos como el presente de posterior separación, el dolor y la frustración por la situación vivida.

ro con el argumento de que «(...) las relaciones extramatrimoniales no originan por sí mismo daños, (...) no pudiendo el actor pretender que el codemandado le anunciara aquellas relaciones (...)».

Así como la SAP de Alicante de 6 de noviembre de 2017 (JUR 201, 111191), relativa a una demanda dirigida por el marido que se creía padre biológico de hijos habidos en matrimonio contra el hombre que mantuvo relaciones extramatrimoniales con la madre. En concreto esta sentencia de modo razonable, citando jurisprudencia del TEDH, resuelve que: frente al derecho del padre biológico a reclamar una paternidad extramatrimonial, impugnando al tiempo la matrimonial de que los hijos disfrutaban, ha de protegerse la seguridad jurídica y afectiva de los hijos en una familia. Se trata (la verdad biológica y la preservación de la paz familiar) de valores dignos de protección constitucional no jerarquizados, pues ninguno de ellos prima sobre otro al encontrarse ambos principios en el art. 39 CE. En este sentido, la protección de la situación familiar consolidada en que se encuentra integrado el menor, al margen de la biológica, vendría a tener el mismo apoyo constitucional que el principio de investigación de la paternidad. En dicha tesitura «*el demandado, carente de posesión de estado, ajeno al círculo familiar y un extraño para los menores, no tiene la obligación de irrumpir en una familia legalmente constituida (con los afectos consolidados inherentes a tal situación, afectos filiales y fraternales y hacia la familia extensa, abuelos, tíos y primos) planteando una demanda de filiación, cuando lo haría bajo simples sospechas por importantes que estas fuesen. Y tampoco le era exigible haber hecho unas pruebas de paternidad a espaldas del actor, porque aparte de suponer una intromisión en su intimidad, que puede considerarse ilegítima, solo tendrían sentido si a ella siguiese una demanda de paternidad*».

En síntesis, son dos las bases de la responsabilidad por daño moral de la esposa por ocultación de la paternidad: por un lado, el incumplimiento negligente, no doloso del deber de información, al otorgar prevalencia casi absoluta al principio de veracidad biológica y, por otro que, no sancionándose la infidelidad, sí lo es la procreación de un hijo extramatrimonial con ocultamiento a su cónyuge. En definitiva, la madre que duda sobre la paternidad biológica debe hacer todo lo razonable para determinarla desde el nacimiento, evitando así que el marido pueda seguir siendo considerado padre por efecto de la presunción legal de paternidad matrimonial (ex arts. 116 CC y 235-5-1.º CCcat). La omisión de las medidas para determinar la paternidad biológica es especialmente reproachable si tenemos en cuenta, como se ha apuntado anteriormente, la

facilidad cada vez mayor en el acceso a las pruebas de ADN¹⁰⁸. Este criterio podría quedar subsumido en la nueva redacción del deber de diligencia exigible por la Propuesta de Código civil por la Asociación de Profesores de Derecho civil, en concreto en el artículo 5191-8, segundo párrafo, que reza que: «*en la fijación del deber de diligencia exigible se tendrán en cuenta fundamentalmente el valor de los bienes jurídicos afectados, la peligrosidad de la conducta, la pericia exigible que causa el daño, y la disponibilidad y coste de las medidas para evitarlo*»¹⁰⁹.

5.2.2 Daño moral: su cuantificación, su prueba. ¿Daño continuado o permanente?

5.2.2.1 IDEA PREVIA ACERCA DEL DAÑO MORAL Y EL INTERÉS VULNERADO EN EL SUPUESTO EN ESTUDIO: CUESTIÓN TERMINOLÓGICA

En tercer lugar, y como elemento indispensable, dicha acción u omisión antijurídica y negligente ha de producir un *daño resarcible patrimonial o moral*. Como idea previa, en torno a este supuesto considero que hay que distinguir, por un lado, el ataque o lesión a intereses o derechos dignos de protección que causa la acción u omisión antijurídica y, por otro, el daño patrimonial y/o moral a resarcir, pues la doctrina española califica a ambos de daños induciendo a confusión. En otras palabras, se utiliza el término «daño» tanto para referirse al interés vulnerado como a las consecuencias patrimoniales y no patrimoniales que sufre el sujeto y serían indemnizables.

i) Al respecto, y no siendo quizás del todo ortodoxa con la teoría expuesta en los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia¹¹⁰, considero que se debería proponer un cambio termino-

¹⁰⁸ FARNÓS AMORÓS, *Derecho privado y Constitución*, 2011, núm. 25, pp. 9-54, en especial, p. 26.

¹⁰⁹ Vid. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (2018). *Propuesta de Código civil*, ed. Tecnos, Madrid. En concreto, título XIX «De la responsabilidad civil extracontractual», capítulo primero, sección 2.^a Disponible en http://www.derechocivil.net/imagenes/libros/obra_completa.pdf, p. 864.

¹¹⁰ En dicho sentido no considero acertada la afirmación jurisprudencial de que los daños morales «(...) tampoco pueden entenderse dentro de la categoría de los daños corporales, porque éstos por su propio carácter, son perfectamente sensibles, y también, por una técnica de acoplamiento sociocultural, traducibles en lo económico [...]». Dado que el Baremo de Indemnización de daños corporales incluye tanto el daño patrimonial como el moral en la cuantía que se concede a la víctima por una lesión o ataque a su integridad física o a la vida. En definitiva, el daño moral (tanto el sufrimiento físico como el psíquico, o el de pérdidas de relaciones afectivas, etc.) puede derivar de un ataque a la integridad física (como derecho de la personalidad de la esfera corporal) como de un ataque a otros

lógico que ayudara a aprehender de modo más claro que la acción u omisión antijurídica produce, en un primer momento conceptual, un ataque o vulneración a un bien jurídico (ya sea un derecho o un interés legítimo). Y este ataque o lesión puede ser: bien al ámbito personal [ya sea una a la integridad física (el daño corporal) como a otros derechos espirituales de la personalidad (honor, intimidad, etc.)], bien al familiar (en este caso el ataque al vínculo jurídico paterno-filial), o bien al ámbito de los bienes materiales. Y en todos estos casos, dichas lesiones o ataques a dichos intereses producen, en un segundo momento conceptual, tanto *daños patrimoniales* (o daños con repercusión en el patrimonio, en concreto, gastos emergentes y/o un lucro cesante) como *daños morales* o sin repercusión patrimonial y que son igualmente indemnizables. De este modo se evitaría tratar al daño corporal como un *tertium genus*, lo que, a mi parecer, es inadecuado pues la indemnización de los daños patrimoniales que resulta de la aplicación del baremo a los daños por lesión a la integridad física (el llamado daño corporal) incorpora la debida también por el daño moral que es, por mandato legal igual para todas las víctimas, como se consagra en el apartado 7 del anexo legal al que se incorpora el Sistema de Valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación del Texto Refundido de la *Ley sobre Responsabilidad civil y Seguro de la Circulación de Vehículos a Motor*, aprobada por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre; habiéndose modificado dicho Anexo por la Ley 35/ 2015, de 22 de septiembre, que reza: «*la cuantía de la indemnización por daños morales es igual para todas las víctimas y la indemnización por los daños psicofísicos se entiende en su acepción integral del respeto o restauración del derecho a la salud (...)*».

En este sentido, y como propuesta de *lege ferenda* sería de interés tener en cuenta como el legislador canadiense y la doctrina del país distingue la lesión (*l'atteinte*) de las consecuencias, esto es, del daño patrimonial y moral (*préjudice moral et pécuniaire*) al que el causante del daño responsable civil está obligado a reparar¹¹¹. De hecho, según el artículo 2:101 de los Principios de Dere-

derechos de la personalidad relativos a la esfera espiritual, como el honor, la intimidad personal o familiar o la propia imagen. Es cierto que es excepcional el daño moral derivado de una lesión a los bienes materiales de la persona.

¹¹¹ Según material cedido amablemente por los profesores canadienses, GOUT, en *Colloque International Vers une réforme de la responsabilité civile française: regards croisés franco-québécois* (sous la direction de Blandine Mallet- Bricout), 2017. Los autores resaltan que en el derecho canadiense tienen en cuenta tres criterios para determinar la indemnización por daño moral: una aproximación conceptual (desde un punto de vista objetivo), personal (subjetivo), y funcional (Cinar Corporation c. Robinson, [2013] 3 RCS 1168).

cho europeo de la Responsabilidad civil: «*el daño resarcible requiere un perjuicio material o inmaterial a un interés jurídicamente protegido*». De ahí que es mejor utilizar dos términos distintos (lesión y daño) para aludir a diferentes realidades. Esta propuesta la considero más adecuada que la recogida por la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil en su art. 5192-1 que diferencia, a mi parecer de modo redundante el daño (en referencia a la lesión) del daño resarcible, en referencia a los daños patrimoniales y morales a indemnizar. En esta línea, por último, voces doctrinales destacan la necesidad de diferenciar claramente el daño (ataque a la lesión) del perjuicio (las consecuencias), conscientes de que dicha confusión lleva a que la cuestión principal no se resuelva bien, esto es, si el interés está o no jurídicamente protegido, lo que se dilucida teniendo en cuenta lo que denominan la función de demarcación del derecho de daños y no sólo por encumbrar el principio *pro víctima*, o el hecho de que sufrir un daño conlleva la indemnización¹¹².

Cerrado el paréntesis conceptual y respecto, en concreto, al daño moral, la STS de 22 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2242) afirma que, «*el daño moral se sustantiviza para referirlo a dolor inferido, sufrimiento, tristeza, desazón o inquietud que afecta a la persona que lo padece, que siempre sobrepasa las meras molestias*». Éste se define, por tanto, por exclusión, abarcando cualquier daño que no tenga cabida dentro del daño patrimonial y, en consecuencia, se le dota de unos contornos difusos, más aún si tenemos en cuenta la falta de restricciones a su reparación pecuniaria en el Código civil (arts. 1101 y 1902 CC), a diferencia de aquéllos códigos civiles europeos que condicionan su indemnización a la existencia de una norma legal que así lo prevea, como el alemán e italiano¹¹³. Dada esta peculiaridad del daño moral, y en orden a evitar que estos daños no escondan otras partidas indemnizatorias y que

¹¹² MARTÍN-CASALS, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 110/2019, consulado en versión on line, BIB2019/5949, pp. 14-18, quien nos explica que dicha función de demarcación implica tener en cuenta no solo los intereses de la víctima, sino también los del pretendido causante del daño y, de modo especial, su libertad de actuación, sino olvidar en dicho análisis el interés público. También, MARTÍN-CASALS, 2011, pp. 11-112.

¹¹³ MARÍN GARCÍA/LÓPEZ RODRÍGUEZ, *InDret*, 2/2010, p. 5, sostiene que la limitación de los daños se recoge en el § 253 BGB, si bien reformado en su párrafo segundo que reconoce con «carácter general» el resarcimiento del daño moral derivado de una lesión corporal, a la salud, a la libertad, o a la libertad sexual. Asimismo, en un primer momento la creación jurisprudencial italiana del *danno biologico*, lesión psicofísica unida a una pérdida de funcionalidad, sirvió para superar la reserva legal. Pues la ley tan solo preveía la indemnización del daño moral irrogado por ilícitos penales (artículo 185 Código penal italiano), de modo que posteriormente, la jurisprudencia italiana extendió el resarcimiento a cualquier daño moral derivado de la lesión a los bienes constitucionalmente protegidos, entre otros, los derechos de la personalidad.

se produzca una duplicidad de indemnizaciones por conceptos iguales, el art. 11 de la Resolución 75/7, del Consejo de Europa ofrece una pauta para unificar conceptos o partidas indemnizables conminando a que: *«la víctima debe ser indemnizada del daño estético, de los dolores físicos, y de los sufrimientos psíquicos, entre éstos, sentimientos de inferioridad, disminución de placeres de la vida por la imposibilidad de realizar determinadas actividades, etc.»*.

ii) Aplicando lo dicho hasta ahora al caso en estudio, estimo que en la ocultación de la paternidad la esposa lesiona un bien o interés jurídicamente protegido cual es la «certeza de la filiación y el mantenimiento del vínculo legal paterno-filial al producirse la *pérdida del vínculo legal paterno filial y, en consecuencia, la desaparición o disminución definitiva del derecho a relacionarse con sus supuestos hijos*» al impugnarse la paternidad, una vez descubierta la realidad. El Tribunal Supremo ha refrendado este interés como jurídicamente relevante en las sentencias que han conocido sobre el caso al marcar como *dies a quo* de la eventual acción de responsabilidad civil el de la pérdida del vínculo paterno-filial al que se conectarían los daños resarcibles.

Y de dicha lesión, nos debemos preguntar si nace un daño patrimonial como daño emergente por los alimentos pagados, que se analiza en un epígrafe posterior, y, por otro, un daño moral que se ha llegado a asemejar al daño por duelo por la muerte de un hijo, como lo ilustra la ya citada SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004 (AC 2004, 1994) en la que el Tribunal afirma que *«(...) siendo cierto que existen discrepancias entre los distintos expertos que han depuesto sobre la denominación de la afección psicológica del Sr. V. y su entidad, en nuestra opinión, tras el examen de todos los informes, llegamos a la conclusión que ha existido una dolencia que ha sido muy grave, con riesgo para su vida, por sus ideas de suicidio, y todo generado, no por la separación matrimonial, sino por la pérdida de los que consideraba sus hijos, con una entidad semejante a la de la pérdida física de éstos»*. En otras sentencias se habla de un «dolor extremo e intolerable», como en la SAP de Valencia de 5 de septiembre de 2007 (JUR 2007, 340366).

Así las cosas lo cierto es que, si es un lugar común en la doctrina reconocer como daño moral *«cualquier frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos, por naturaleza o sangre que se dan entre personas allegadas fundamentalmente por vínculos parentales, cuando a consecuencia del hecho ilícito, se ve uno de ellos privado temporal o definitivamente de la presencia o convivencia con la persona directamente dañada por dicho ilícito»*.

to», la ocultación negligente de la paternidad con la ruptura del vínculo legal paterno-filial produce dicha frustración. En estos supuestos, y como consecuencia de la verdad biológica impuesta, se produce una pérdida de afectos y un vacío emocional que puede considerarse «equivalente o muy próximo a la pérdida definitiva de un ser querido». En este sentido se pronuncia de igual modo, y de modo más explícito la SAP de Barcelona de 16 de enero de 2007 (JUR 2007/323682) cuando afirma 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 vacío emocional que puede considerarse equivalente o muy próximo a la pérdida definitiva de un ser querido*».

Al respecto y a mi parecer, no es de recibo asimilar el daño moral por la pérdida del vínculo parental al duelo por la muerte del hijo en la medida en que sobre la base del artículo 160 CC los menores y el que fue padre tienen derecho a seguir relacionándose con el menor, tal y como la jurisprudencia ha interpretado el término de «allegados». Pero no lo es menos reconocer, igualmente, que el normal desarrollo de la relación afectiva se interrumpirá hasta que todos los implicados, incluso los menores, superen el impacto emocional que la situación ha generado y que, de todos modos, no alteraría el ya padecido. Así lo reconoce el auto del TS de 9 de septiembre de 2014 (JUR 2014, 245986) al razonar que la equiparación a la muerte es rechazable porque la extinción del vínculo legal no impide una futura recuperación de la relación, y, en el mismo sentido, la SAP de 24 de mayo de 2019 (JUR 2019, 214532) que rechaza el argumento del apelante para concretar la indemnización por el daño moral por la pérdida del vínculo paterno-filial en 157.700 euros sobre la base del cálculo de la LRCSCVM aplicando la indemnización básica por muerte y la edad del padre, así como los factores de corrección. Pues el Tribunal, sin desconocer la dificultad de cuantificar el daño en supuestos como el presente y la objetividad del baremo, estima prudencialmente fijar la indemnización por daño moral en la cuantía de 50.000 euros al considerar que la equiparación de la realidad biológica que consideraba existía con la indemnización por muerte no es posible, «*puesto que la relación entre ambos puede existir e incluso el art. 160 CC posibilitaría el establecimiento de un régimen de visitas, sin embargo no puede desconocerse que se impide el derecho-deber de estar en su compañía y los de crianza (cuidado, educación y formación integral) ni el profundo dolor y vacío emocional del proyecto de*

vida familiar existente y teniendo en cuenta que la relación paterno-filial se ha mantenido durante casi cuatro años» (FD4.º).

iii) Por último, es interesante constatar cómo la jurisprudencia menor en las sentencias que conceden indemnización por daño moral por ocultación de la paternidad, también conceden, en algunas ocasiones en las que se añade al *petitum*, indemnización por el daño psico-físico que se refleja en la necesidad de una asistencia médica y en el tratamiento psicológico y psiquiátrico como consecuencia «de conocer que no es el padre biológico del menor». Y para su valoración sí se ha llegado a admitir la aplicación del baremo fijado para los daños causados en accidentes de circulación, concediendo la cuantía correspondiente por días improductivos y no improductivos. Así se recoge en la SAP de Madrid de 24 de mayo de 2019 al resolver que: «*la pretensión debe prosperar pues el conocimiento de no ser el padre biológico de la menor le ha ocasionado los trastornos diagnosticados, tal y como declararon en la vista los médicos que le asisten, derivando directamente de la ocultación realizada (...)*» (FD 4.º). Y en la STS de 18 de junio de 2012 (RJ 2012, 6849) que estimó prescrita la acción porque el recurrente solicitó indemnización por «*las secuelas psicofísicas*» y estas se probó que trajeron causa, no del momento posterior en que se dicta la sentencia de impugnación de la paternidad (y por tanto por la pérdida del vínculo paterno-filial), sino del engaño sobre la forma de concebir a las hijas y del hecho de que, tras el divorcio, por decisión de la madre, se fueran a vivir con el padre biológico, situación que le produjo una depresión.

De lo dicho se podría deducir que se está admitiendo por los tribunales que son indemnizables el daño a la integridad psíquica por el engaño al conocer la inexistencia de la paternidad; adquiriendo por tanto sustantividad propia respecto a la del daño moral que deriva de la pérdida o ruptura del vínculo paterno-filial. Si bien, lo que sería cuestionable a mi entender sería la aplicación del baremo para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (aplicado como es sabido, analógicamente, a todo daño corporal) para determinar la cuantía indemnizatoria por el daño psico-físico por el conocimiento de no ser el padre, como llevaron a cabo las sentencias citadas anteriormente. Pues, a pesar de que las secuelas psico-físicas entren en el concepto de daño corporal al tenerse en cuenta en el baremo¹¹⁴, en

¹¹⁴ Se contempla dentro del apartado de perjuicio personal particular de la indemnización por secuelas (referido a la tabla 2. B que adjunta el anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, modificado por Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los

este caso a mi parecer estamos solamente ante un ataque a la integridad psíquica como derecho de la personalidad en su vertiente espiritual, sin existir una lesión, además, en su vertiente física o corporal (daño a la vida o integridad física) que siempre ha de existir para que se aplique el baremo).

Asimismo, y en el mismo sentido que la sentencias citadas de identificar el daño moral derivado de la ocultación de la paternidad como el padecimiento derivado del engaño o del mero conocimiento de la inexistencia de la filiación, algunas voces doctrinales nos explican que la ocultación de la paternidad puede conllevar la indemnización porque vulnera otro interés diferente al de la ruptura del vínculo paterno-filial, cual el «*interés de conocer la verdadera filiación de sus supuestos hijos*» que sería, en realidad, correlativo a la obligación de la mujer de informar sobre la paternidad o de sus dudas que formaría parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad en su faceta de proyecto de vida familiar que incluye tener hijos propios y criarlos como propios. Esto es, la ocultación de la paternidad produciría la lesión al derecho al libre desarrollado de su personalidad al vulnerar su derecho a la libertad por privación de la decisión sobre su filiación no conocida hasta que se descubre la ausencia del vínculo biológico con el hijo¹¹⁵.

La ventaja de esta teoría a mi parecer, sería que la ocultación a la paternidad se podría subsumir como un caso de vulneración de un derecho fundamental como es la libertad y, por tanto, la indemnización se solicitaría al margen de la condición familiar y, por tanto, como persona afectada por la conducta culpable de otro; supuesto que, en teoría, admite el Tribunal Supremo en su STS de 2018 para ser indemnizado sobre la base del art. 1902 CC. No obstante, por otra parte, tendría como dificultad que dicho reconocimiento tendría también como problema que entraría en colisión con el derecho fundamental a la intimidad de la madre, y que existieran diferentes momentos de inicio de la prescripción de la acción de responsabilidad o *dies a quo* (un inicio lo marcaría el mero conocimiento con certeza de la inexistencia de la filiación y otro el de la sentencia de impugnación de la filiación), no favoreciendo a la seguridad jurídica.

Haciendo un paréntesis y solo a modo de apunte y de reflexión por ser un tema novedoso, se podría sostener que la ocultación de

daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación), en particular los artículos 107 a 110. En concreto, tras la reforma de 2015 se tienen en cuenta las secuelas psico-físicas, orgánicas y sensoriales, así como el perjuicio a la calidad de vida.

¹¹⁵ En este sentido, y para indagar en esta temática, vid. los trabajos de interés, entre otros, GARCÍA AMADO, 2017, pp. 87-119; y NEVADO CATALÁN, *InDret*, 4/2018, pp. 12-13, que incluso califica los casos como *wrongful fatherhood*, al establecer su similitud con los supuestos admitidos jurisprudenciales de *wrongful birth*.

la paternidad conlleva un daño moral indemnizable derivado también de la lesión al «proyecto de vida» de una persona; concepto que se elabora en torno a la idea de realización personal y tiene una entidad más objetiva que el daño moral por lesión psico-física. En este caso el padre putativo, tras dejar de serlo al conocer que la filiación que creía cierta no lo es a partir de la sentencia de impugnación, frustra un proyecto evidenciado y en proceso de ejecución de ser padre, esto es, impide unas funciones parentales de trascendencia vital. Y esta lesión, a mi parecer, debería tenerse en cuenta a la hora de determinar la cuantía indemnizatoria ya que se ha producido un gran menoscabo al desarrollo personal de forma irreparable o de muy difícil reparación. El daño al proyecto vital, es cierto, que no ha sido citado por nuestra jurisprudencia y es ajeno a la doctrina española, pero de modo muy interesante ha tenido un respaldo por la doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos humanos y, recientemente lo ha incorporado y positivizado el nuevo artículo 1738 del nuevo Código civil y Comercial de Argentina de 2014 (Ley 26.994) que, al regular el daño resarcible, obliga al causante del daño a indemnizar, entre otros conceptos, *el daño inferido al proyecto de vida de su víctima*, (al margen de la indemnización por daños a su salud psico-físico) en la medida que las lesiones causadas se hayan erigido en imposibilidades que obstan a alcanzar una forma de vida determinada, a la que su vocación la convocara a realizarla y a la que se sintiera llamada a ello¹¹⁶. Estimo que la noción jurídica sobre un perjuicio a un proyecto de vida es válida en tanto reconozca al hombre como ser espiritual y libre, como libertad que se proyecta, pues dentro de una concepción humanista del Derecho, el daño a la esencia de la persona debe adquirir un rango dentro del nuevo derecho de daños¹¹⁷; tema que desborda el objeto de estudio.

¹¹⁶ Vid. CURUTCHET, *Derechos En Acción*, 1(2), 2017, pp. 173-179 (vid. <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/3188>).

¹¹⁷ Para profundizar en este concepto vid. FERNÁNDEZ SESSAGERO, 2006; y *Foro Jurídico*, pp. 77-104; ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Revista de Responsabilidad civil y seguros*, Año VII, núm. 4, abril, 2005; GARCÍA RAMÍREZ, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm.3, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pp. 342 y ss. quienes ponen de manifiesto que esta doctrina se ha desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos humanos, la cual advierte que ya el Preámbulo de la Declaración Americana de derechos humanos reza que: «*el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría*».

No obstante, hay que matizar que la doctrina de la reparación del daño por frustración del «proyecto de vida» de la persona se ha aplicado a supuestos distintos del caso en estudio, como el de amnistías, torturas, privación de la nacionalidad o de propiedades; negación arbitraria de ascensos; e incluso por «impedir desarrollarse integralmente por la actitud machista y celos excesivos del cónyuge» (Sentencia de la sala especializada de familia de la Corte Superior de Lima de 10 agosto de 2006).

En definitiva, tras todo lo expuesto estimo que la solución que favorecería la seguridad jurídica, así como la justicia, sería asumir el daño moral como el sufrimiento derivado de la pérdida del vínculo jurídico (y por tanto afectivo) declarada su extinción por sentencia firme. Y este sería el momento que marcaría el *dies a quo*, pero tanto el daño psico-físico derivado del conocimiento de no ser el padre, como el derivado de la frustración de su proyecto de vida deberían tenerse en cuenta para una mayor o menor cuantificación del daño, tal y como se verá en el epígrafe siguiente. Asimismo, respecto al deber de informar por parte de la madre, que dejamos apuntado para su posterior referencia cuando se trate el daño patrimonial, considero que aun no reconociendo dicho deber, continuaría siendo legítima la indemnización del daño moral que deriva de la ruptura del vínculo paterno-filial al atacar un interés digno de protección.

Finalmente, y llegado este punto se hace preciso abordar las cuestiones más polémicas de su *cuantificación* (5.2.2.2); su *prueba* (5.2.2.3); y su *calificación como daño continuado o permanente*, en relación al inicio de la prescripción de la acción o *dies a quo* (5.2.2.4).

5.2.2.2 EN TORNO A LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LA OCULTACIÓN DE LA PATERNIDAD

Respecto a la «*cuantificación del daño moral*», es sabido que es una de las cuestiones que hoy en día genera mayor controversia en el derecho español dada la tendencia en la última década a reconocer los Tribunales ampliamente su existencia¹¹⁸. Y la dificultad de valorar el daño moral no es un problema exclusivo de las víctimas que lo sufren y que reclaman una compensación por él, sino también de los jueces que han de decidir la compensación debida a la víctima; tratándose de un problema cuantitativo y no cualitativo, al que se enfrenten los jueces y tribunales de todos los sistemas legales. Es por ello que, como nos explica Gómez Ligüerre, en algunos sistemas legales la judicatura ha elaborado baremos orientativos, no vinculantes, que los jueces y tribunales pueden utilizar como guía para calcular la indemnización debida por un daño moral; y al no ser vinculante, tiene las ventajas de un sistema legal y carece de la mayor parte de sus inconvenientes. En definitiva, la certeza que da al juez la existencia de unos criterios orientadores reduce los

¹¹⁸ MARÍN GARCÍA/LÓPEZ RODRIGUEZ, *InDret*, 2/2010, p. 4.

costes del proceso, pues ahorra la prueba de la cuantía que indemniza los daños por los que se reclama la indemnización¹¹⁹.

En concreto, en orden a la valoración de la cuantía del daño moral en el supuesto en estudio según la mayoría de la doctrina se debería atender a una serie de criterios como: la gravedad de las secuelas físicas o psíquicas del demandante causadas por el descubrimiento de que no era el padre; el número de hijos extramatrimoniales; su edad; el tiempo que haya durado la convivencia con ellos. Incluso, se debería considerar como relevante otros dos criterios: la posibilidad de poder seguir manteniendo en el futuro una relación afectiva y personal con el que creía su hijo o hijos suyos, y la existencia o no de una relación de convivencia hasta la declaración formal de no paternidad¹²⁰; así como, quizás, el que sea o no la madre la que en un momento determinado ejercite la acción de impugnación de la filiación.

Por su parte, la doctrina jurisprudencial reconoce que su valoración no puede obtenerse de una prueba objetiva, de modo que su cuantificación puede ser establecida por los Tribunales de Justicia teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, las cuales coinciden en parte con las señas por la doctrina, normalmente los «años transcurridos desde el nacimiento de la menor hasta que se ha tenido conocimiento de la verdad» y la «entidad de la pérdida padecida por el actor». Son ilustrativas a este respecto, como jurisprudencia más actual, la SAP de Cantabria de 3 de marzo de 2016 (AC 2016, 799), que afirma que: «*la valoración del daño moral causado (a quién creía ser padre), y corroborado por los informes que confirman que el trastorno ansioso depresivo producido tras la ruptura del matrimonio se agravó con el conocimiento de la exclu-*

¹¹⁹ GÓMEZ LIGÜERRE, 2015, pp. 65-67 con referencia a GEISTFELD, Mike, «Placing a price on pain and Suffering: A Method for Helping Juries Determine Torts Damages for Nonmonetary Injuries», *California Law Review*, vol. 83, núm3, 1995, p. 773-852. De igual modo recoge en su estudio una herramienta utilizada por varias jurisdicciones de los Estados Unidos de América, en orden a imponer límites legales máximos para indemnizar el daño moral y así contener el incremento de las indemnizaciones por dicho concepto en aquel país. Este instrumento tiene más sentido en este país en el que la indemnización es decidida por un jurado, conforme a las orientaciones dadas por un juez, pudiendo igualmente el jurado conceder daños punitivos si considera que la actuación del responsable fue especialmente descuidada [según información facilitada por la *American Tort Reform Association* (www.atra.org)]. No obstante, en opinión del autor es cierto que dicha medida es limitada pues nada impediría entonces a los jurados compensar en otras partidas la cantidad que el límite legal no les permite conceder en concepto de daño moral, e, incluso necesaria desde un doble punto de vista, pues la indemnización podría ser inferior al daño efectivamente causado a la víctima y, en teoría, el establecimiento de un límite cuantitativo previo a la determinación de la indemnización supone que el potencial causante del daño puede carecer de incentivos a evitar daños que le reportan un beneficio o una utilidad mayor a la indemnización máxima a la que se expone.

¹²⁰ Vid. por todos MURILLAS ESCUDERO, REDUR, 2015, p. 124. Y MARTÍN-CASALS, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2019, p. 28.

sión de su paternidad), por recaer en bienes de difícil o imposible cuantificación, dado su carácter extrapatrimonial, obliga a su determinación ponderando todas las circunstancias concurrentes. Y tomando en consideración los hechos, claramente traumáticos, su impacto probado en el sujeto y las dificultades para ser asumidos, se estima adecuada la cantidad reconocida en la sentencia de instancia de treinta mil euros». Y de igual modo la SAP de Valencia de 13 de noviembre de 2014 (AC 2015, 228) que ante hechos parecidos también otorga treinta mil euros; lo cual contrasta con el hecho de que la SAP de Murcia de 30 de octubre de 2014 (JUR 2015, 54272) concediera solamente la cuantía de siete mil quinientos euros por el daño moral, cuando habían transcurrido veinte años antes de conocer el demandante que no era su padre. No obstante, lo relevante es que la concesión no sea arbitraria, esto es, esté fundada en criterios que razone el tribunal en orden a otorgar dicha cuantía¹²¹.

Por otra parte, tal y como se ha precisado anteriormente, el criterio de «la falta de relación entre padre e hijo hasta la declaración formal de no paternidad» se debería tener en cuenta para la cuantificación del daño moral, no existiendo al respecto uniformidad en las sentencias emanadas de las Audiencias provinciales, dado que existen sentencias que han negado indemnización al padre que ha accionado daños y perjuicios por ocultación de la paternidad sobre la base de estar probada la falta de relación entre el padre y el hijo hasta la declaración formal de no paternidad, como la SAP de Castellón de 10 de febrero de 2009 (AC 2009, 346) que rechazó la demanda planteada por un hombre condenado por delito de maltrato familiar y amenazas sobre el hijo putativo. Pero por el contrario la SAP de Alicante de 14 de julio de 2011 (AC 2011, 1537) concedió doce mil euros por los supuestos daños morales de un padre putativo que nunca llegó a convivir con la hija, e incluso cuando ésta fue declarada en desamparo y puesta al cuidado de la abuela paterna sin que el demandante llegara a tratarla ni a cuidarla nunca. Ahora bien, respecto al criterio de tener en cuenta «la posibilidad de continuar la relación afectiva personal con el hijo», a pesar de que algunas sentencias han equiparado la ruptura del vínculo paterno-filial con la muerte del hijo tal y como se ha apuntado en líneas anteriores, hay sentencias que de modo razonable han reducido la indemnización, estableciendo cuantías inferiores, por la escasa

¹²¹ Si bien, es obvio que, a pesar de invocarse la aplicación del Baremo para la valoración de los daños corporales, ésta no es posible, como lo constata la SAP de Alicante de 16 de enero de 2013 (JUR 2013, 150976) que, aunque afirma que la ocultación de la verdadera paternidad al marido genera daños morales, niega sea de aplicación el Baremo de tráfico y no se extiende la responsabilidad al padre biológico.

relación paterno-filial existente, ya sea por un rápido descubrimiento o por las circunstancias propias de la relación personal. Así se constata en las SSAP de Murcia de 18 de noviembre de 2009 (AC 2009, 60) por la difícil relación paterno-filial y ser el hijo mayor de edad; de Jaén de 9 de marzo de 2015 (JUR 2015, 129380) y de Valencia de 5 de septiembre de 2007 (JUR 2007, 340366) que revoca la sentencia de instancia que condenaba al pago de cien mil euros para reducirla a doce mil euros dado que el engaño no duró más de un año y desde el nacimiento existían sospechas sobre la paternidad. A este respecto, como bien apunta doctrina autorizada y comparto, «las consecuencias de la falsa paternidad no podrían distribuirse del mismo modo si quién promovió la impugnación fue el propio padre putativo, aunque esté en su derecho de impugnar una falsa paternidad, o si fueron otros como la madre, representante legal del hijo menor, el propio hijo tras acceder a la mayoría de edad o el padre biológico, quienes interpusieron la acción. (...) siendo en el segundo escenario más claro que el padre putativo hubiera deseado continuar con su vinculación tanto legal como afectiva sin poder evitar sin embargo la extinción de la primera ni los posibles cambios que ello provoque en la relación con su supuesto hijo»¹²².

Por otra parte, y desde el punto de vista adjetivo o formal, el Tribunal Supremo 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 consista. 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-administrativo. Esta doctrina casacional consolidada contribuye a las diversas respuestas en la jurisprudencia menor¹²³. De tal modo

¹²² MARTÍN-CASALS, *Cuadernos Civitas de responsabilidad civil*, 2019, p. 29.

¹²³ PÉREZ GALLEGO, *Revista de Derecho Civil*, 2015, pp. 164-167, quien cita un repertorio de sentencias de la jurisprudencia menor que reflejan dicha disparidad. Entre las sentencias que cita, unas establecen como factores para rebajar o aumentar la cuantía el escaso tiempo de convivencia con el menor, y la convicción del progenitor de que el hijo no era suyo (SAP de Valencia de 5 de septiembre de 2007, de cien mil a doce mil euros), en otras se aumenta la cuantía dado el tiempo transcurrido de cuatro años de ocultación de la paternidad (SAP de Barcelona de 16 de enero de 2007). Frente a otras en las que se concede solamente tres mil euros al no llegar a un año la ocultación y quizás por ser una pareja de hecho (SAP de Asturias 18 de mayo de 2012- JUR 2012/265689-), cuando en otras, a pesar de que el tiempo de ocultación no llega a un año, se concede una indemnización de treinta y cinco mil euros (SAP de Cádiz de 3 de abril de 2008). En definitiva, el autor constata la mayor cuantía en los supuestos de daños familiares relativos a las relaciones paterno-filiales, en concreto por daño moral derivado por la privación de todo contacto con hijo menor de edad, como lo constata la STS de 30 de junio de 2009 que estableció la

que se predica la necesidad de crear un marco jurídico adecuado a los daños que se producen en la esfera del Derecho de familia, así como de elaborar las categorías jurídicas que otorguen la necesaria seguridad jurídica que debe presidir las relaciones personales¹²⁴; tal y como lo recoge la SAP de Cádiz de 16 de mayo de 2014 (JUR 2014, 203955).

Por último, no es desdeñable que los jueces utilicen el concepto de daño moral como «comodín» en orden a incrementar de modo significativo su cuantía para indemnizar aquellos daños patrimoniales que por diferentes razones son difíciles de cuantificar. Esta aplicación se basa en sus contornos demasiado difusos¹²⁵ y en la dificultad y rechazo de la acción indemnizatoria por daños patrimoniales por ocultación de la paternidad, como el coste de los tratamientos psicológicos o médicos. En este sentido, el daño moral trata de compensar bienes cuya pérdida o deterioro son muy diversos, tales como la salud, la libertad, la tranquilidad de ánimo, el equilibrio psíquico, la honorabilidad sexual, etc.¹²⁶. Ahora bien, lo que la jurisprudencia no ha llegado es a dotar a dicha responsabilidad de una función punitiva, tan controvertida en nuestro derecho civil¹²⁷.

5.2.2.3 LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL: ¿PRESUNCIÓN DEL MISMO?

En lo que concierne a la «prueba del daño moral», es regla general según los términos del artículo 217 LEC que el daño moral habrá de ser, en lo posible, objeto de la debida probanza o demostración por parte del perjudicado. En tema de daños y como criterio general la carga de la prueba, en cuanto a su ocurrencia y cuantificación, incumbe siempre a la persona que pretende su resarcimiento; esto es, la existencia del daño y su cuantía habrán de demostrarse de forma indiscutible o indubitada por la persona que reclama la correspondiente responsabilidad y resarcimiento. Por tanto, y en principio, será justamente la víctima quien acredite a través normalmente de informes médicos y psicológicos, o por lo menos, exponga o exteriorice la realidad de todos estos conceptos que han

cuantía indemnizatoria en sesenta mil euros. Y también, NEVADO CATALÁN, *InDret*, 4/2018, pp. 24-26.

¹²⁴ GARCÍA DE LEONARDO, *Revista de Derecho de Familia*, 2010, núm. 47, p. 48.

¹²⁵ En este sentido, *vid.* FARNÓS AMORÓS, 2015, p. 555.

¹²⁶ *Vid.* Díez PICAZO, 2008, y GÓMEZ POMAR, *InDret*, 2/2000, pp. 7-9.

¹²⁷ *Vid.* GÓMEZ POMAR, *InDret*, 1/2000, pp. 9-10, quien matiza que en la jurisprudencia española este uso sancionador es palmario en supuestos en los que la gravedad de los hechos y la repulsa social que merecen son los factores principales en la determinación del *quantum*, en concreto en el campo de las agresiones contra la libertad sexual, y en las intromisiones al honor y a la intimidad.

integrado el instituto: ese sufrimiento, ese dolor, esa zozobra, esa inquietud, esa desazón, esa ruptura de lazos afectivos, esa soledad, esa orfandad.

No obstante lo expuesto, son significativos los pronunciamientos judiciales que denotan cierta presunción del daño moral, como se ilustra por la SAP de Madrid de 9 de mayo de 2014 (AC 2014, 1397) al argüir que: «(...) *aun prescindiendo del mencionado informe pericial, es notorio que hechos como los descritos en la demanda implican de por sí un padecimiento moral para quien los sufre, que ve cómo la paternidad en la que creía es inexistente, lo que conlleva la existencia de una infidelidad de su esposa y la destrucción de su matrimonio, de modo que la actuación de la demandada al engañar a su marido consciente y premeditadamente sobre la paternidad de la hija que tuvo en mayo de 2011 ha causado al que era su marido daños morales que merecen ser indemnizados*». En otras palabras, el daño moral no suele ser objeto de prueba ni pericial ni testifical, sino que se funda en la presunción implícita de tratarse de sentimientos comunes a todas las personas, de modo que no es posible alegar su dificultad probatoria para mantener su supresión, *padecimiento psíquico sufrido por el esposo que puede quedar acreditado por la prueba pericial médica*¹²⁸. Al igual que las SSAP de León, 2.^a, de 2 de enero de 2007 (JUR 2007, 59972), y de 30 de enero de 2007 (JUR 2007, 192431) al señalar que: «en cualquier caso, ni las pruebas practicadas ni las que hubieran podido llevarse a cabo en tal sentido, son necesarias para llegar a una conclusión que entendemos evidente, y es el dolor y el sufrimiento que con total seguridad se le ocasiona a cualquier persona en la situación de D. Raúl (FD 3.º)».

En esta línea y de modo contundente la SAP de Zaragoza de 31 de enero de 2013 (JUR 2013, 112359) limita los casos de presunción de daño moral a los casos de ocultación dolosa de la paternidad, encontrándonos ante un daño moral *ex re ipsa* o presunción derivada de la naturaleza de las cosas. En este supuesto, la mujer había hecho creer a su marido que los cuatro abortos primeros eran del actor, y éste descubrió el engaño cuando se le practicó a la menor una prueba médica para verificar si padecía o no la enferme-

¹²⁸ *Ibidem*, pp. 9-11, quién afirma que en determinadas materias tales como en agresiones a la libertad sexual o la autoestima y reputación el Tribunal Supremo se muestra especialmente proclive a condenar el pago de indemnizaciones sin requerir constatación alguna de la realidad y alcance del daño. Esto es, sin exigir acreditación de un impacto psíquico e, incluso, 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 como los factores preponderantes en la fijación de la indemnización por daño moral.

dad de transmisión hereditaria del actor. Y ante el recurso fundado en que el demandante no probó daño moral alguno, el Tribunal resuelve que: «*el hecho en sí mismo, el mantenimiento continuado del estatus paterno-filial, que después cesa y actualmente parece que ha desaparecido en cuanto a los contactos entre padre e hija, determina que hay de estimarse que está ínsito el daño en la declaración de hechos, en la propia forma en que esto suceden, como que, sin mayores razonamientos, ha de estimarse que una situación así, necesariamente genera daño moral ex re ipsa conforme prevé en un supuesto precisamente de dolo la STS de 15 de junio de 2010, que ha de ser reparado por el agente que lo ocasionó*».

Por último, en este orden de cosas, es loable la propuesta de Código civil por la Asociación de profesores de derecho civil, al formular en el segundo párrafo del artículo 5192-2 que: «*en aquellos casos en los que la prueba de la valoración exacta del daño resulte excesivamente gravosa para el perjudicado, el Tribunal podrá estimarla de manera motivada*»¹²⁹.

5.2.2.4 RESPECTO AL INICIO DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN O *DIES A QUO*: ¿DAÑOS CONTINUADOS O DAÑOS PERMANENTES?

i) Desde el plano de la teoría general de la prescripción de las acciones, dado el tenor de los artículos 1969 CC (que establece que los plazos de prescripción de las acciones en general comienzan contarse desde el día en que estos pudieron ejercitarse) y 1968.2 CC (que concreta el *dies a quo* del plazo en las acciones de responsabilidad extracontractual «desde que lo supo el agraviado»), nuestra jurisprudencia ha aclarado que la expresión del precepto 1968 CC se refiere al momento en que se han acabado de producir las consecuencias dañosas de la acción del causante. Es decir, hasta que no se consuman esas consecuencias dañosas no empieza a correr el plazo. Asimismo, y en orden por tanto a paliar el rigor de la brevedad del plazo de la acción de responsabilidad extracontractual así como de la inexistencia de mecanismos de suspensión del plazo de suspensión mientras dura la convivencia, la jurisprudencia también ha ido retrasando, en la medida de lo posible, el momento de inicio del cómputo del plazo, pero sin alargar el mismo, en aras del principio «*pro víctima*», cuyo fin es aplicar la justicia material¹³⁰.

¹²⁹ ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, 2018, p. 865. Disponible en http://www.derechocivil.net/images/libros/obra_completa.pdf.

¹³⁰ Vid. RODRÍGUEZ GUTIÁN, *La Ley. Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2011, p. 1356.

Antes de profundizar en el inicio del cómputo del plazo de la acción de daños y perjuicios que estamos analizando, es conveniente aludir al inicio del plazo de la acción de impugnación de la paternidad, relacionado con nuestro tema. Pues es sabido que el *dies a quo* ha sido aclarado por la reforma del artículo 136 por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que reza que: «si el marido, pese a conocer el hecho del nacimiento de quien ha sido inscrito como hijo suyo, desconociera su falta de paternidad biológica, el cómputo del plazo de un año comenzará a contar desde que tuviera tal conocimiento». Al respecto, la jurisprudencia adolece de la falta de una respuesta unánime sobre lo se debe considerar por «conocimiento de falta de paternidad». Más en concreto, aquélla ha interpretado el artículo 136 CC en el sentido de que el plazo de la acción de impugnación comienza en el momento en que el marido sepa o pudiera saber que no era el verdadero progenitor. De modo que la STS de 20 febrero de 2012 (RJ 2012, 4047) vincula el *dies a quo* a la existencia de un principio que pruebe la no paternidad biológica, considerando como tal el envío de diferentes mensajes por parte de la madre al exmarido en los que informaba de que él no era el padre, proponiéndole así que realizara la pertinente prueba de ADN¹³¹. A partir de ese momento se establece iniciado el plazo de caducidad de la acción de impugnación. Se afirma entonces que el *dies a quo* debe cifrarse no tanto en el conocimiento cuanto en la cognoscibilidad, de modo que entenderá caducada la acción si el marido se mantiene inactivo a pesar de haber sospechas y signos claros de la ausencia de paternidad.

Por el contrario, en el tema que tratamos relativo a la «indemnización derivada de la ocultación de la paternidad», las sentencias hacen referencia a tal asunto considerando en la mayoría de los casos que el *dies a quo* comienza en el momento en que la sentencia de impugnación de la paternidad adquiere firmeza. Y es doctrina del Tribunal Supremo, tal y como se refleja en la STS de 14 de julio de 2010 (RJ 2010, 5152) que fija el *dies a quo* cuando se tienen conocimiento del hecho y siempre que la paternidad haya cesado en la forma legalmente establecida. Este criterio se ratifica por la STS de 13 de noviembre de 2018 (2018, 5158) que consideró que la acción no estaba prescrita, pues el plazo debe computarse desde que lo supo el agraviado, y ese momento se concreta cuando

¹³¹ Vid. DE LA IGLESIA MONGE, *RCDI*, núm. 760, 2017, p. 923 que establece que la demostración de la no paternidad del marido se rige por el artículo 767.2 LEC, el cual admite toda clase de pruebas, así aparte de las biológicas, que son las pruebas directas, pueden utilizarse las indirectas, como la impotencia del marido, la falta de convivencia con la esposa a pesar del matrimonio, o la ausencia del marido en el período de la concepción.

adquirió firmeza la sentencia en el procedimiento de filiación (fue el 9 de noviembre de 2010), y posterior inscripción registral. Instado acto de conciliación el 9 de noviembre de 2011, la prescripción se interrumpió hasta la celebración de dicho acto (13 de junio de 2012), por lo que al presentarse la demanda el 13 de junio de 2013, la acción ejercitada no estaba prescrita. En consecuencia, no se admite la pretensión del recurrente de remitir el *dies a quo* al conocimiento que tuvo de que el segundo de los hijos no era suyo con los resultados del estudio genético al que se sometió privadamente, momento en el que, a su juicio, nace la acción; debiéndose remitir al momento en que cesa la presunción de paternidad por sentencia de 9 de noviembre de 2010, y se practica la inscripción, dado que de otra forma la acción ejercitada sería inoperante (FD 2.º). Asimismo, lo aplica la jurisprudencia menor tal y como se refleja, entre otras, en las SSAP de León de 2 de enero de 2007 (JUR 2007, 59972) que estima el inicio del cómputo del plazo cuando la sentencia que estimó la impugnación de la paternidad sea firme; así como la de Murcia de 18 de noviembre de 2009 (AC 2010, 60)¹³².

Tras lo expuesto puede concluirse, por un lado, la posibilidad de interrupción de la prescripción con la presentación de la demanda de conciliación, produciéndose el inicio del nuevo plazo de prescripción a partir de la celebración sin avenencia del acto de conciliación, acorde con el art. 1973 CC y 479 LEC. Si bien, el actual art. 143 LJV de 2015 al rezar que: «el plazo para la prescripción volverá a computarse desde que recaiga decreto del Secretario judicial o auto del Juez de Paz poniendo término al expediente» no marca el inicio necesariamente desde el acto de conciliación¹³³. Y, por otro lado, que el plazo de prescripción es de un año a contar desde la fecha en que la sentencia de impugnación de la paternidad deviene firme, no pudiendo considerarse que debería contarse como iniciado el plazo cuando el actor solo tuviera sospechas acerca de su falsa paternidad. E, incluso, una apreciación restrictiva de la prescripción como límite al ejercicio de los derechos subjetivos debe conducir a que sea, en realidad, la notificación de la resolución que declara firme la sentencia de impugnación de la filiación la que marque la fecha del cómputo, como indica la STS de 14 de julio de 2010 (RJA 2010, 5152). No obstante hay doctrina que, a mi parecer contrariando la seguridad jurídica, sobre la base de dife-

¹³² Que sitúa el inicio del cómputo con la firmeza de la sentencia añadiendo que: «en efecto, además de operar la presunción de paternidad del artículo 116 CC, Don Daniel también figuraba inscrito en el Registro civil como hijo de D. Héctor y tal inscripción, en tanto en cuanto no se dictara sentencia judicial que obligara a modificarla, constituía, conforme al artículo 2 LRC prueba de tal hecho, es decir de la paternidad de D. Héctor».

¹³³ MARTÍN-CASALS, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2019, p. 14

rentes intereses lesionados por ocultación de la paternidad defiende diferentes *dies a quo* para reclamar la responsabilidad civil, sin exigir, cuando se lesiona la libertad del esposo por la imposición de una paternidad la firmeza de la sentencia de impugnación sino la obtención de los resultados de la prueba de paternidad o cuando se tiene la certeza de la ausencia de vínculo genético¹³⁴.

De tal modo que, en coherencia con el principio afirmado en el párrafo anterior, solamente en el supuesto de que se probara que el esposo que no resulta ser el padre conociera de modo inequívoco esta falsa paternidad, el plazo de prescripción sí se entendería comenzado¹³⁵. Esto es, si el tribunal tiene certeza que el marido conocía la falsa atribución de la paternidad durante el matrimonio no procederá la indemnización alguna por daño moral, pues al margen de que con su actitud pasiva consentía la situación, se plantearía la caducidad de la acción de impugnación de la paternidad sin llegar el tribunal a conocer del fondo del asunto porque no se puede dejar la impugnación a su entera discrecionalidad. En este sentido, de modo loable a mi entender, la SAP de Pontevedra de 22 de septiembre de 2016 (JUR 2016, 227006), anuda el inicio del plazo a la «certeza de la no paternidad» y no a las meras sospechas de la misma, afirmando que aunque el marido abrigare serias sospechas sobre su paternidad ello no implica una certeza de su no paternidad, señalando textualmente: *«más aún cuando efectivamente conociera aquellas circunstancias, no puede sostenerse que aceptó tal situación y asumió voluntariamente la paternidad, cuando precisamente consta que, a principios del año 1993 dedujo demanda de impugnación de paternidad y ello con independencia de que aquella pretensión le fuera desestimada, atendiendo a la normativa vigente a la sazón, por caducidad de la acción. (...) No es sostenible afirmar que el demandante conocía, desde el principio y con total seguridad y certeza, que no era el progenitor biológico del hijo nacido en el matrimonio. Entre otras razones porque la única persona que podría proporcionarle tal conocimiento, no solamente no lo hizo, sino que mantuvo una posición contraria a la realidad (...)»*. Y por tanto sería criticable la sentencia recaída en SAP de Gerona de 19 de abril de 2018 (JUR 2018, 114596) pues en el caso en litigio el conocimiento de la falsa paternidad no fue incontestable dado que fue el propio hijo, mayor de edad, quién

¹³⁴ NEVADO CATALÁN, *InDret*, 4/2018, p. 36, quien explica que, aunque lo normal es que se realice una acumulación objetiva de acciones de resarcimiento e impugnación por considerarse que ésta tiene carácter prejudicial, a su parecer en este caso de daños por imposición de paternidad no debería condicionarse a la posterior impugnación de la misma.

¹³⁵ DE LA IGLESIA MONGE, *RCDI*, 2017, ob. cit. p. 927, y MURILLAS ESCUDERO, *REDUR*, 2015, p. 124.

hizo saber la no paternidad al falso padre, pudiendo no ser necesariamente cierta la información y, por tanto, no siendo concluyente el conocimiento¹³⁶.

En cualquier caso, frente a la unánime tesis de ser el *dies a quo* el día en que sea firme la sentencia de impugnación, nos encontramos con una STS de 18 de junio de 2012 (RJ 2012, 6849), citada anteriormente, que niega para el recurrente dicho inicio, a mi parecer de modo injusto, cifrándolo, sin embargo, en el momento en el que las hijas se fueron a vivir con el padre biológico tras el divorcio. La razón señalada por la sentencia es que responde a la realidad y a los hechos probados que fue dicho momento (2006), y no el de la sentencia de impugnación de 18 de julio de 2007, en el que se acredita el impacto emocional y depresión en el que se sumió quién se creía ser el padre; esto es, el daño tiene su origen en el engaño sobre la forma de concebir a las hijas y en el hecho de que tras el divorcio y por decisión de la madre, las tres se fueron a vivir con el padre biológico. Esta última situación sumió al exmarido en una depresión de la que sí existe constancia en un informe emitido por el psicólogo (siendo la fecha inicial del cómputo del plazo de prescripción de la acción de daños precisamente la fecha del informe médico en el que se da el alta al demandante del «trastorno adaptativo con depresión prolongada, el 16 de octubre de 2006»). En concreto, y brevemente, en este caso el D. Matías formula demanda frente a su exmujer y el padre biológico reclamándoles una indemnización por los daños físicos y morales por él sufridos como consecuencia de la pérdida de dos hijas criadas como tales y concebidas por los demandantes ocultándole la realidad de la concepción y paternidad. Se solicita que les condene a pagar solidariamente la cantidad de 199.038, 36 euros. La sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda y condena a los demandados al pago conjunto y solidario de la semana de 117.130, 08 euros y, al ser ésta recurrida por ambos alegando la demandada prescripción de la acción, la Audiencia acoge dicha excepción y desestima el recurso plantado por el exmarido. Y contra dicha sentencia de apelación D. Matías interpone recurso de casación arguyendo que la acción no ha prescrito ya que el plazo de un año debe contarse desde la sentencia que resuelve el procedimiento de impugnación de la paternidad que declara que las hijas son extramatrimoniales de 18 de julio de 2007, habiéndose interpuesto la demanda cinco meses después, el 18 de diciembre de 2007.

¹³⁶ Criticada dicha sentencia, junto a la STS de 18 de junio de 2012, por YZQUIERDO TOLSADA, 2018, p. 415.

ii) A modo de postrera observación, y como defensa ante la brevedad del plazo de prescripción de la responsabilidad extracontractual y la inexistencia de mecanismos de suspensión del plazo mientras dura la convivencia¹³⁷, resulta interesante la calificación del daño derivado del incumplimiento del deber de fidelidad con ocultación negligente de la paternidad como daño permanente; precisando que, según la jurisprudencia, existe una diferencia entre los «daños continuados» y los «daños permanentes» que influye en el cómputo de la prescripción.

Los «daños continuados» son aquellos de producción sucesiva en los que el inicio del cómputo se pospone hasta la producción del resultado definitivo. Esto es, son continuados porque la causa del daño se mantiene en el tiempo, razón por la cual sigue produciéndose el daño y no comienza a correr el plazo de prescripción hasta que no cesa el hecho dañoso; aunque se permite que en aquellos supuestos en los que el daño se pueda fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados no se retrase el inicio del cómputo del plazo de prescripción, y tras cada etapa o daño diferenciado comience a correr el respectivo plazo de un año¹³⁸. A diferencia del anterior, el llamado «daño permanente» dice nuestro Alto Tribunal, es aquel que se produce en un momento determinado por la conducta del responsable del mismo, pero persiste a lo largo del tiempo con la posibilidad, incluso, de agravarse por factores ya del todo ajenos a la acción u omisión del demandado. En este caso el plazo para la prescripción de la acción comienza desde que lo supo el agraviado, desde que tuvo conocimiento real del mismo y por tanto pudo medir su trascendencia mediante un pronóstico razonable. De tal modo que en estos daños es el perjuicio mismo el que prevalece, pero no su causación, que puede ser única y, en consecuencia, desde que pueda valorarse el alcance definitivo del daño permanente comenzará a correr el plazo que podrá prescribir pese a mantenerse el daño o secuelas¹³⁹.

¹³⁷ RODRÍGUEZ GUTIÁN, 2009, p. 72.

¹³⁸ Un ejemplo de daños continuados en el ámbito de las relaciones familiares lo encontramos en el STS de 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 5490) ya citada en este trabajo en la que se condena a la madre a indemnizar al padre el daño moral por la privación de la relación con su hijo al que trasladó ilícitamente a Estados Unidos. El TS finalmente niega que el *dies a quo* deba situarse en el momento del traslado sino en el momento de la extinción de la patria potestad dado que se está ante un daño continuado en el que la causa (la vulneración de los derechos de guarda y custodia al haberse atribuido al padre la custodia) se han vulnerado hasta el momento de la mayoría de edad del hijo. En este momento se puede conocer el alcance definitivo del daño y comienza a correr el plazo de prescripción.

¹³⁹ Según NEVADA CATALÁN, *InDret*, 4/2018, p. 37, en el caso de ocultación de la paternidad con daño por la pérdida de la relación del menor es un daño permanente y no continuado porque a partir del pronunciamiento judicial la voluntad de la madre de impedir el contacto con el menor o, en su caso, limitarlo al régimen de visitas como allegado, estaría jurídicamente amparado.

Parece, por tanto, que la clave para diferenciar ambos tipos de daños y por tanto conocer con seguridad cuándo se inicia el cómputo del plazo de prescripción de la acción en cada caso, va a depender de cuál sea el conocimiento que el perjudicado tenga sobre el alcance real y final del daño; siendo fundamental a tales efectos la prueba a practicar sobre tal extremo¹⁴⁰.

Esta cuestión jurídica fue invocada por el recurrente en casación y resuelta por la STS de 14 de julio de 2010 (JUR 2010, 5152), dada la gravedad de los daños morales probados en la sentencia, entre otros, afección psíquica requiriendo asistencia ambulatoria por cuadro de amnesia global transitoria¹⁴¹. En este caso los hechos, de modo sucinto, se basan en que el demandante y demandada contraen matrimonio en junio de 1983, siendo inscrita en el Registro civil la hija de ambos nacida el 22 de febrero de 1984. Ambas partes siguen un procedimiento de separación confirmado por sentencia de la AP en 2001, y a instancias de la mujer se sigue en procedimiento de impugnación de la filiación de la paternidad terminando por sentencia de 2003 que declara que Beatriz es hija biológica de una persona distinta al demandante. En el mismo año el demandante interpone demanda de divorcio, solicitando la custodia del otro hijo en común del matrimonio y la extinción de la pensión de alimentos respecto a quien no era hija suya. Y el 17 de noviembre de 2005 presenta una demanda de responsabilidad extracontractual frente a su exmujer, por la que reclama una indemnización por daño patrimonial y enriquecimiento injusto por haber criado, educado y alimentado a una hija no siendo suya, así como por el daño moral derivado tanto de la pérdida de su hija, como de las secuelas psicológicas producidas por la separación matrimonial y del deterioro de su fama y honor como consecuencia del conocimiento de la infidelidad de su exmujer. El JPI desestima la demanda, argumentando que la acción del artículo 1902 CC ha prescrito, e interpuesto recurso de apelación entendiendo que ha se le ha causado un daño continuado, que comienza con el proceso de separación conyugal iniciado por la esposa en el año 2001 y que continúa con el procedimiento de impugnación de filiación y sus consecuencias en 2003, que conducen a que en noviembre de 2005 se le declare un grado de discapacidad del 65%, a que se le ingrese en enero de 2006 en un hospital y a que se declare su incapacidad total

¹⁴⁰ LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA (Legal Today, 27 de julio de 2016, p. 1).

¹⁴¹ En concreto, daños físicos con intervención quirúrgica por el síncope cardiogénico que sufrió, reconocimiento en un grado de discapacidad del 65% en un primer momento y total al final; secuelas psicológicas ingresando en un centro hospitalario presentado un cuadro de amnesia global transitoria y afección psíquica requiriendo asistencia ambulatoria desde la interposición de la demanda de divorcio.

para la profesión habitual en mayo de 2006. Por ello se alega que la fecha a tener cuenta es en septiembre de 2005 que es el momento en que se conocen de modo definitivo las secuelas producidas, a raíz del informe médico que diagnostica la dolencia cardiaca. De modo que la Audiencia Provincial a pesar de admitir estar ante un daño continuado afirma que los distintos conceptos por los que reclama indemnización se basan en unos hechos perfectamente diferenciados y concretados en el tiempo, pues en cuanto al daño patrimonial y el daño moral derivado de la pérdida de la hija y del honor la acción ha prescrito pasado un año desde la notificación de la sentencia de impugnación de filiación, así como el daño derivado de la separación matrimonial ha prescrito al pasar más de un año desde la fecha de la sentencia de separación. Si bien, ante el recurso del demandante, el Tribunal Supremo niega estar ante un daño continuado sino permanente.

En concreto, en la sentencia se pone de manifiesto y se prueba la ocultación negligente de la paternidad de uno de los dos hijos tenidos hasta entonces por matrimoniales. Y la misma, aun considerando prescrita la acción y desestimando dicho recurso, como pronunciamiento *obiter dictum*, acomete 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. El Tribunal nos explica que en estas situaciones suele ser 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 la 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 los daños materiales, vulnerándose así la seguridad jurídica garantizada en el artículo 9.3 CE. Por ello, concluye el Tribunal que, *«frente al daño continuado, en caso de daño duradero o permanente el plazo de prescripción comenzará a correr desde que lo supo el agraviado, como dispone el artículo 1968.1 CC, es decir, desde que tuvo cabal conocimiento del mismo y pudo medir su trascendencia 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»*. Aplicando la teoría expuesta al caso en litigio, se concluye que la acción había prescrito dado que el *dies a quo* no se representa en la fecha del informe médico que habría constatado el empeoramiento del demandante y la producción del resultado definitivo (2005), sino el 27 de septiembre de 2003 en la

que se notificó la sentencia de impugnación de paternidad¹⁴². Pues el «*recuerdo más o menos periódico, más o menos intenso u obsesivo de lo sucedido anteriormente, o incluso aunque este recuerdo pueda repercutir en el estado de salud del sujeto, no justifica que se retrase el inicio del dies a quo, ya que de admitir semejante identificación el inicio del plazo de prescripción se prolongaría indefectiblemente...*». Y en el mismo sentido la SAP Cádiz de 21 de septiembre de 2012 (JUR 2012, 353634). Dicho sufrimiento debería a mi parecer, no obstante, tenerse en cuenta al cuantificar el daño moral.

En definitiva, los pronunciamientos judiciales sobre ocultación de la paternidad niegan estar ante daños continuados, sino ante «*daños permanentes*» fijando el *dies a quo* en la fecha de la sentencia que niega que exista la relación paterno-filial. Si bien, me pregunto si pudiera plantearse una nueva pretensión indemnizatoria por parte del esposo a quién le han ocultado la paternidad, como *daño sobrevenido*. Este daño es admitido si se dan dos requisitos, que no fueran previsibles cuando se presentaran las anteriores reclamaciones, porque si lo fueran la acción está prescrita, y la imputación objetiva entre el hecho dañoso y los nuevos daños¹⁴³. Por ejemplo, cuando de modo sobrevenido y posterior a la sentencia que establezca la extinción de la relación paterno-filial se produce una agravación, como la declaración de una incapacidad total, o cualquier enfermedad en nexo causal con el hecho dañoso o extinción de la relación filial¹⁴⁴. En esta línea de aceptar los daños sobrevenidos, tanto para los daños continuados como los permanentes, que son los que nos atañen, parece pronunciarse la propuesta de modificación de Código civil español por la Asociación de profesores de Derecho civil en su artículo 5192-3, segundo párrafo que afirma: «*Cuando los daños tuviesen carácter continuado o permanente, la condena a la reparación de los ya producidos, no impedirá la formulación de ulteriores pretensiones en orden a la reparación de los que se hayan generado con posterioridad*»¹⁴⁵.

¹⁴² PÉREZ GALLEGO, *Revista de Derecho Civil*, 2015, pp. 157-158.

¹⁴³ Es sabido que la regla general es que, si el perjudicado ha sido indemnizado, éste carece de todo derecho posterior a la reclamación, pues tiene la sentencia en la que se le concede indemnización o la transacción entre el dañado y dañante tienen el carácter de cosa juzgada.

¹⁴⁴ Marcando las diferencias existentes, acerca de los daños sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria, *vid.* disposición adicional tercera, de la Ley 35/2015, de 23 de septiembre, de reforma del sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

¹⁴⁵ *Vid.* ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, 2018, p. 866. Disponible en http://www.derechocivil.net/images/libros/obra_completa.pdf.

5.2.3 La causalidad: la teoría de la imputación objetiva

En cuarto lugar, y como último presupuesto de la responsabilidad civil, se requiere el nexo causal entre la acción u omisión anti-jurídica y culpable y el daño; adoleciendo nuestra normativa de la falta de criterios legales para determinar cuándo una acción es causa de un daño desde el punto de vista jurídico. Es por ello que, siguiendo a Pantaleón Prieto¹⁴⁶, y la más reciente jurisprudencia, la teoría de la imputación objetiva ha venido a determinar si un concreto daño puede ser justamente, de modo total o parcial, puesto a cargo de quien se encuentra en relación de causalidad con el evento generador¹⁴⁷.

Esta imputación presupone, a su vez, el nexo material o mero antecedente causal físico desde la teoría de la equivalencia de las condiciones, como fórmula de la que parte el análisis del nexo causal. Por su parte, y una vez afirmado el nexo material, se ha de considerar la dimensión jurídica de la relación causal; y es por ello que la teoría de la imputación objetiva nació con la finalidad de superar las insuficiencias, sobre todo, de la doctrina de la «causalidad adecuada». La virtualidad de aquella se basa en que discrimina entre las causas del daño que son jurídicamente relevantes y las que no lo son a partir de la valoración del riesgo creado por cada una de ellas de que el daño se produjese. Incluso, dicha teoría se descompone en una serie de criterios, llamados criterios de imputación objetiva, que facilitan al intérprete la valoración de si, efectivamente, se cumplen respecto de cada causa del daño las condiciones abstractas que permiten considerarla causa jurídicamente relevante. En concreto, y sucintamente, los criterios que excluyen la imputación objetiva son el criterio del riesgo general de la vida, la prohibición del regreso, el criterio de incremento del riesgo, el criterio de la adecuación, y el criterio del fin de protección de una norma en que se fundamenta la responsabilidad. Por último, la prueba de dicho presupuesto como el resto, conforme a las reglas generales de la responsabilidad civil, corresponde a la víctima.

En consecuencia, en el caso en estudio no habría problema en probar que la lesión al interés jurídico protegible del esposo al extinguirse la relación de filiación y el daño moral derivado de dicho cese se imputa objetivamente a la omisión antijurídica de

¹⁴⁶ Para un estudio de este presupuesto, *vid.* PANTALEÓN PRIETO, 1990, pp. 1561-1593.

¹⁴⁷ *Vid.* ROCA TRÍAS/NAVARRO MICHEL, 2011, p. 177, quienes matizan que, en consecuencia, la imputación objetiva tiene acceso a casación al no ser una cuestión de puro hecho, y que la técnica de la imputación objetiva no evita la prueba por parte del perjudicado.

ocultar la paternidad. Más allá, estimo que no concurren los criterios típicos de exclusión de la imputación objetiva, al no encuadrarse en el «*riesgo permitido*» o «*riesgo general de la vida*» al no ser dicha ocultación la manifestación de un riesgo que cabría considerar como cotidiano o propio del normal desenvolvimiento de la vida social. Tampoco se subsumiría en el «*criterio de la causalidad alternativa hipotética del daño*» o «*del incremento del riesgo*» pues es difícil imaginar un supuesto en el que el daño por dicha ocultación se hubiera producido igualmente, con certeza prácticamente absoluta, de modo que dicha ocultación no sea causa del daño. Tampoco se subsumiría en la «*prohibición del regreso*» dado que en este caso habría que probar que dicha ocultación negligente aunque es causa deja de serlo desde que se verifique una intervención dolosa o gravemente negligente de un tercero en la causación de dicho daño. Por último, se excluye igualmente el *criterio fundamentador de protección de la norma jurídica vulnerada*, pues no estamos ante la vulneración de un reglamento o norma que no tenga por fin la protección del interés en estudio¹⁴⁸.

Si bien, lo que podría apuntarse en este apartado sería la aplicación de la concurrencia de causas en el supuesto en que se pudiera probar la contribución causal de la negligencia del padre al daño sufrido. En este caso se aplicaría la teoría jurisprudencial pacífica de la «reducción o moderación de la cuantía indemnizatoria», en proporción a la contribución causal. Por ejemplo, cuando el comportamiento del demandante no rompe el nexo de causalidad pero sí concurre a la producción del mismo o de su agravamiento, lo que deberá ser apreciado para reducir su cuantía.

Incluso, sobre la base de la teoría general de la responsabilidad civil, no ignoramos que el nexo causal puede quedar roto, por un lado, por un suceso de fuerza mayor, esto es, por un acontecimiento externo al ámbito de actuación del demandado. Los pronunciamientos judiciales en los que se exonere de responsabilidad por dicha causa son escasos, pero el que la conducta de un tercero impidiera u obstaculizara el actuar diligente de la madre se constató en la SAP de La Coruña de 8 de noviembre de 2010 (AC 2010, 2303) que exonera de responsabilidad civil a la madre por el hecho de que la hija, ya siendo mayor de edad, no quiso someterse a la prueba biológica para determinar la verdadera paternidad, especialmente por el grado de deterioro en las relaciones afectivas que mantenía con su padre. Por otro lado, la ruptura del nexo causal

¹⁴⁸ Para profundizar en el significado de los criterios de exclusión e la imputación objetiva, vid REGLERO CAMPOS, 2013, pp. 109-112; SALVADOR CODERCH/FERNÁNDEZ CRENDE, *InDret*, 1/2006, pp. 1-40; y XIOL RÍOS, *La Ley - Actualidad Civil*, 2, 2010, pp. 123-49.

puede traer causa en la conducta de la víctima con incidencia causal¹⁴⁹, por ejemplo, sobre la base del conocimiento por el demandante de la falta de paternidad del hijo. Así lo ilustran las SSAP de León de 23 de noviembre de 2012 (AC 2012, 1643), y de Castellón de 10 de febrero de 2009 (AC 2009, 346) en las que dicho conocimiento se basó en que el cónyuge había informado al demandante de las dudas al respecto, al haberse producido la concepción durante una crisis matrimonial con posterior reconciliación, eludiendo aquél la prueba de paternidad. Y quizás de los términos de la SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004 anteriormente citada (AC 2004, 1994) se podría llegar a entender que la actitud del esposo podría ser una suerte de culpa de la víctima que funcionaría como excepción al resarcimiento del daño moral; al ser igualmente infiel y mantener una actitud tolerante, dado que no serían íntegramente reparados los daños en cuya causación ha intervenido la víctima, ni la cuantía debida por la agravación de daños producida por la desidia del dañado en reducir las consecuencias del perjuicio sufrido¹⁵⁰. Por último, se podría discutir la existencia del nexo causal cuando el daño proviene de otras circunstancias no indemnizables como el descubrimiento de la infidelidad o la ruptura de la pareja, lo cual es habitual en estas reclamaciones que se suelen plantear en un contexto de grave crisis familiar.

6. EL DAÑO PATRIMONIAL POR ALIMENTOS DERIVADO DE LA OCULTACIÓN DE LA PATERNIDAD: TESIS ACTUALES EN TORNO A LA «RESPONSABILIDAD CIVIL» VERSUS «COBRO DE LO INDEBIDO»

6.1 TESIS A FAVOR DE LA RESTITUCIÓN: EN BASE AL COBRO DE LO INDEBIDO

Hay un sector doctrinal que se posiciona sin ambages a favor de la restitución de los alimentos satisfechos en base al «cobro de

¹⁴⁹ DE VERDA BEAMONTE, *Revista Jurídica La Ley*, 2007, tomo 2, p. 123, que cita una sentencia ilustrativa del derecho italiano, aunque relativa al incumplimiento de un deber conyugal diferente a la fidelidad. En concreto, la sentencia de la Corte de Casación de Apelación de Pau, de 19 de octubre de 2010 que confirmó la sentencia recurrida, la cual había desestimado la pretensión resarcitoria del marido, afirmando que los múltiples reproches que le había dirigido su mujer se veían compensados con los que aquél, a su vez, le había hecho a ésta en el ámbito de la educación de los hijos, lo que evidencia en las partes litigantes una incapacidad recíproca para superar sus conflictos personales.

¹⁵⁰ *Vid.* GÓMEZ LIGÜERRE, 2015, p. 35. Y DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2017, np. 56, p. 50.

lo indebido», negando la responsabilidad civil¹⁵¹, en esencia por ser más favorable a la víctima el mayor plazo de prescripción de aquella, cinco años frente al de ésta, un año¹⁵². Hay que precisar desde ahora que, además de dicho daño patrimonial por alimentos, se pueden señalar otros posibles daños patrimoniales a liquidar, como el coste de los medicamentos y tratamientos por daños a la salud física vinculados a la ruptura de la relación paterno-filial, de los gastos procesales del divorcio y de impugnación de la paternidad o de los profesionales para obtener la información; así como todos los demás de carácter análogo cuya indemnización podría tener otro fundamento. Se ha de matizar que el Tribunal Supremo ha tenido escasas ocasiones de pronunciarse sobre la partida de los gastos por la prueba de paternidad, pero en la última STS de 13 de noviembre de 2018 llegó a ratificar el pronunciamiento de las sentencias de instancias «en lo que no era la indemnización del daño moral y el patrimonial por devolución de alimentos (FD 5.º)», y en consecuencia manteniendo la petición del padre putativo del pago de la mitad de los gastos abonados para dicha prueba. Tal y como se ha pronunciado la jurisprudencia menor sobre la base de que la prueba de paternidad se entiende hecha en beneficio de ambos padres al resultar necesaria para conocer si existe vínculo biológico [SSAP de Cádiz de 3 de abril de 2008 (JUR 2008, 234675) y de 13 de junio de 2017 (JUR, 2017/221073)].

En cualquier caso, el argumento del cobro de lo indebido en orden a indemnizar el daño patrimonial se ha estimado por la jurisprudencia menor y es negada por el Tribunal Supremo, aunque de modo no pacífico, como se analizará en el siguiente epígrafe. En este sentido la SAP de Cádiz de 3 de abril de 2008 (AC 2008, 234675) admite que la madre tiene que restituir al exmarido los alimentos abonados tras haberse dictado la sentencia de separación, por importe de mil cincuenta euros mensuales, no admitiendo como restituibles las cantidades pagadas durante el matrimonio ya que ambos cónyuges tienen que contribuir al sostenimiento de las cargas matrimoniales (artículo 1318 CC). En el mismo sentido, las SSAP de Barcelona de 22 de julio de 2005 (JUR 2006, 163268), de León de 2 de enero de 2007 (JUR 2007, 599707) y de Madrid de 17

¹⁵¹ Vid. PÉREZ GALLEGU, *Revista de Derecho civil*, 2015, p. 173; MURILLAS ESCUDERO, *REDUR*, 2015, p. 125; ÁLVAREZ OLALLA, *Aranzadi Civil*, núm. 9, 2011, p. 3; ROMERO COLOMA, *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3, 2016 (BIB 2016/736); PÉREZ CONESA, *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6, 2015, (BIB 2015/2592). Díez PICAZO, 2007, pp. 235-254; PANIZA FULLANA, *Revista Doctrinal Aranzadi-Civil-Mercantil*, núm. 11, vol. 2, 2015, pp. 153-165; y GARCÍA AMADO (Almacén del Derecho, 1 de octubre de 2015).

¹⁵² Por modificación del artículo 1964 por reforma de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de la Ley de Enjuiciamiento civil 1/2000, de 7 de enero.

de diciembre de 2014 (JUR 2015, 50444), en las cuales se demanda a la madre, a la que una sentencia de separación o divorcio le atribuyó pensión de alimentos por el que se creía padre. Estos supuestos son anteriores a la reforma del plazo de prescripción de las acciones personales del artículo 1964 CC por reforma de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de tal modo que el plazo de la acción de reclamación de lo indebidamente pagado era de quince años, y no el actual de cinco años.

Más en concreto, existe unanimidad en entender que no puede prosperar la reclamación por lo pagado durante la convivencia porque existe el deber de contribuir a las cargas del matrimonio, y aunque el hijo fuese solo de uno de los cónyuges los gastos corren a cargo de la sociedad de gananciales ex art. 1362.1.ºII CC¹⁵³. En este sentido, la SAP de Jaén de 9 de marzo de 2015 (JUR 2015, 129380) admitiendo teóricamente la acción del cobro de lo indebido en orden a la devolución de los alimentos pagados, y señalando su plazo de prescripción de cinco años, rechazó su aplicación al caso en litigio porque la demanda se interpuso en el primer año de vida de la menor, y en ese momento la menor estaba registrada como hija del reclamante. De tal modo que, *«en tanto no se declara que el presunto padre ha resultado no serlo, la obligación de alimentos existe y no resulta de aplicación la institución del cobro de lo indebido, pues hasta entonces los alimentos son debidos. Se trata, en definitiva, de un pago realizado a su hijo con sustrato en una obligación legal»*.

En cualquier caso, las peculiaridades de la previsión legal del cobro de lo indebido ex artículo 1895 CC¹⁵⁴ exigen para que nazca de dicho cuasicontrato la obligación indemnizatoria que dicho pago se hubiera realizado por error, pues si el pago se hubiera realizado aún a sabiendas de que no era el padre biológico, no podrá repetir dicha cantidad, debiéndose considerar una liberalidad¹⁵⁵. En este sentido se pronuncia la SAP de León de 2 de enero de 2007 (JUR 2007, 59972), en la que se desestima la demanda contra la esposa dado que tanto el auto de medidas provisionales como de separación señalaron con cargo a ella una pensión alimenticia al habersele concedido la custodia al padre; pero se estima la acción por

¹⁵³ Incluso cuando los cónyuges han pactado régimen de separación de bienes, la Audiencia en la SAP de Valencia, 7.ª de 2 de noviembre de 2004 (AC 2004, 1994) negó la responsabilidad por daños patrimoniales, pues se constata que la demandada carecía de ingresos o rentas por lo que, sin aplicar el art. 1362 CC se considera que la educación y alimentación de los hijos corría a cargo de la economía doméstica (vid. Nevado Catalán, *InDret*, 4/2018, p. 27).

¹⁵⁴ Recordemos que el artículo. 1895 CC reza: *«Cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla»*.

¹⁵⁵ Vid., por todos, DÍEZ-PICAZO/GULLÓN BALLESTEROS, 2015, pp. 306-307.

el cobro de lo indebido contra el padre biológico que durante casi nueve años se mantuvo al margen del cuidado de la menor. En la sentencia se afirma que: «*el error del solvens sobre el carácter indebido del pago es presupuesto del enriquecimiento, y su prueba corresponde al demandante. Sin embargo, a los efectos que aquí interesan, el error se presume, cuando se entrega la cosa que nunca se debió, o cosa que ya estaba pagada ex artículo 1901 CC*». Y en sentido parecido las SSAP de León de 2 de enero de 2007 (JUR 2007, 59972) y de Asturias de 18 de mayo de 2012 (JUR 2012, 190526).

En definitiva, tras todo lo que se ha dicho hasta ahora respecto a la reclamación de los alimentos debidos en base al pago de lo indebido, se ha de precisar que la figura del *accipiens* puede ser, bien el padre biológico, bien la madre, pudiendo dirigirse la acción a uno u otro, pero prestando atención a la situación matrimonial. Esto es, si el matrimonio seguía vigente habría que tener en cuenta que, en realidad, el que se ha estado lucrando injustamente es el verdadero padre biológico ya que durante todo el tiempo que duró el matrimonio no tuvo que abonar ninguna cantidad por alimentos hacia el hijo. En este supuesto el verdadero progenitor tendría que restituir las cantidades abonadas por los alimentos. En cambio, la madre sí podrá verse obligada a la devolución de lo obtenido tras la separación de hecho o la sentencia judicial de separación o divorcio que impone al padre una obligación de alimentos respecto de los hijos, pues en estas circunstancias existe un cobro de lo indebido por parte de la madre, al habersele entregado las pensiones indebidamente, lo que la obliga a restituir lo cobrado (artículo 1895 CC). Y en el supuesto de que se demande conjuntamente a la exmujer con el progenitor hay que precisar que no existe litisconsorcio pasivo necesario¹⁵⁶. Por último, las dificultades que existen de orden práctico para el éxito del ejercicio de la acción contra el padre biológico en orden a la devolución de los alimentos pagados se verán más detenidamente en el epígrafe 7.2.

6.2 JURISPRUDENCIA QUE FUNDAMENTA LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO PATRIMONIAL EN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: EN TORNO A LA STS DE 24 DE ABRIL DE 2015 FRENTE A LA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2018

Frente a la posición doctrinal y jurisprudencial expuesta, existen sentencias que admiten la demanda por daño patrimonial y

¹⁵⁶ FARNÓS AMORÓS, *Derecho privado y Constitución*, 2011, p. 49.

advierten que, a pesar de que en la mayoría de los casos resueltos por nuestra jurisprudencia el actor fundamenta la demanda alegando que se trata de un «cobro de lo indebido» ex artículo 1895 CC, no se trata del pago de una cantidad ajena a la existencia del título de quién la recibe. Y que, por tanto, la posición del actor resulta incongruente dado que únicamente exige la devolución de las cantidades abonadas en concepto de pensión de alimentos cuando, en realidad, la acción del pago de lo indebido debería extenderse también a otras cantidades satisfechas para educación, vestido, habitación. Y tanto con anterioridad a la crisis matrimonial como en un momento posterior, porque en ambos casos son debidas.

Así las cosas, las razones que apoyan la pertinencia de la acción de responsabilidad extracontractual ex art. 1902 CC en orden a la devolución de los alimentos pagados son tanto el acortamiento del plazo de prescripción como la limitación de la retroactividad a la fecha de la declaración judicial de impugnación de la filiación¹⁵⁷. En este sentido, y con anterioridad a la sentencia del Tribunal Supremo del 2015, se había venido pronunciando una línea de la jurisprudencia menor en el sentido expuesto; entre otras, las SSAP de Baleares de 20 de septiembre de 2006 (JUR 2006, 279201), de Valencia de 5 de septiembre de 2007 (JUR 2007, 340366), de Barcelona de 16 de enero de 2007 (JUR 2007, 178240), y de 31 de octubre de 2008 (AC 2009, 93); de Cuenca de 8 de abril de 2013 (JUR 2013, 184078); de Granada de 13 de junio de 2014 (AC 2014, 1628), y de Gerona de 19 de abril de 2018 (JUR 2018, 114596).

Y hemos de esperar a la STS de 24 de abril de 2015 (RJ 2015, 1915) para que el Tribunal Supremo se pronunciara sobre el tema en el sentido de negar la posibilidad de reclamar estos alimentos por la vía del cobro de lo indebido, dado que por cuestiones procesales la STS de 22 de julio de 1999 (que admitió, a *sensu contrario*, basar la indemnización por daños derivados en la ocultación de la paternidad en la institución jurídica de la responsabilidad civil extracontractual) no se pronunció sobre el tema, pudiéndose presumir que hubiera basado su negativa a la indemnización en el mismo argumento por el que negó la del daño moral, esto es, la falta de dolo como requisito para que naciera la responsabilidad civil por ocultación de la paternidad. En concreto, en aquella sentencia se dirime la reclamación del hombre para que su exmujer le devuelva

¹⁵⁷ Siendo así las cosas que en bastantes ocasiones la desestimación de la demanda no se produce por no ser acorde a la pretensión dicho fundamento, sino por no apreciar conducta dolosa en la ocultación de la paternidad, como en la prescripción de la acción, tal y como señala la STS de 22 de julio de 1999 (RJ 1999, 5721), al igual que lo hacen las SSAP de Baleares de 20 de septiembre de 2006, Valencia de 5 de septiembre de 2007, y 2 de noviembre de 2011; de Barcelona de 16 de enero de 2007, y de Cuenca de 8 de abril de 2013.

lo que en concepto de alimentos para la hija él le ingresó entre el inicio del convenio regulador (2002) y el momento en el que fue firme la sentencia que declaraba la inexistencia de aquella relación de filiación (2009). Los antecedentes de hecho de la STS de 2015, bastante difundida en los medios sociales y jurídicos, tratan de un matrimonio que, tras considerar que su relación conyugal se había deteriorado después de dieciocho años de matrimonio, se separan, en 2003, y se divorcian al poco tiempo en el 2005. Conforme al convenio regulador, él debe pagar trescientos euros mensuales en concepto de alimentos para la hija común, que había nacido en 1990. Unos años más tarde, el hombre se somete a una prueba de paternidad y resulta que la hija no es hija biológica suya, por lo que impugna la paternidad y su demanda es estimada por sentencia de 2008 y confirmada en el 2009 por la Audiencia Provincial. Y finalmente la reclamación del daño patrimonial se fundamentó por el recurrente en el artículo 1895 CC, y *no en el artículo 1902 CC que es el que el Tribunal Supremo considera finalmente el fundamento adecuado*¹⁵⁸. Esto es, el Tribunal Supremo negó la vía del cobro de la indebito para la reclamación del daño patrimonial porque los alimentos son debidos hasta la sentencia que estime la acción de impugnación, y nada se puede reclamar. Si bien es cierto que la sentencia emite un voto particular firmado por los magistrados Salas Carceller y Orduña Moreno.

Es paradójico, sin embargo, que la reciente STS de 13 de noviembre de 2018 (JUR 2018, 31304), reproduciendo los argumentos de esta sentencia relativos al cobro de lo indebito, niegue la indemnización por daño patrimonial sobre la base del artículo 1902 CC que ejercitaron los demandantes (en su FD 3.º). De modo resumido los antecedentes de hecho de aquella sentencia se sintetizan en los siguientes: durante la vigencia del matrimonio nacieron tres hijos nacidos, respectivamente, en 1992, 1994 y 1997.

¹⁵⁸ En primera instancia, el Juzgado estimó la demanda en base a la acción de enriquecimiento injusto al concurrir los requisitos del artículo 1895 CC, pero reduciendo su importe debido a la falta de pago de tres mensualidades en 2003, en concreto a 17.852, 65 euros. La Audiencia la revocó y niega que, a tenor del mencionado artículo, tenga el reclamante derecho a la restitución del importe de los alimentos, en cuanto pago de lo indebito, situando más bien la relación jurídica en el ámbito del artículo 1902 CC, pues el pago de dichas pensiones es consecuencia de una resolución judicial y por tanto de obligado cumplimiento, existiendo así una justa causa para el pago; además de estar prescrita la acción. Recurre en casación el antiguo esposo y ya no padre y, en esta sentencia el Tribunal Supremo desestima el recurso.

Acerca del análisis de la sentencia, *vid.* PANIZA FULLANA, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11, vol. 2, 2015, pp. 153-165. Y, desde un análisis peculiar, GARCÍA AMADO (Almacén del derecho, 1 de octubre de 2015), quien con humor plantea que: «así que podríamos cantar aquello de que ni contigo ni sin ti tienen mis males remedio: nos dicen que al 1902 CC si apelamos el 1895, y que al 1895 si invocamos al 1902 C, y resulta que no vale ninguno».

En 2009 se decretó el divorcio con las medidas pertinentes, entre otras una prestación de alimentos en favor de los tres hijos de setecientos euros mensuales y el pago por mitad del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda. Con anterioridad, en 2001 ambos cónyuges se habían separado por sentencia judicial en la que se aprobó un convenio regulador y se puso a cargo del padre, en concepto de alimentos a los tres hijos, el cuarenta por ciento de los haberes líquidos que pudiera percibir. Tras un proceso de filiación, en el que se declaró la no paternidad de don M. respecto del que había venido considerando como hijo suyo, d. M formuló una demanda frente a quien había sido su esposa, para reclamarle: a) 35.304,37 euros en concepto de pensiones de alimentos abonados a su hijo, en virtud de sentencias, primero de separación y luego de divorcio; b) la mitad de los gastos abonados para la determinación de la paternidad, y c) 70.000 euros en concepto de daños morales, dada la situación de clara frustración y desasosiego de quien durante mucho tiempo ha tenido relación, contacto y cariño con quien pensaba que era su hijo, para luego enterarse que se trataba de un hijo ajeno, lo que le habría influido hasta el punto de haber estado de baja por daños psicológicos.

A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo en abril del 2015 sostiene dos razones para negar el recurso y rechazar la aplicación de la institución jurídica del cobro de lo indebido para la devolución de los alimentos frente a la madre (pues en esta ocasión sólo se reclamó frente a la madre, pero se presume que la misma solución debería predicarse si se ejercitara la acción del cobro de lo indebido frente al padre biológico) y defender la aplicación de la responsabilidad civil. Curiosamente, como analizaremos son las mismas razones que arguye el Tribunal Supremo en noviembre de 2018 para negar también la indemnización del daño patrimonial por la vía de la responsabilidad civil. En concreto, los argumentos son los siguientes:

i) No se cumplen los *requisitos del cobro de lo indebido* que son los de realizar un pago efectivo cuya intención es extinguir una deuda o el cumplimiento de un deber jurídico; que no exista ninguna obligación entre el que paga y el que recibe; y error por parte de quién paga. A lo dicho añade la jurisprudencia consolidada que los alimentos no tienen efectos retroactivos de suerte que no puede obligarse a devolver, ni las pensiones recibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida, como tampoco los demás efectos asociados a estos derechos y obligaciones propias de las relaciones de los padres con sus hijos mientras se manten-

gan¹⁵⁹. En otras palabras, los pagos se hicieron como consecuencia de una obligación legalmente impuesta entre quién pagaba y quién se beneficia de dicha prestación, y es efectiva hasta que se destruye esta realidad biológica mediante sentencia dictada en proceso de impugnación de filiación matrimonial. Es por ello que la acción formulada del «cobro de la indebido» es inviable pues la filiación según 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. Este efecto retroactivo de la determinación legal de la filiación solo opera cuando éste sea positivo para el menor, pero no en el supuesto contrario, como acontece en el de extinción de la adopción (artículo 180.3 CC), de declaración de nulidad del matrimonio (artículo 79 CC); o en el supuesto de fallecimiento del alimentante (artículo 148.3 CC). Y en el supuesto que nos ocupa no es posible dado el carácter consumible de los alimentos, que es doctrina pacífica de nuestra jurisprudencia tal y como señala la sentencia del Alto Tribunal de 18 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 5948), 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.

Tal y como se ha apuntado anteriormente, el Tribunal Supremo en el 2018 recoge el fundamento para negar la indemnización del daño patrimonial en el interés superior del menor y de protección de la familia en los mismos términos que los expuestos en el párrafo anterior. Ahora bien, con la importante diferencia de negar, igualmente, que lo hubiera sido sobre la base de la responsabilidad civil. Nuestro Alto Tribunal razona que desde el momento en el que nace el niño constante la relación de matrimonio y se inscribe como tal en el registro civil por razón de la presunción de paternidad matrimonial ex arts. 113 y 116 del Código Civil (reforzada por la presunción de convivencia del artículo 69) se aplican las normas de protección de la familia a través de una suerte de medidas tanto personales como patrimoniales, entre las que se encuentra el deber de alimentos. Y dichos alimentos se rigen, tal y como ya apuntó la STS de 24 de abril de 2015 por el principio de la no retroactividad (no devolución de los alimentos) que tiene su origen en una antigua sentencia de 18 de abril de 1913 *«de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto con-*

¹⁵⁹ Vid. PANIZA FULLANA, *Revista de Doctrinal Aranzadi-Civil-Mercantil*, núm. 11, vo. 2, 2015 p. 155.

sumidas en necesidades perentorias de la vida». En otras palabras, el derecho a los alimentos del hijo existía, por tanto, por el hecho de haber nacido dentro del matrimonio y, como consecuencia de esa apariencia de paternidad, el padre hizo frente a todas las obligaciones que le correspondían, entre las que se encontraba no solo la manutención económica, sino la de velar por él, tenerlo en su compañía, educarlo, formarlo, representarlo y administrar sus bienes. En definitiva, 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. En este sentido se habían pronunciado sentencias provenientes de las Audiencias provinciales, tanto anteriores a la STS de 2018, como la SAP de Ciudad Real de 29 de febrero de 2012 (AC 2012, 359) de Cádiz de 16 de mayo de 2014 (JUR 2014, 203955) como posteriores, como la interesante SAP de Santa Cruz de Tenerife de 14 de marzo de 2019 (AC 2019, 956)¹⁶⁰.

En definitiva, de la doctrina del Tribunal Supremo se desprende que el principio del «real y superior interés del menor» sirve de contrapeso al que predica que las relaciones de paternidad tengan como base principal la realidad biológica. Esta idea se recoge también en la STS de 20 de noviembre de 2013 (RJ 2013, 5948), aun-

¹⁶⁰ Esta sentencia tiene como antecedentes de hecho que el demandante, teniendo fundadas sospechas que sus hijos no eran biológicos, presentó demanda de impugnación de filiación, dictándose sentencia con fecha 18 de julio de 2016, declarando que no era el padre de ninguno de los tres hijos que hasta ese momento constaban como hijos suyos. Entretanto, la demandada interpuso querrela con fecha 31 de enero de 2013 por alzamiento de bienes contra el demandante por reclamación de alimentos para sus hijos, habiéndose señalado fecha para el juicio el día 9 de febrero de 2017, cuando ya se había dictado la sentencia de filiación la cual era firme y continuó con el procedimiento penal a pesar de ello. Y como consecuencia de todo lo anterior, se le causa al apelante un daño moral como fue su ingreso en prisión por tres meses, querrela por alzamiento de bienes y un perjuicio económico, consistente en la reclamación de alimentos de los hijos que resultaron no ser ninguno de él y los gastos ocasionados por la demanda de filiación, calculando el daño y el perjuicio ocasionado en la cantidad de 12.415 euros: 6.000 euros por los tres meses que estuvo en prisión; 4.300 euros por las pensiones de alimentos reclamadas por la demandada a no ser que en su contestación a la demanda renuncie a las que no hayan sido abonadas; y 2.115 euros por la demanda de impugnación de filiación. En su FD 4.º la Audiencia Provincial afirma respecto a la indemnización por la devolución de alimentos « (...) es cierto que en esta sentencia se resolvió con base en el artículo 1895 CC, de cobro de lo indebido, y que ahora la devolución se plantea al amparo del artículo 1902, configurando la indebida prestación alimenticia a un hijo, que luego se demostró que no era suyo, como un daño indemnizable, para trasladar sin más la reclamación a las reglas propias de la responsabilidad civil extracontractual, con legitimación activa de quien alimentó a ese hijo para que se le restituya lo abonado, y pasiva de quien nunca recibió el dinero para sí, es decir, para integrarlo en su patrimonio, sino para aplicarlo a la alimentación de este hijo». Igualmente, sobre la base de la doctrina emanada del TS en sentencia de 13 de noviembre de 2018, también deniega la indemnización del daño moral derivado del ingreso en prisión, no lo pide por la ocultación de la paternidad, lo cual no está bien justificado en la sentencia.

que relativa a un supuesto de guarda y custodia de una niña, que afirma que: «(...) la inexactitud en la determinación de la paternidad no impide el derecho a tener contacto entre uno y otro 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 de los hechos desde la realidad de la vida familiar, pues, si bien es cierto que en el momento actual, dicho señor, no puede ser considerado progenitor respecto a la menor, también lo es que las circunstancias graves permiten atribuirle la custodia en la forma que resolvió la sentencia del Juzgado (a través de los arts. 103 y 158 CC, y 11.2 LO 1/96)»¹⁶¹.

Dicho argumento, no obstante, *fue refutado por el voto particular* mencionado al argüir que sí cabría el cobro de lo indebido pues lo que se está solicitando en la sentencia no es la «devolución de los alimentos», sino la devolución de las cantidades pagadas en concepto de alimentos, resaltando que tratándose de una hija extramatrimonial la obligación de alimentos corresponde solidariamente a los verdaderos progenitores. A lo dicho se une la probanza de que la mujer que cobró indebidamente esas cantidades, incumpliendo así la obligación de la patria potestad, actuó con el añadido de la mala fe y dolo por la ocultación de la paternidad pues convenció al marido para que se sometiera a un sufrido y costoso tratamiento de fertilidad para, acto seguido, tener las relaciones extramatrimoniales que dieron lugar al nacimiento de la hija. En este sentido, hay doctrina que critica este pronunciamiento, sobre la no retroactividad de los alimentos pagados por el marido en una ocultación de la paternidad, dado que se le quiere encontrar apoyo en la regla «*in praeterium no vivitur*» cuando no tiene nada que ver, como tampoco lo tiene el hecho de que se tenga derecho a los alimentos desde que se necesitan, pero los consumidos, consumidos quedan, y por parecida razón, no pueden pedirse los alimentos anteriores a la fecha de la reclamación judicial o extrajudicial *ex art. 148 CC*. Sería una posible solución, quizás la recuperación de las cantidades satisfechas a partir de la fecha de interposición de la demanda, a semejanza de lo que sucede en el régimen común de alimentos entre parientes *ex art. 148 CC*¹⁶²; opción que no deja de

¹⁶¹ PÉREZ GALLEGO, *Revista de Derecho civil*, 2015, p. 170.

¹⁶² *Vid.* YZQUIERDO TOLSADA, 2019, pp. 416-417; y FARNOS AMORÓS, *InDret*, 4/2007, p. 15, y pp. 269-296. Y en el mismo sentido, ÁLVAREZ OLALLA (*Aranzadi Civil (revista doctrinal)*), núm.9, 2011, pp. 25-33) quien afirma que con esta doctrina el que se

ser discutible desde que dicho precepto no es aplicable a los alimentos para los hijos, pues el art. 112 CC prevé la retroactividad de los efectos de la filiación con excepción de que fuera incompatible con su naturaleza, de modo que la obligación de alimentar existiría y sería exigible a ambos progenitores desde el nacimiento del hijo¹⁶³.

ii) En segundo lugar, y respecto a la *retroactividad de los alimentos*, el Tribunal Supremo explica en la STS de 2015 que solo se reclama lo que pagó por sentencia tras la ruptura matrimonial, lo que en sí mismo resulta incongruente. Pues tan indebido sería lo invertido antes como después, dado que ambos cónyuges, aún divorciados, seguían comprometidos al pago de los alimentos por deber de la patria potestad. De igual modo, dicho *argumento es rehusado por el voto particular* en el sentido de que no se trata de la devolución de los alimentos que han sido consumidos, sino de la reclamación de lo indebidamente satisfecho por el demandante en tal concepto, no contra la alimentista, sino contra la persona que estaba obligada a prestar los alimentos y no lo hizo, beneficiándose económicamente de ello. Por su parte, negando el ejercicio de la acción del artículo 1895 CC se impide no solo el resarcimiento del daño frente a la madre, sino también frente al verdadero padre, en el que caso de que llegara a ser conocido. Y también se impide 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 respecto¹⁶⁴.

En definitiva, tras el debate expuesto sobre la posibilidad de la indemnización del daño patrimonial, al día de hoy nos encontramos con una tesis mayoritaria tradicional que afirma que no constituye daño patrimonial ni serán objeto de indemnización los alimentos a los hijos, ni por parte de la esposa que oculta la paternidad ni por el

enriquece injustamente es el padre biológico, no resultando el menor perjudicado porque esas cantidades ya han sido consumidas.

¹⁶³ SÁNCHEZ JORDÁN (*Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 42, 2017, pp. 329-346) matiza que la acción tendría el límite de 5 años que establece el art. 1966.1 CC, y no sería necesario acudir al art. 1158 CC porque siendo codeudores solidarios, si uno pagase la totalidad, luego tendría acción contra el otro deudor solidario por la parte que le hubiese correspondido asumir (art. 1145 CC).

¹⁶⁴ En definitiva, los dos magistrados que emiten el voto particular afirman que lo que en el fondo está en discusión es el modelo de Derecho de familia, pues: «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 distinción 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».

verdadero padre biológico, con independencia, advierten, de las posibles acciones que se deriven de la existencia de reconocimiento de deuda por parte de los causantes del daño. Se desestima la restitución de estos alimentos por considerar que la filiación produce efectos mientras rige, prevaleciendo siempre el «interés del menor» y que dicha obligación solo se extingue en el momento en el que una sentencia estimatoria de un proceso de impugnación deje sin efecto una filiación determinada¹⁶⁵. Así lo ratifica expresamente la STS de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5158) y la reciente SAP de Madrid de 24 de mayo de 2019 (JUR 2019, 214532).

No obstante, la afirmación anterior, de los votos particulares expuestos y de la falta de jurisprudencia sobre este tema se desprende que la cuestión no llega a ser pacífica. Incluso hay una propuesta de interés que aboga por la aplicación por parte de los Tribunales de un método por el que no sólo tengan en cuenta el interés del menor sino la totalidad de las circunstancias, esto es, si ha existido o no engaño por parte de la madre, la falta o no de diligencia debida por parte del padre en orden a poder haber sabido antes de la demanda si no era el padre biológico y, por último, las consecuencias que la obligación de restituir los gastos alimenticios al progenitor tendría sobre el orden público, esto es, si incentivaría dicha solución a que los progenitores que tengan razones para dudar de su paternidad dejaran de pagar los alimentos ordenados por sentencia judicial¹⁶⁶.

7. A MODO DE RECAPITULACIÓN Y OPINIÓN PERSONAL

7.1 ACERCA DEL FUNDAMENTO DE LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL, Y POSICIÓN CONTRARIA A LA APLICACIÓN DEL CUASICONTRATO DEL COBRO DE LO INDEBIDO Y DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL PARA LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO PATRIMONIAL

A partir de todo lo expuesto, considero que el derecho a la indemnización por los alimentos pagados frente al verdadero progenitor si llegara a ser conocido no sería encuadrable de

¹⁶⁵ Vid. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, 2012, p. 47.

¹⁶⁶ Ref. EPSTEIN, A. S. «The parent trap: should a man be allowed to recoup child support payments if he discovers he is not the biological father of the child?», 42 Brandeis Law Journal, 2003-2004, pp. 669-670 (en RODRÍGUEZ GUITIÁN, *La Ley-Derecho de Familia*, 2015, np. 51, p. 14).

modo pacífico en el instituto jurídico de la «responsabilidad civil». La razón es que la obligación indemnizatoria en orden a indemnizar los daños causados por la extinción de la relación paterno-filial por ocultación de la paternidad con base en el artículo 1902 CC comprendería solamente las consecuencias patrimoniales y no patrimoniales producidas a partir de dicha extinción, no antes, dado que la responsabilidad civil da respuesta a los daños que sean un *posterius*. Esto es, si la responsabilidad civil es una institución jurídica que repara el daño una vez causado, por tanto, en coherencia con la tesis que mantengo de que el daño moral se produce a partir de la sentencia de impugnación por la ruptura de la relación paterno-filial solamente las consecuencias patrimoniales y no patrimoniales producidas a partir de dicha extinción, no antes, serían susceptibles de ser reparadas por la institución jurídica de la responsabilidad civil.

Es por ello que estimo que la acción jurídica para exigir la compensación por el daño moral sería, en su caso, la responsabilidad civil ex artículo 1902 CC, pero no lo sería en orden a reclamar el daño patrimonial, como se ha comentado. A excepción de las consecuencias dañosas patrimoniales que sean un *posterius* del ataque o lesión a un interés jurídico digno de protección, tales como los gastos del proceso de impugnación de la paternidad, y en su caso los del divorcio, o los gastos profesionales para obtener la información que dio lugar a dichos procesos, así como todos los demás de carácter análogo que se amparan en la indemnización del daño ilícito ex artículo 1902 CC.

Ahondando en la idea anterior, en primer lugar como reflexión respecto a la viabilidad de fundamentar el daño moral derivado de la ocultación de la paternidad en la responsabilidad civil, además de los argumentos señalados a lo largo del trabajo, considero de interés traer el art. 4: 103 *PETL* (que según el Tribunal Supremo son fuente integradora) que consagra «*el deber de proteger a los demás de daños*», no sólo cuando se establezca así legalmente, sino también si existe una especial relación entre las partes, o si la gravedad de daño por una parte y la facilidad de evitarlo por la otra indican la existencia del deber de proteger y además quién actúa crea y controla la situación de peligro». Pues este precepto pudiera dar contenido al deber de la esposa en orden a evitar daños, y no como un deber absoluto, sino teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto; pues es cierto que el silencio de la madre puede venir motivado por proteger el interés de los hijos y por la voluntad de preservar la paz familiar, siendo estas particula-

ridades las que han de analizar los jueces en el cumplimiento de su deber inexcusable de impartir justicia. Si bien, en muchas sentencias (y en concreto en las dos primeras conocidas por nuestro Tribunal Supremo en 1999) se constata que es la mujer la que impugna la paternidad de su marido y la que, igualmente, acciona el divorcio. En definitiva, no se puede resolver este tema arguyendo que estamos ante cuestiones morales en las que el Estado no debe tener injerencia, o que son daños que la víctima tiene el deber de soportar por estar amparado en el derecho absoluto de la madre a la intimidad; antes al contrario, se debe conocer del asunto dada la cláusula general que consagra el art. 1902 CC, pero teniendo presente todas las circunstancias, muchas veces procelosas del caso concreto y el contexto en el que se produce la ocultación. Y esto en orden, bien a eximir de responsabilidad en unos casos por existir causa justa, por ejemplo cuando existe un riesgo real de violencia por decir la verdad¹⁶⁷; o se interponen las acciones de modo oportunista al probar que no se había ejercitado la acción cuando la relación con la madre funcionaba y teniendo la misma la intención de desentenderse de sus obligaciones para con quién se tuvo un hijo (SAP de Valencia de 16 de octubre de 2017 –AC 2018, 1076–). O bien, de afirmar la responsabilidad en otros casos, pero no negarlos *a priori* y de modo absoluto. Incluso, como acontece a nivel de otras ramas del derecho civil, las intenciones de la parte pueden tenerse en cuenta a veces por el ordenamiento jurídico para declarar o no con causa ilícita un contrato, o para declarar abusivo el ejercicio legítimo de un derecho como se desprende de la teoría del abuso del derecho ex art. 7 CC, que no sólo tiene una vertiente subjetiva sino también objetiva.

Y, en segundo lugar, respecto a la devolución de los alimentos debidos, no estimo aplicable el cuasicontrato del «cobro de lo indebido» (o «pago de lo indebido» según el derecho histórico)¹⁶⁸ en

¹⁶⁷ De modo desacertado, la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 16 de octubre de 2009 (JUR 2010, 79320) rechazó las alegaciones referentes al temor o miedo a la reacción del marido porque «no está acreditado como tan intenso e insuficiente que no le permitiera actuar desde un principio como lo hizo con posterioridad, ejerciendo su derecho a separarse y a que se reconociera la verdadera paternidad».

¹⁶⁸ *Vid.* ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, 2000, p. 220, quien explica que el cambio de terminología no es baladí, y tiene su causa en que el Código español, siguiendo el Código de Napoleón, abandona la noción contractualista del pago de Savigny que considera a éste como un contrato. Por el contrario, lo enfoca desde la perspectiva del *accipiens*, concibiéndolo como un acto debido, aunque aquél sea indebido, por ejemplo, por error en la persona o en la causa, o por haber otro acreedor preferente. Además, exime del deber de restituir si en el patrimonio del *accipiens* no persiste provecho alguno en el momento de la demanda. Tal es el enfoque que se acuña por el Tribunal Supremo español, de modo que el *accipiens* tiene derecho a retener si se paga por una deuda válida y existente, aunque se entregue la cantidad por otra causa, de modo que para que haya error en el pago no debe haber causa para retener (arts. 1900 y 1901 CC). De tal modo que el *accipiens* no tiene que devolver la

orden a indemnizar el daño patrimonial por ocultación de la paternidad, al no cumplirse los presupuestos de dicha institución jurídica (considerando al *accipiens* no al menor de edad, sino a la madre y al verdadero progenitor). Estos son, como se ha apuntado en líneas anteriores, realizar un pago efectivo cuya intención es extinguir una deuda o el cumplimiento de un deber jurídico; que no exista ninguna obligación entre el que paga y el que recibe; y error por parte de quién paga. Dado que no se cumple el segundo requisito, sentado que quién pagó lo hizo en base, bien a una deuda existente en el momento del pago, en el supuesto de que el deber de alimentos derive de una sentencia de disolución del matrimonio sin extinción aún de la relación paterno-filial (pues mientras existe el derecho de alimentos del hijo frente al padre putativo existe asimismo legitimación legal de la madre para el cobro de las cantidades reclamadas)¹⁶⁹; bien a una deuda legal fundamentada en una relación jurídica de filiación antes de la extinción de la misma.

En este sentido, y en orden a superar las críticas vertidas, se podría sostener, *de lege ferenda*, que las reglas de la restitución se extendieran al caso en que el pago de lo indebido pierda su causa «por el efecto de la anulación de una resolución»; pues estaríamos ante un pago, es cierto, no indebido, pero sí sin causa. En una primera aproximación podría subsumirse nuestro caso en debate en dicho supuesto pues por el hecho de una resolución judicial de extinción de la relación jurídica de filiación pierde su causa el pago de los alimentos a quién estimó como su hijo, tornando el pago como sin causa frente al verdadero progenitor¹⁷⁰. Pero es una cuestión que no

cantidad debidamente pagada por orden de un tercero si falla la relación de cobertura (por ejemplo, el que paga siguiendo una transferencia de un directivo cuyo poder se ha revocado válidamente) entre el tercero y el ordenante, siendo este supuesto muy corriente en la intermediación bancaria donde frecuentemente se producen pagos indebidos por error en la solvencia.

¹⁶⁹ Hay autores que niegan el ejercicio de la acción del cobro de lo indebido frente a la madre (en el sentido de lo afirmado por la STS 2015) pero de ahí no se deduce (como defiende el voto particular) que también se excluya esa posibilidad teórica (aunque con dificultades en la práctica) de reclamar esas pensiones al padre biológico en caso de que llegara a ser declarado padre legal, dado que el padre putativo no carece de acción para reclamar lo abonado a quién de hecho se ahorró lo que hubiera tenido que pagar de no haberlo pagado él (MARTÍN-CASALS, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2019, p. 32).

¹⁷⁰ En realidad, esta tesis se mantuvo en el *Avant-Projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, cuyo artículo 1331 reza que: «Hay lugar a la restitución cuando la deuda que justificaba el pago es anulada o resuelta luego, o por otra razón pierde su causa», resultando el pago no indebido pero sí sin causa, entrando ahí la justificación de la extensión analógica. Aunque, finalmente no se positivizara dicho precepto en la reforma del Código civil francés por la *Ordonnance n.º 2016-131, du 10 février* sobre la base de que dicha disposición ha sido contradicha por la mayoría de la doctrina francesa al salir del ámbito del cuasicontrato; siendo una extensión a los casos que corresponden a la materia de nulidades (*vid.* CATALA, *La Documentation française*, Doc,

convence, dado que dicha regulación saldría del ámbito del cuasi-contrato. Es por ello que propongo lo que apunto a continuación.

7.2 UNA VÍA ABIERTA AL PRINCIPIO DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO, DIFERENTE AL COBRO DE LO INDEBIDO, EN ORDEN A LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO PATRIMONIAL POR LOS ALIMENTOS PAGADOS. DIFICULTADES EN LA PRÁCTICA

Así las cosas, lo cierto es que la obligación indemnizatoria del pago de alimentos realizados con anterioridad a la extinción de la relación paterno-filial podría tener su fundamento legítimo de *lege data* en la teoría general del «enriquecimiento injusto» como principio general del derecho que tiene sus contornos precisos y forma una unidad con la gestión de negocios ajenos sin mandato y con el cobro de lo indebido. Así se pone de manifiesto de modo más explícito en el *Code civil* al que se le dedica, a diferencia del español, un capítulo independiente del resto de los cuasicontratos. En otras palabras, frente al daño causado sin derecho, nos encontramos un provecho recibido sin derecho, y en el seno de esta categoría genérica de los cuasicontratos vienen naturalmente a ordenarse las dos aplicaciones específicas de la tradición, la gestión de negocios ajenos sin mandato y el pago de lo indebido, pero también proveniente de la costumbre el principio general de que «nadie puede enriquecerse sin causa en detrimento de otro», producto de soluciones lógicas y de sentido común.

En concreto, la teoría general del enriquecimiento sin causa¹⁷¹, tal y como lo define, de modo muy pertinente, el artículo 1303 *Code civil* se basa en que, fuera de los casos de gestión de negocios ajenos sin mandato y del pago de lo indebido, quién se beneficia de un enriquecimiento injustificado en detrimento de otro debe, a favor de quién se ha empobrecido, una indemnización igual a la menor de los dos valores al que asciendan el enriquecimiento y el empobrecimiento. En este sentido, la teoría del enriquecimiento sin causa, diminutivo menos ambicioso y más razonable de la teoría amplia del enriquecimiento injusto, y técnicamente encuadrado por la subsidiariedad, emana de la enseñanza doctrinal y jurisprudencial.

fr. 2006, p. 139. Disponible en http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALA-SEPTEMBRE2005.pdf.

¹⁷¹ Vid. por todos el estudio profundo y actualizado de PARRA LUCÁN, 2014, pp. 847 y ss.; OROZCO MUÑOZ, 2015; GARCÍA RUBIO, 2017, pp. 239-282; VENDRELL CERVANTES, 2017; DEL OLMO GARCÍA, *Anuario de Derecho civil*, 1/2016, pp. 6-98; LACRUZ BERDEJO, *RCDI*, 1969, pp. 529 y ss.

dencial. Es de interés reseñar que, sobre la base de dicha subsidiariedad, en la reforma del Derecho de obligaciones francés por Ordenanza núm. 2016-131 de 10 de febrero de 2016, el artículo 1301-5 *Code civil* reenvíe al «enriquecimiento sin causa» las acciones del gestor que no responden exactamente a las condiciones de la gestión de negocios ajenos¹⁷².

Tras todo lo expuesto, considero más apropiado basar la obligación indemnizatoria del verdadero progenitor en la teoría general del enriquecimiento sin causa, cuyo plazo de prescripción deja de ser el expedito de un año. La diferencia, por tanto, entre la aplicación de la responsabilidad civil y el enriquecimiento sin causa se basa en que la pretensión de daños se asienta como regla general en la culpabilidad, no así la del enriquecimiento; en que aquélla se extiende al daño total y ésta al enriquecimiento; la de daños se asienta en un hecho ilícito, y la del enriquecimiento en un hecho lícito, como regla general; y el daño se puede producir por acción y omisión, y enriquecimiento solo positivamente por el desplazamiento del valor de un patrimonio a otro¹⁷³. Asimismo, es más coherente con la dinámica de los hechos el que cumpliendo el supuesto padre con sus deberes paterno-filiales se produzca un enriquecimiento sin causa en el verdadero progenitor que deja de pagar una deuda debida en base a la relación paterno-filial, y un empobrecimiento en aquél.

Inclusive, sobre la base de la subsidiariedad de dicho principio, se podría sustentar la aplicación del enriquecimiento injusto cuando se deja de cumplir exactamente las condiciones del pago de lo indebido, que es lo que acontece en nuestro caso respecto del requisito de que no exista ninguna obligación entre quién pagó y quién recibe, pues en el momento del pago existía dicha obligación, nacida de la ley, o de resolución judicial. En consecuencia, la obligación indemnizatoria del verdadero padre, y/o a la madre sería la menor de las sumas a las que ascienda el empobrecimiento y el enriquecimiento. Es por ello que el único requisito para exigir la acción e enriquecimiento injusto sería, sin serlo la culpa o negligencia, probar que se haya producido el tránsito no justificado de un valor patrimonial desde un patrimonio a otro, que es lo que acontece en este caso.

De tal modo que paso a analizar la posibilidad de ejercitar la acción del enriquecimiento injusto tanto frente a la madre como

¹⁷² Vid. SAVAUZ, *Anuario de Derecho Civil*, 2016, fasc. III, np. 4, p. 717. El art 1301-5 *Code civil* reza que: «*Si l'action du gérant ne répond pas aux conditions de la gestion d'affaires mais profite néanmoins au maître de cette affaire, celui-ci doit indemniser le gérant selon les règles de l'enrichissement injustifié*».

¹⁷³ Vid. DíEZ-PICAZO, 2007, p. 238.

frente al padre biológico. *i)* Respecto a la «acción de enriquecimiento contra la madre», es razonable afirmar con parte de la doctrina que la madre, como regla general, habrá cumplido sus obligaciones alimenticias, bien como contribución a las cargas familiares, en forma de trabajo doméstico o bien como aportación de recursos económicos, dado que el mantenimiento de los hijos forma parte de la contribución a las cargas familiares y sería difícil determinar en qué medida contribuyó cada uno a su manutención, siendo compleja la articulación del enriquecimiento injusto¹⁷⁴. Y, quizás, a pesar de que la cuantificación de la pretensión frente a la esposa fuera más sencilla en cuanto a la devolución de los alimentos decretados por resolución de separación o divorcio habría que probar que las cantidades cobradas las ha consumido en su propio beneficio y no en el del menor. Se podría sostener, igualmente, que no existe un enriquecimiento en la madre que sea correlativo al empobrecimiento del padre putativo sobre la base del argumento de que si no hubiera existido tal padre putativo, o a falta de recursos de éste, sobre la base del principio de proporcionalidad entre alimentos y capacidad económica del obligado a prestarlos, se habría reducido el alcance cuantitativo y cualitativo de los alimentos del hijo en la medida correspondiente a la reducción de la aportación del padre putativo. Y por lo tanto la madre no hubiera tenido que aportar más de lo que ya aportó¹⁷⁵. En todo caso, es lógico que en el supuesto de estar ante un caso de custodia compartida en la que la madre no tiene la custodia y es ella quien, tras la separación, debe pagar las pensiones alimenticias no cabría dicha acción de enriquecimiento contra la madre.

ii) Y en lo que concierne a la acción de enriquecimiento «frente al progenitor biológico» es sabido que se han formulado dos inconvenientes en su aplicación práctica que reflejan la complejidad de la articulación del reembolso de los alimentos prestados: por un lado, la falta del deber de información de la madre sobre su identidad dado que se vulneraría o entraría en colisión con el derecho fundamental a la intimidad de la madre¹⁷⁶. Y, por otro, la falta de legitimación activa del padre putativo para ejercitar la acción de reclamación de filiación frente al verdadero progenitor según nuestra normativa española de filiación (ni siquiera por la vía de la acumulación de acciones *ex art. 134 CC a sensu contrario*), dado que para ser obligado a pagar alimentos se requiere que exista el título legal que le imponga dicho pago, esto es, el padre

¹⁷⁴ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2017, pp. 58-59, y MIQUEL-CASALS, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2019, p. 32.

¹⁷⁵ MARTÍN-CASALS, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2019, p. 33.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 17

biológico debe haber adquirido la condición legal de padre que es la que le obliga a prestar alimentos ex art. 110 CC.

Incluso, alguna voz doctrinal sostiene que la reclamación de alimentos al progenitor biológico adolece de falta de coherencia interna desde el momento en el que junto a ésta se reclame también una indemnización por daño moral por la privación de la relación con el menor. Pues mientras que la primera pretensión presupone la existencia de una relación y afecto que se desea mantener, en la segunda pretensión se podría intuir la voluntad del propio demandante de poner fin con carácter retroactivo a todos los efectos derivados de dicha relación, entre los que se incluyen los patrimoniales¹⁷⁷.

De igual modo que en el derecho español, la reclamación de los alimentos pagados frente el padre biológico adolece de la falta de consenso tanto en el Derecho angloamericano como en el de otros países de nuestro entorno europeo. Así cabe señalar que en algunos estados de USA las leyes expresamente prohíben la recuperación de los alimentos pagados por el padre putativo frente a la madre, incluso en una situación en la que la paternidad es impugnada, pues cuando la manutención del niño se paga en virtud de una sentencia válida y no revocada, aquél no puede presentar una reclamación para recuperarla como enriquecimiento injusto (*Miller v. Miller*, 956 P. 2d 887-Okla.1998)¹⁷⁸.

Y respecto a países de nuestro entorno, se admite en unos casos la acción de enriquecimiento injustificado del padre putativo y se rechaza en otros. Se debe reseñar, sin embargo, que el derecho alemán intentó dar respuesta a esta problemática completando una regulación especial de la acción de alimentos abonados por parte del supuesto padre, a través de la reforma del BGB por la *Kinderunterhaltsgezet* de 1998 (§ 1607 BGB) que reconoció el derecho del padre putativo en orden a recuperar los alimentos prestados al hijo hasta la firmeza de la sentencia declarando la verdadera filiación, incluyendo los costes procesales, las prestaciones *in natura* y los gastos del proceso de impugnación de la paternidad. Pero las dificultades vinieron, según Martín Casals, del hecho de que el Tribunal Constitucional alemán (VerfG de 24 de febrero de 2015) considerara que imputar a la madre el deber de informar sobre la identidad del padre biológico sobre la base del deber general de buena fe era una extralimitación judicial contraria a los derechos fundamentales de la madre. E, incluso, el proyecto de ley pre-

¹⁷⁷ NEVADA CATALÁN, *InDret*, 4/2018, p. 29.

¹⁷⁸ ROBERTS, *Family Law Quarterly*. Vol. 37, n.1, 2003, pp. 69.103, p. 69. Disponible en <https://www.jstor.org/stable/25740410>.

sentado el 22 de agosto de 2016 (que finalmente no prosperó) encontraría la misma limitación de estar ante la vulneración del derecho fundamental de la madre a la intimidad. Este proyecto intentó ofrecer la cobertura legal que exigía el Tribunal Constitucional federal, proponiendo imponer a la madre el deber legal de revelar la identidad del padre biológico para que el padre putativo pudiese dirigir contra él la acción de reembolso de los alimentos y limitando la retroactividad total que permitía el derecho alemán a los dos años anteriores a la fecha de presentación de la demanda de impugnación de la paternidad y hasta la conclusión de dicho procedimiento. Estaríamos ante una especie de compensación por los gastos que ya no podría recuperar cuando perdiese su condición de padre legal sobre la base de evitar el enriquecimiento injusto, y no en la devolución de los alimentos pagados al hijo y consumidos por todo el tiempo en el que hubiera ejercido de padre sin tener conocimiento que no lo era.

Al hilo de todo lo expuesto, y a mi parecer, es posible el ejercicio de la acción de enriquecimiento al padre biológico. En primer lugar, el que existan inconvenientes prácticos no exime de la posibilidad teórica de poder interponer la acción cuando el padre biológico es conocido y se hubiera ejercitado una acción de impugnación y reclamación de paternidad por el padre biológico o por la madre en representación del hijo. Dichos presupuestos acontecen, por ejemplo, en las sentencias conocidas por nuestro Alto Tribunal, aunque lo dicho no conllevó la demanda contra el progenitor biológico, pero hubiera podido ser tanto en la STS de 22 de julio de 1999 en la que el propio hijo ejercita una acción de impugnación frente al padre putativo (y se puede presumir que reclama la paternidad del biológico dado que es conocido y accedió a la realización de prueba de investigación de paternidad con un resultado positivo). Como en la STS de 30 de julio de 1999 en la que es la propia madre (en representación de los dos hijos menores de edad respecto a los que se produjo ocultación de la paternidad) la que ejercita la acción de impugnación frente a su marido y se declara la paternidad del progenitor biológico. De tal modo que en ninguno de los supuestos se vulnera la intimidad de la madre, no existiendo tampoco el impedimento derivado de la falta de acción del padre putativo. E, incluso puede ocurrir, como en la interesante y ya citada SAP de Madrid de 24 de mayo de 2019, que sea el verdadero progenitor, también conocido, el que impugne la paternidad del padre putativo.

Y, en segundo lugar, al inconveniente práctico de la falta del deber de información de la madre sobre la identidad del padre bio-

lógico por conllevar una vulneración del derecho fundamental de la madre a la intimidad se le podría objetar su posible limitación o modulación al entrar en conflicto con otros intereses jurídicos dignos de protección. Pues no se puede obviar ni que el derecho de familia está integrado en su mayoría por normativa imperativa o de *ius cogens* lo que denota su conexión con cuestiones de orden público, a pesar de la progresiva autonomía del grupo familiar concedida por el Estado. Ni que en este supuesto no sólo están implicados dos partes sino que hay un tercero, el menor quien, como consecuencia de dicha ruptura, sufre un daño moral por una lesión en su integridad psíquica *ex art. 15 CE* por la ruptura de ese vínculo jurídico y también afectivo, al menos, con la normalidad vivida con anterioridad a la sentencia de impugnación. Incluso, se aduce la violación del derecho a conocer sus orígenes biológicos como derecho fundamental para el desarrollo de la identidad del menor¹⁷⁹, el cual tiene a mi parecer mayor jerarquía que el de la intimidad de la madre. Y no creo que sea objetable a la existencia de dicho daño moral del menor por pérdida del vínculo legal de filiación el que la disociación entre la filiación legal y genética sea una circunstancia que entra dentro de la normalidad familiar actual y que legalmente se admite, por ejemplo, en la reproducción asistida con gametos de donante, en las adopciones o en los reconocimientos de complacencia; ni tampoco el no exista en España el deber de indemnizar de quien realiza un reconocimiento de paternidad por complacencia y posteriormente lo impugna, como sí acontece en Francia aplicando el art. 1240 *Code civil*¹⁸⁰. Este tema, en todo caso, de la posible reclamación del menor de edad desborda el objeto del presente trabajo.

En conclusión, tras todo lo expuesto, no considero que aplicar, bien la normativa del derecho de daños para indemnizar el daño moral en los supuestos debidos, teniendo en cuenta según se ha expuesto las circunstancias del caso concreto; bien la institución jurídica del enriquecimiento injusto para la devolución de los alimentos pagados frente al verdadero padre o frente a la madre, dependiendo de la situación concreta, sea utilizar dicha normativa

¹⁷⁹ RODRÍGUEZ GUTIÁN, 2017, np. 11, p. 957, que cita la STEDH Backlund v. Finlandia de 6 de julio de 2010 (TEDH 2010, 81).

¹⁸⁰ NEVADO CATALÁN, *InDret*, 4/2018, pp. 33-34 quien nos explica que de la misma manera que el derecho francés ampara el deber de indemnización del padre que realiza un reconocimiento de complacencia y posteriormente lo impugna (*reconnaissance mensongère*), admite la posibilidad de demandar a la madre que permite que se establezca legalmente una filiación paterna y luego la impugna, citando la sentencia CA Nancy, 3e ch, de 26 de febrero de 2007 (N.º05/035), que aplicando el art. 1382 *Code civil* (ahora el art. 1240) condenó a una madre a indemnizar con diez mil euros a su hija de diecisiete años por haber impugnado la filiación paterna, evitando así que sus hermanas compartiesen con ella la herencia que le habría correspondido.

de modo descontextualizado y de modo supuestamente neutral. Entiendo que, como ya apuntaron nuestro codificadores, toda institución jurídica, y en concreto la de la responsabilidad civil extracontractual se creó, con un potencial de desarrollo o de flexibilidad para adaptarse a las nuevas y siempre inmanentes necesidades humanas¹⁸¹. Y en palabras de García Cantero, los artículos 1902 a 1910 CC siguen siendo normas jurídicas eficaces para la consecución de un orden justo y de una convivencia pacífica en la sociedad actual¹⁸². En definitiva, será el juez el que deberá ponderar todos los intereses en conflicto y las circunstancias del caso concreto para dar una respuesta u otra, como se ha ido justificando a lo largo del trabajo; lo contrario sería asumir una parcela del Derecho, la de familia, aislada del resto.

En cualquier cosa, lo dicho es sin perjuicio de la imperiosa necesidad de una regulación de *lege ferende* en sede de familia de estas acciones acomodándola a los principios del Derecho de familia. Pues «*este tipo de problemas impone reformas de gran envergadura en el propio derecho de familia que es la verdadera sedes materiae pues es ahí donde, en cada momento histórico, se ponderan los derechos y deberes de los miembros de la familia según los valores predominantes en la sociedad*»¹⁸³

En este sentido, se podrían regular, entre otras cuestiones, bien el criterio de imputación en el dolo o la culpa grave respecto a la responsabilidad civil por daño moral, o bien el plazo máximo de retroacción para pedir devolución de alimentos sobre la base de la acción del enriquecimiento injusto, dada la inviabilidad de la devolución de los alimentos consumidos por el hijo durante todo el tiempo en el que el padre putativo hubiera ejercido como padre, tal y como se ha justificado en el trabajo. Incluso, estimo de interés regular un procedimiento para que sin alterar el estado civil del hijo (con independencia de los procesos de impug-

¹⁸¹ Discurso del diputado RODRÍGUEZ SAN PEDRO, «Enmiendas y Adiciones al Código Civil publicado por el Gobierno. 1888-1889. Congreso de los Diputados. Debates. Sesión del 16 de abril de 1889 (núm.96)», en *El Código Civil. Debates Parlamentarios. 1885-1889*, vol. II, ed., CCGG, Senado, Madrid, 1989, p. 1783, cuyas palabras, aunque con ocasión del debate sobre el instituto jurídico de la prenda, aludían a aspectos más generales de toda institución jurídica en los términos siguientes: «De modo que ha justificado aquello que se verifica en el derecho de una manera constante, que es, crear una institución normal, y que por ficción legal se refieren a la que les sirve de tipo, y como ella se desenvuelven y desarrollan. (...), por virtud de la elasticidad de todas las instituciones jurídicas, se acomodan a las distintas necesidades de las relaciones humanas».

¹⁸² GARCÍA CANTERO, 1989, p. 879. Los artículos 1902 y 1903 CC, con la perspectiva que da un siglo de aplicación, se han comportado como flexibles instrumentos de aplicación de la justicia al caso concreto, y han servido de válido punto de partida de una legislación especial de carácter complementario y una sólida apoyatura para una encomiable jurisprudencia creadora.

¹⁸³ MARTÍN-CASALS, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2019, pp. 37.

nación de paternidad) y a los solos efectos del ejercicio de la acción de reembolso de alimentos, permitiera demandar al padre biológico identificado por la madre o conocido a través de otros indicios, tal y como lo ha regulado Alemania al incorporar en su normativa de derecho de familia el proyecto de ley de reforma legal, promovida por el Gobierno alemán el 26 de marzo de 2008¹⁸⁴. En este caso, no habría violación del derecho fundamental a la intimidad de la madre y existiría la posibilidad del ejercicio de la acción del enriquecimiento injusto frente al progenitor biológico sin tener que tener la condición legal de padre. En definitiva, estas propuestas de reforma, meramente apuntadas, necesitarían para su adecuado tratamiento ser objeto de otro estudio más en profundidad en el futuro.

7.3 ¿IRREPETIBILIDAD DE LO PAGADO POR CUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN NATURAL?

Una vez expuesto que el fundamento del daño moral por ocultación de la paternidad reside en la responsabilidad extracontractual, y el del daño patrimonial por alimentos debidos en el principio del enriquecimiento sin causa, y en orden a superar las dificultades de la aplicación de ambos fundamentos, me cuestiono si pudiera ser irrepetible dicho pago sobre la base del cumplimiento de una obligación natural. Entendiendo, en su caso, que el padre pagara teniendo ciertas dudas de su paternidad y lo hiciera en base a razones morales y éticas, fundamento de la obligación natural según una interpretación extensiva aceptada por la doctrina en la que la aquélla es un deber moral cuya ejecución voluntaria impide toda repetición¹⁸⁵. Es cierto que si tuviera dudas fundadas y razonadas empezaría a correr desde dicho momento el plazo de prescripción de la acción de impugnación de la paternidad y, por tanto, también precluiría la posibilidad de solicitar el daño patrimonial. No obstante, cuando las dudas no son lo suficientemente ciertas o razonables podría plantearse la utilidad de la técnica de la obligación natural.

Se sustenta que la obligación natural es un antídoto posible a las derivas contemporáneas pues, a pesar de que el aumento del individualismo y del relativismo moral podrían poner en tela de

¹⁸⁴ Vid. LAMARCA MARQUÉS, *InDret*, 3/2008 para profundizar en la «ley alemana para clarificar la paternidad independientemente de los procesos de impugnación»

¹⁸⁵ Acerca de la obligación natural según la doctrina española, *vid.* como referencia clásica, VÁZQUEZ BOTE, *RCDI*, núm. 509, 1975, pp. 891-902; y CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, 1990, y REALES ESPINA, 2000.

juicio a la obligación en su fundamento mismo, la técnica jurídica de la obligación natural, basada en su flexibilidad y en que permite al juez aprehender situaciones de hecho *a posteriori*, haciendo justicia al respecto, puede ofrecer un gran servicio a la aplicación de la justicia a los operadores jurídicos. Al ser opuesta a la técnica normativa actual basada en la acumulación de textos cada vez más precisos y que tienden a regir las situaciones de hecho *a priori*, de manera rígida y restringiendo el campo de actuación de los jueces¹⁸⁶. Comparto la opinión de los que defienden que la obligación natural podría tener en cuenta una necesidad de moralización o de revitalización de lazos sociales debilitados, no representando una amenaza para la libertad de las personas, dado que su ejecución forzosa no es posible al limitarse la obligación natural a sancionar una elección libre¹⁸⁷. Se advierte, no obstante, que más allá de su incontestable interés social, éste no debe llevar a deformar el mecanismo de la obligación natural al extender excesivamente su campo de aplicación; debiendo ser la obligación natural el punto de fusión entre el derecho y la moral, y no la confusión entre ellos¹⁸⁸.

A mayor abundamiento, una vez encuadrada la obligación natural y hecha una breve referencia de su fundamento y utilidad, es destacable resaltar, en relación con el tema que nos ocupa, que la jurisprudencia francesa en los últimos años haya venido realizado un reconocimiento limitado de la obligación natural, no en el ámbito del derecho de obligaciones sino en el de las relaciones en el seno de la familia en sentido extenso. Esta ha llegado a ser reconocida en el supuesto en el que quién, en ausencia de una filiación establecida (el padrastro respecto al hijo de su consorte con quién no hay relación jurídica de filiación alguna), se comporta como padre subviniendo voluntariamente a las necesidades de un menor, de modo que los alimentos pagados tienen el carácter de irrepetibles¹⁸⁹. E, incluso, en el supuesto de falta de reconocimiento de filiación extramatrimonial, como lo ilustra la sentencia de la *Cour de Cassation* (Civ, 1re, 3 octubre 2006) en la que el Alto Tribunal francés, frente a la decisión de las sentencias precedentes, afirma que M. Y al ejecutar un deber de conciencia transformó una obligación natural en una obligación civil. En concreto, por el hecho de que Y se comprometiera por documento formalizado en 1998 en pagar una cantidad fija de 3000 F todos los meses hasta el fin de los

¹⁸⁶ COUDRAIS, *Revue trimestrielle de Droit civile*, juillet- septembre, núm. 3. 2011, p. 468.

¹⁸⁷ Vid. MESTRE/FAGES, *Revue trimestrielle de droit civile*, núm. 1, 2007, pp. 119-120.

¹⁸⁸ Vid. CIOCIA, 2000, pp. 221-222, que refiere que la obligación natural ha llegado a aplicarse a la empresa familiar.

¹⁸⁹ Vid. COUDRAIS, *Revue trimestrielle de Droit civile*, juillet- septembre, núm. 3. 2011, p. 459.

estudios a su hijo extramatrimonial (no reconocido). Esta resolución se dicta tras haber dejado el padre de pagar dicha cuantía en el 2001 y demandar su hijo la condena a cumplir con sus obligaciones o subsidiariamente ejercitar una acción de reconocimiento de filiación en su contra¹⁹⁰. En esta misma línea el derecho belga ha reconocido expresamente y positivizado la existencia de una obligación natural del padrastro *vis à vis* de los hijos de su cónyuge¹⁹¹. De modo que ante la falta de regulación específica necesitamos aprovecharnos de instrumentos jurídicos ya existentes, más que crear nuevos textos legales. Esto implica, sin duda, tener en cuenta consideraciones extra jurídicas, así, por ejemplo, sopesar como ventaja de tal solución el dejar de imponer *a priori* automáticamente una obligación legal en ciertos casos en los que la nueva pareja no se manifiesta muy estable (regulando el estatuto del padrastro), pero permitir, en las hipótesis precisas dejar de cuestionar *a posteriori* la contribución material y financiera aportada por el padrastro. Y *a contrario*, rechazar la demanda de reembolso en la medida en que el padrastro ha pagado voluntariamente los gastos de educación del hijo de su consorte. De este modo, se actúa no solamente de acuerdo con la conciencia, sino con la moral común.

Por tanto, aun no siendo del mismo jaez que los pronunciamientos apuntados en el párrafo anterior, si el padre tuviera dudas de su paternidad en un supuesto de ocultación se podría aducir la irrepetibilidad de lo pagado sobre la base de haber cumplido dicha obligación natural por razones ético-morales ex artículo 1901 CC. En definitiva, aunque se afirme que el cruce del Derecho patrimonial en el Derecho de familia no es una cuestión fácil dada la especial naturaleza de este último¹⁹², no es imposible tal y como se ha querido mostrar a lo largo de este trabajo.

¹⁹⁰ MESTRE/FAGES, *Revue trimestrielle de droit civil*, núm. 1, 2007, p. 120.

Por otra parte, las decisiones más numerosas en las que la jurisprudencia francesa aplica la obligación natural conciernen a las relaciones entre padres e hijos, sobre todo respecto a hijos mayores, siendo irrelevante que los padres estén casados o no (*Cour de Cassation*, 1, chambre civil 1, 27 janvier 2016, 14-29.359, (non publié au Bulletin) en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000031950897>. Incluso se ha aplicado dicha teoría en supuestos en los que el menor ha sido objeto de una adopción simple, para el caso en el que el padre adoptivo estaba en un estado de necesidad, como ilustra la interesante sentencia de la *Cour de Cassation, section civile*, du 23 mars 2007, 98-14561 (en una interpretación *a contrario*). –*vid.* <https://www.legifrance.gouv.fr/initRechExpJuriJudi.do>, y <https://www.doctrine.fr/d/CASS/2007/JURITEXT000017830608> (fecha consulta 19/11/2019).

¹⁹¹ COUDRAIS, *Revue trimestrielle de Droit civil*, juillet-septembre, núm. 3. 2011, 461.

¹⁹² PANIZA FULLANA, *Revista Doctrinal Aranzadi-civil-mercantil*, núm. 11, 2015. p. 159.

8. CONCLUSIONES

Primera. El recurso al principio general de responsabilidad civil se normaliza, en la actualidad, en los litigios de las relaciones familiares, con exclusión del inveterado principio de «inmunidad familiar conyugal» tanto en el sistema del *Common Law* del derecho angloamericano como en el continental. Pues en la práctica el derecho de daños ha sido, hasta tiempo reciente, un campo ajeno al derecho de familia, pudiéndose hablar en el derecho continental, y en concreto en el español, de una inmunidad implícita por muy diversos factores (como la estructura familiar en la época de la codificación; el interés en mantener la armonía familiar; la autonomía del Derecho de familia; el breve plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil; y, el menos relevante pero insinuado por nuestro Tribunal Supremo, de evitar el peligro de la proliferación de demandas triviales). Si bien, de modo paradójico, en lo que respecta a la parcela del resarcimiento de daños por vulneración de los deberes conyugales, y por tanto respecto al daño por vulneración del deber de fidelidad por ocultación de la paternidad, la evolución del derecho de familia que rechaza la imposición de obligaciones que restrinjan coercitivamente aspectos centrales para el sentido personal de identidad implicaría ahora, según parte de la doctrina, una vuelta a la inmunidad al resarcimiento del daño.

Segunda. Es cierto que tras años de incertidumbre la STS del Pleno de 13 de noviembre del 2018 causa jurisprudencia, negando la indemnización del daño moral y patrimonial derivado del incumplimiento del deber de fidelidad con ocultación de la paternidad, contribuyendo a la seguridad jurídica. No obstante, no se ha de olvidar que la jurisprudencia, al no ser fuente del derecho ni gozar de fuerza vinculante, no va a impedir que continúe el vivo debate jurídico doctrinal que existe sobre el problema en estudio, al adolecer de la falta de regulación jurídica en su sede propia, el Derecho de familia, y existir una cláusula general positivizada en el artículo 1902 CC que obliga a reparar el daño ilícito causado sin vincularlo a un daño típico. Aunque defiendo la discriminación o exclusión del ámbito de aplicación de dicho precepto de toda una serie de hipótesis, en las que el derecho no debe intervenir por ser el daño mínimo (meros enojos, disgustos y contrariedades), al producirse la ruptura de la imputación objetiva por la excepción del riesgo general de la vida y, por ende, faltando uno de los presupuestos de la responsabilidad civil de la que nace la obligación indemnizatoria.

A mi parecer, de igual modo, el debate sobre si indemnizar o no el daño derivado de la ocultación de la paternidad se debería de restringir a la responsabilidad civil pura que excluye, tanto los supuestos de comisión de un delito entre familiares como las conductas que causan daños cuando se vulneran los derechos fundamentales de un miembro de la familia por otro, dado que en estos casos hay un consenso doctrinal y jurisprudencial de que es aplicable la institución jurídica de la responsabilidad civil.

Tercera. Se debe distinguir con nitidez la responsabilidad civil por daño moral derivado, por un lado, de la vulneración del deber conyugal de fidelidad y, por otro, de la ocultación de la paternidad. Ya que, es pacífico, al menos jurisprudencialmente y defender la mayoría de la doctrina, que el incumplimiento de los deberes propios del matrimonio, en concreto la infidelidad, no admite el ejercicio de acciones propias de la responsabilidad civil. En esencia, por no ser coherente con las reformas últimas del derecho de familia español por Ley 15/2015 de 8 de julio que no tiene 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. Y, por el contrario, no ha existido ni existe unanimidad en lo que respecta a la posible aplicación de la responsabilidad civil al daño derivado por ocultación de la paternidad como lo constata el que con anterioridad a la STS del 2018 la posiciones eran distintas tanto en si existía o no responsabilidad civil como en su fundamento legitimador; a lo que se unía la posición, a mi parecer, más valiente de las Audiencias Provinciales que de modo unánime consagró una línea de reconocimiento de la responsabilidad civil por daño moral por ocultación de la paternidad. Y en la misma línea de distinguir ambos supuestos se desarrolla el derecho angloamericano, dado que tanto el derecho inglés abrogó la *action for damages for adultery* aplicado históricamente, como en la mayoría de los estados de USA las acciones de daños por adulterio han desaparecido. Y, por el contrario, en aquél, se afirma una firme viabilidad jurídica, al menos, de la indemnización del daño moral por ocultación de la paternidad en las parejas de hecho; y, en éste se reconoce la posibilidad de demandar por fraude al no haber informado al marido que los hijos del matrimonio no eran suyos ejercitando la *action for infliction of emotional distress*, con la condición de estar ante una conducta indignante y no solo insultante u ofensiva.

A pesar de lo expuesto considero que se puede cuestionar si el incumplimiento de los deberes conyugales, en concreto el de fidelidad, desde la concepción amplia sostenida en las sociedades

democráticas, puede dar lugar en algunos casos (sólo en los que se constate la gravedad o cuando se muestre un grave desprecio por el bienestar de otro o por las serias consecuencias que conlleva para el cónyuge y para los hijos) a un daño antijurídico si se prueban los extremos que se anudan a la responsabilidad civil, pudiéndose por tanto desvincular el daño moral del reproche a la infidelidad al solicitarse, en cierto sentido, la indemnización al margen de la condición familiar sino como persona afectada por la conducta culpable de otro.

Cuarta. En lo que concierne a la ocultación de la paternidad, se ha de deslindar la indemnización del daño moral del daño patrimonial, al ser las problemáticas distintas y por tanto el debate sobre si existe obligación de indemnizar uno u otro daño y, en su caso, la fuente que la legitime. En lo que concierne a la indemnización del «daño moral», la postura negacionista que emana de la STS de 13 de noviembre de 2018 (que también afecta a la del daño patrimonial), que impide la acción de responsabilidad civil entre cónyuges o excónyuges, se basa en unos argumentos bastante discutibles. Entre otros, el impedir la proliferación de demandas triviales y asegurar la preservación de la paz y la armonía familiar; argumento que tendría sentido en el contexto social anterior a las reformas del 2005 pero no en la actualidad.

En segundo lugar, y sobre la base de la especialidad y autonomía de las normas del Derecho de familia, evitar una doble sanción, y no caer en la inmoralidad de lucrarse con el dolor provocado por los hechos ilícitos cometidos al interior de la familia. Es cierto que este mismo argumento se ha sostenido, en algunas ocasiones y sin haber consenso, por los tribunales de tradición del *Common Law*, en concreto en aplicación del derecho inglés a la indemnización por ocultación de la paternidad en el ámbito del matrimonio (pues en el de las parejas de hecho se admite la indemnizabilidad sin problema) al aplicar los específicos remedios del derecho de familia ante una petición previa de divorcio, en concreto, la acción de *financial remedy proceedings*; sin poder obviar que estamos ante un sistema legal de tradición jurídico ajeno al nuestro. Frente a dicho argumento, estimo que el ordenamiento jurídico es unitario y conexo, máxime cuando se constituye dicha institución jurídica sobre la base de una cláusula general que no establece las características típicas del daño resarcible. Incluso, la experiencia francesa pone en entredicho este argumento, al ser significativa la admisión jurisprudencial en Francia de la indemnización de daños diferentes a los producidos por la disolución del vínculo (regulados en el art. 166 *Code civil*) sobre la base del actual artícu-

lo 1240 *Code civil*, el cual tiene como parangón nuestro artículo 1902 CC, y por tanto la compatibilidad de ambos preceptos. Siendo cierto que en el derecho español no tiene consagrado un precepto como el art. 166 *Code civil* sería plausible afirmar que la autonomía del derecho de familia (que se predica en ambos países) no es óbice para plantear la compatibilidad de los preceptos de este ámbito con los de la responsabilidad civil.

En tercer lugar, el que «la vulneración del deber de fidelidad y la ocultación de la paternidad no sean daños autónomos», cuando, al contrario, estamos ante daños diferentes pues haber vivido engañado durante años en la creencia de ser padre es algo independiente respecto del interés del mantenimiento del matrimonio y del respeto a sus reglas, a lo que se une el hecho de que la ocultación de la paternidad no es una consecuencia automática y en todo caso natural del incumplimiento del deber de fidelidad. Y, por último, es desatinado y erróneo argüir que «la indemnización por ocultación de paternidad tiene su origen en el incumplimiento de uno de los deberes del matrimoniales, los cuales son deberes meramente morales», pues es como admitir que el matrimonio actúa como eximente y que, sin embargo, se afirme en todo caso, *a sensu contrario*, la indemnizabilidad de los daños producidos por dicha ocultación cuando a las partes no les vinculaba deber matrimonial alguno (durante el noviazgo, o en parejas de hecho, por ejemplo). Es cierto, por otra parte, que en el derecho americano, mientras unas sentencias niegan la indemnización sobre la base de equiparar la ocultación de la paternidad respecto a la vulneración el deber de infidelidad; otras afirman su autonomía y distinción sobre los diferentes intereses a proteger.

Quinta. Frente a los argumentos del Tribunal Supremo, creo que es pertinente poner de manifiesto que desde las últimas décadas del siglo XX hemos asistido a un cambio de paradigma o una transición del antiguo modelo de la familia patriarcal a uno moderno de familia igualitaria que se inspira en los modernos principios del constitucionalismo social, de protección de la familia, igualdad de la pareja, igualdad de los hijos, protección del miembro más débil de la pareja, protección del mejor interés del hijo, autonomía de voluntad e intervención mínima del Estado. Asimismo, no se puede obviar que desde el prisma de la Declaración Universal de los Derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Naciones Unidas, y el Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y culturales de Naciones Unidas, la familia es un elemento natural y fundamental de la sociedad y no existe prerrogativa familiar que permita que un miembro de la

familia cause daño dolosa o culpablemente a otro y se exima de responder en virtud del vínculo familiar. En otras palabras, la familia y la vida en ella constituyen un espacio vital en el que las personas pueden perseguir y alcanzar su mayor realización espiritual y material posible, y el vínculo paterno que genera la filiación biológica es un factor de enorme calado anímico; pudiendo aseverar, pues, que el conocimiento de que no se es progenitor de un hijo tras tenerlo por tal durante años ha de generar un estado anímico incuestionablemente perjudicial para la salud psíquica de quien lo padece. Se está ante un juicio jurídico y de ningún modo ante un juicio sobre la moralidad del cónyuge.

Sexta. Estimo que si la STS de 2018 no hubiera sido del Pleno no hubiera causado jurisprudencia, pues frente a la reciente STS de 2018 que niega la indemnización de todo daño patrimonial y moral sobre la base de la responsabilidad civil, las sentencias anteriores, SSTS de 22 de julio y de 30 de julio de 1999, se fundaron ambas, igualmente en argumentos diferentes y tampoco coincidentes con aquélla: dado que la primera sentencia argumenta sobre la base del motivo del recurso de casación de estar ante una responsabilidad extracontractual y fundando la negativa a la indemnización en la falta del dolo de la demandada (admitiendo, *a sensu contrario*, la posibilidad teórica de que la responsabilidad extracontractual sea fuente legitimadora de la obligación indemnizatoria) y ésta en la responsabilidad contractual dada la naturaleza del matrimonio como contrato. De igual modo no se deduce conclusión alguna de las SSTS de 14 de julio de 2010 y de 18 de junio de 2012 pues, aun tratándose de casos de responsabilidad civil por ocultación de la paternidad, no entran a conocer del fondo del asunto al entender que en ambos supuestos la acción de responsabilidad civil había prescrito.

Séptima. Defiendo que la fuente legitimadora de la obligación indemnizatoria del daño moral por ocultación de la paternidad es la institución jurídica de la responsabilidad civil, al ser autónomo del daño derivado de la vulneración del deber de fidelidad. Y dicha obligación nacería cuando se constaten los cuatro presupuestos clásicos de la responsabilidad civil; en este supuesto, el cónyuge o excónyuge demandante habría de probar la omisión antijurídica de la esposa, el daño moral y la relación causal entre ambos. Existiendo mayor controversia en lo que respecta al criterio subjetivo de imputación, dado que un sector doctrinal y jurisprudencial, al que me adhiero, exige el dolo o culpa agravada, sin vincularse éste a la intención específica de causar daño, sino revelado, entre otros indicios, en urdir estrategias o por la conducta falaz y engañosa sobre

el origen de la gestación del hijo. Y esto sobre la base de la relajación del estándar de precaución razonable de acuerdo con las pautas menos cuidadosas que se presumen en la intimidad y en orden a adaptar las reglas de la responsabilidad civil a los principios del Derecho de familia; principio que, por otro parte, se puede inferir de los artículos 168 y 1390 CC, y 4:102-1 PETL. Mientras que, por el contrario, otro sector sólo exige una negligencia como falta de diligencia media, en coherencia con la redacción de los artículos 1089 y 1902 CC, así como con la aplicación analógica del artículo 1104 CC; no pudiéndose ignorar que los avances de la ciencia en materia de prueba biológica se traducen en el fácil acceso por parte de los ciudadanos a este tipo de pruebas. Y, en consecuencia, en la posibilidad de determinar con certeza la paternidad de una persona, evitando así que el marido pueda seguir siendo considerado padre por efecto de la presunción legal de paternidad matrimonial ex artículo 116 CC. Esta posición se refrenda de modo indirecto por el artículo 5191-8 segundo párrafo de la Propuesta de Código civil por la APDC. Por el contrario, es complejo admitir la responsabilidad civil por culpa del padre biológico por el daño moral derivado de la ocultación de la paternidad pues, frente al derecho del padre biológico a reclamar una paternidad extramatrimonial, impugnado al tiempo la matrimonial de que los hijos disfrutaran, ha de protegerse la seguridad jurídica y afectiva de los hijos en una familia. Ambos (la verdad biológica y la preservación de la paz familiar) son valores dignos de protección constitucional no jerarquizados, pues ninguno de ellos prima sobre otro al encontrarse ambos principios en el art. 39 CE.

Octava. Considero que hay que distinguir, por un lado, la lesión a intereses legítimos o derechos que causa la acción u omisión antijurídica y, por otro, el daño patrimonial y/o moral resarcible, pues la doctrina española califica a ambos de daños induciendo a confusión. De ahí la propuesta de utilizar dos términos distintos para aludir a diferentes realidades, tal y como de modo clarificador ha regulado el legislador canadiense (*l'attiente* y *le prejudice moral et pécuniare*, respectivamente). En el supuesto en estudio, por tanto, estimo que la ocultación de la paternidad lesiona un interés legítimo cual es la certeza y el mantenimiento del vínculo legal paterno-filial al producirse su pérdida y «*la desaparición o disminución definitiva del derecho a relacionarse con sus supuestos hijos*», al impugnarse la paternidad una vez descubierta la realidad. Y de dicha lesión se deriva un daño moral resarcible pues, es evidente, que en estos supuestos se produce una frustración por la

pérdida de afectos y también, añadido, por la privación de un proyecto de vida familiar de entidad más objetiva.

Asimismo, en algunas ocasiones la jurisprudencia concede indemnización por el daño psico-físico, pudiendo deducirse la indemnizabilidad del daño a la integridad psíquica por haber ocultado la paternidad con sustantividad propia respecto del daño moral por pérdida del vínculo paterno-filial, y por vulnerar el «*interés legítimo de conocer la verdadera filiación de sus supuestos hijos*». Esta teoría creo que tendría como dificultad el que existieran diferentes momentos de inicio de la prescripción de la acción de responsabilidad o *dies a quo*, no favoreciendo a la seguridad jurídica, o que entrara en colisión con el derecho fundamental a la intimidad de la madre. Por ello propongo que sería razonable que el daño a la integridad psíquica por ocultación de la paternidad tuviera reflejo en la cuantificación del daño moral por ruptura del vínculo filial, aumentándola.

Novena. En cuanto a la controvertida «cuantificación» del daño moral, estimo que han de tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes, tales como las que señala nuestra jurisprudencia: la gravedad de las secuelas físicas o psíquicas del demandante causadas por el descubrimiento de que no era el padre; el número de hijos extramatrimoniales; su edad; el tiempo que haya durado la convivencia con ellos. Si bien, comparto con cierta doctrina el que existen otros factores a tener en cuenta en la cuantificación: por un lado, la posibilidad de poder seguir manteniendo en el futuro una relación afectiva y personal con el que creía su hijo o hijos suyos, y por otro el que la madre hubiera ejercitado o no la acción de impugnación de la paternidad, así como la existencia o no de una relación de convivencia hasta la declaración formal de no paternidad; no existiendo respecto a esta última pauta uniformidad en las sentencias emanadas de las Audiencias provinciales. En todo caso, la pérdida del vínculo parental no se ha de asimilar al duelo por la muerte del hijo en la medida en que los menores y el que fue padre tienen derecho a seguir relacionándose con el menor ex art. 160 CC; pero, no lo es menos reconocer, igualmente, que el normal desarrollo de la relación afectiva se interrumpirá. A los criterios citados, añadido uno no señalado por la doctrina ni por la jurisprudencia española, cual es tener en cuenta el daño a la frustración al «proyecto de vida», que está al margen de la indemnización por daños a su salud psico-física al ser de entidad objetiva. Pues el padre putativo quien, tras dejar de serlo al conocer que la filiación que creía cierta no lo es a partir de la sentencia de impugnación, frustra un proyecto evidenciado y en proceso de ejecución.

Esta noción ajena a la doctrina española está teniendo respaldo por la doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos humanos y, recientemente lo ha incorporado y positivizado el artículo 1738 del nuevo Código civil y Comercial de Argentina de 2014.

Y en lo que concierne a la «prueba» del daño moral comparto el criterio jurisprudencial de que en estos casos aquél, como regla general, no siendo objeto de prueba ni pericial ni testifical, se funda en la presunción implícita de tratarse de sentimientos comunes a todas las personas, de modo que no es posible alegar su dificultad probatoria para mantener su supresión; encontrándonos ante un daño moral *ex re ipsa*.

Décima. En lo relativo al inicio de la «prescripción de la acción» o *dies a quo*, el Tribunal Supremo lo reconduce al momento en que la sentencia de impugnación de la paternidad adquiere firmeza, excluyendo el momento en que el actor solo abrigare sospechas de su falsa paternidad (a diferencia del de la acción de impugnación de la paternidad). De igual modo se afirma, tanto la posibilidad de interrupción de la prescripción con la presentación de la demanda de conciliación como que sea, en realidad, la notificación de la resolución que declara firme la sentencia de impugnación de la filiación la que marque la fecha del cómputo. En este sentido, la jurisprudencia ha calificado a dicho daño de «daño permanente» del tal modo que el plazo comienza desde que lo supo el agraviado y tuvo conocimiento real del mismo y, por tanto, pudo medir su trascendencia mediante un pronóstico razonable; frente al daño continuado en el que la causa del daño se mantiene en el tiempo. En expresión del Alto Tribunal en STS de 14 de julio de 2010, dado que en estas situaciones existe normalmente la posibilidad de agravarse el daño moral por factores ajenos a la acción u omisión del demandado, si identificamos el daño como continuado el inicio del plazo se prolongaría indefectiblemente dando lugar a supuestos de absoluta imprescriptibilidad, viéndose amenazada la seguridad jurídica que se ha de garantizar. No obstante, se plantea en el trabajo la posibilidad de accionar por «daños sobrevenidos» siempre que estuviéramos ante daños no previsibles en el momento del ejercicio de la acción y exista una imputación objetiva causal entre la omisión antijurídica de la esposa y los nuevos daños.

Undécima. Estimo viable en teoría la responsabilidad civil para indemnizar el *daño moral* derivado de la ocultación de la paternidad, al no poder resolverse este tema arguyendo que estamos ante cuestiones morales en las que el Estado no debe tener injerencia, o que son daños que la víctima tiene el deber de sopor-

tar por estar amparado en el derecho absoluto de la madre a la intimidad. Antes al contrario, se debe conocer del asunto, dada la cláusula general que consagra el art. 1902 CC, pero teniendo presente todas las circunstancias, muchas veces procelosas del caso concreto y el contexto en el que se produce la ocultación. Y, esto, en orden en unos casos a admitir la demanda y en otros a eximir de responsabilidad por existir causa justa, por ejemplo, cuando existe un riesgo real de violencia por decir la verdad, o se interponen las acciones de modo oportunista. Como acontece a nivel de otras ramas del derecho civil, las intenciones de la parte pueden tenerse en cuenta, a veces, por el ordenamiento jurídico para declarar o no con causa ilícita un contrato, o para declarar abusivo el ejercicio legítimo de un derecho como se desprende de la teoría del abuso del derecho ex art. 7 CC.

Duodécima. En lo que respecta a la indemnización por *daño patrimonial* por alimentos por ocultación de la paternidad ha existido en España una división doctrinal y jurisprudencial que ha desembocado en la discutible tesis negacionista de la STS de 13 de noviembre de 2018, en el sentido de que no constituir daño patrimonial ni ser objeto de indemnización los alimentos a los hijos, con independencia de las posibles acciones que se deriven de la existencia de reconocimiento de deuda por parte de los causantes del daño. Esta sentencia, de modo incoherente, fundamentó dicha posición en los argumentos que utilizó una sentencia precedente (STS de 24 de abril de 2015) para negar la devolución pero sobre la base del cobro de lo indebido y que admitía como fundamento que legitima dicha devolución la responsabilidad civil. No obstante, a nivel doctrinal y jurisprudencial la cuestión no es pacífica: por un lado, hay un sector que se posiciona a favor de la restitución de los alimentos satisfechos en base al «cobro de lo indebido» por ser más favorable a la víctima el mayor plazo de prescripción de aquella, y por permitir ejercitar la acción de resarcimiento del daño frente a la madre, y también frente al verdadero padre, en el que caso de que llegara a ser conocido, y se posibilitaría el alcance declarativo *ex tunc*, que caracteriza el ejercicio de la acción de impugnación de la filiación matrimonial. La madre estaría obligada a restituir los alimentos debidos tras dictarse sentencia de separación, negando como restituibles las cantidades pagadas durante el matrimonio ya que ambos cónyuges tienen que contribuir al sostenimiento de las cargas matrimoniales. Y, por otro, existe otro sector que, por el contrario, defiende la viabilidad de la responsabilidad civil para indemnizar del daño patrimonial, al no tratarse del pago de una cantidad ajena a la existencia del título de quién la

recibe, dado que 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; limitándose la retroactividad a la fecha de la declaración judicial de impugnación.

Decimotercera. Finalmente, considero que la acción jurídica para exigir la compensación por el daño patrimonial no sería la responsabilidad civil extracontractual ex artículo 1902 CC al ser una institución jurídica que repara el daño una vez causado, esto es, a raíz de la sentencia de impugnación (como sería el daño moral por la pérdida del vínculo jurídico de paternidad y del lazo afectivo). Por tanto, no sería coherente fundar en la responsabilidad civil el daño patrimonial consistente en la devolución de los alimentos pagados al menor que es un *ex ante*, a excepción de las consecuencias dañosas patrimoniales que sean un *posterius* de la lesión al interés legítimo. Como tampoco lo sería el cuasicontrato del «cobro de lo indebido» para la indemnización del daño patrimonial al no cumplirse los presupuestos de dicha institución jurídica.

De tal modo, considero más apropiado basar la obligación indemnizatoria del pago de alimentos en la teoría general del «enriquecimiento sin causa» como principio general del derecho que tiene sus contornos precisos y distintos del cuasicontrato del cobro de lo indebido, cuyo plazo de prescripción deja de ser el expedito de un año. Es por ello que el único requisito para exigir la acción del enriquecimiento injusto sería, sin serlo la culpa o negligencia, probar que se haya producido el tránsito no justificado de un valor patrimonial desde un patrimonio a otro, que es lo que acontece en este caso. Ahora bien, hay que distinguir la acción del enriquecimiento injusto, por una parte, frente a la madre, la que, a mi parecer, aun limitándose a la devolución de los alimentos decretados por resolución de separación o divorcio, reviste más dificultad. Y, por otra, frente al progenitor biológico, cuya aplicación práctica tiene dos grandes inconvenientes, puestos de manifiesto por la doctrina especializada: por un lado, la falta del deber de información de la madre sobre su identidad dado que se vulneraría su derecho fundamental a la intimidad (cuyo deber de informar no se puede basar en el principio general de la buena fe, tal y como ha corroborado la experiencia alemana). Y, por otro, la falta de legitimación activa del padre putativo para ejercitar la acción de reclamación de filiación frente al verdadero progenitor según nuestra normativa española de filiación.

Decimocuarta. Los inconvenientes prácticos de ejercitar la acción del enriquecimiento injusto frente al padre biológico no eliminan la posibilidad teórica de poder interponer la acción cuando el padre biológico es conocido y se hubiera ejercitado una acción de impugnación y reclamación de paternidad por el padre biológico o por la madre en representación del hijo (tal y como reflejan las sentencias paradigmáticas sobre el supuesto en estudio resueltas por el Tribunal Supremo de 22 y 30 de julio de 1999). No debiendo olvidar, ni que el derecho de familia está integrado en su mayoría por normativa imperativa o de *ius cogens*, lo que denota su conexión con cuestiones de orden público, a pesar de la progresiva autonomía del grupo familiar concedida por el Estado; ni que en este supuesto no sólo están implicados dos partes, sino que hay un tercero, el menor, quien, como consecuencia de dicha ruptura, sufre una lesión en su integridad psíquica *ex art. 15 CE* y, según parte de la doctrina, también en su derecho a conocer sus orígenes biológicos como derecho fundamental para el desarrollo de la identidad del menor. E, incluso, el daño por ocultación de la paternidad reside en un daño relevante a la esencia de la persona (desde la perspectiva de que implica una lesión y/o frustración a un proyecto de vida y de realización personal) con el mismo rango y jerarquía que el derecho a la intimidad de la madre.

No obstante lo dicho, estimo que el pago por alimentos podría ser irrepetible sobre la base del cumplimiento de una obligación natural siempre que el padre, teniendo ciertas dudas de su paternidad, lo hiciera sobre la base de razones morales y éticas, fundamento de la obligación natural. La técnica jurídica de esta obligación, basada en su flexibilidad y en que permite al juez aprehender situaciones de hecho *a posteriori*, puede ofrecer un gran servicio a la aplicación de la justicia a los operadores jurídicos. Es significativo que países de nuestro entorno europeo, en concreto el derecho francés, haya venido realizado un reconocimiento limitado de la obligación natural, no en el ámbito del derecho de obligaciones sino en el de las relaciones en el seno de la familia en sentido extenso.

Decimoquinta. Para concluir, juzgo que de *lege data* se puede afirmar la viabilidad jurídica de la institución jurídica de la responsabilidad civil para indemnizar el daño moral derivado por ocultación de la paternidad pues toda institución jurídica y, en concreto, la de la responsabilidad civil extracontractual, se creó, con un potencial de desarrollo o de flexibilidad para adaptarse a las nuevas necesidades humanas, como son hoy en día los daños causados en las relaciones familiares.

Ahora bien, considero que en este campo sería necesaria una reforma de *lege ferenda* con el fin de coordinar los principios de Derecho de familia con los de la responsabilidad civil y que su aplicación no sea neutral ni vaya en contra de lo ya consensuado con las reformas de derecho de familia, ya que la aplicación del dicho principio al ámbito especial del derecho de familia se ha de acometer valorando dicha especificidad, de modo que absorba las reivindicaciones nuevas del individuo (y cuyo desarrollo requeriría otro trabajo). En este sentido, propondría la positivización de un criterio subjetivo de imputación del dolo o la culpa grave en la responsabilidad por daño moral por ocultación de la paternidad; así como un plazo máximo de retroacción para pedir devolución de alimentos sobre la base de la acción del enriquecimiento injusto. Asimismo, la regulación de un procedimiento para que sin alterar el estado civil del hijo y a los solos efectos del ejercicio de la acción de reembolso de alimentos, permitiera demandar al padre biológico identificado por la madre o conocido a través de otros indicios, tal y como lo ha regulado Alemania. Por último, la sede normativa de dicha futura reforma debería residenciarse en el Derecho de familia como sede propia; siendo, quizás, oportuno que dichas acciones de reclamación se conocieran, en vez de por el Juzgado de Primera Instancia de carácter ordinario, por los juzgados especializados de familia.

BIBLIOGRAFÍA

- ALGARRA PRATS, Esther: «Incumplimiento de deberes conyugales y responsabilidad civil», *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, MORENO MARTÍNEZ (coord.), ed. Dykinson, Madrid, 2012, pp. 11- 60.
- ÁLVAREZ OLALLA, M.^a del Pilar: «Prescripción de la acción ejercitada por el marido contra su exmujer por daños sufridos al determinarse judicialmente la filiación extramatrimonial de una hija, previamente inscrita como matrimonial. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2010», *Aranzadi Civil*, núm. 9, 2011, pp. 25-33.
- AMERICAN LAW INSTITUTE: *Restatement of the Law Second. Torts*. 2d. Vol. 4, American Law Institute Publishers. St. Paul, Minnesota, 1979.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código civil*, ed. Tecnos, Madrid, 2018. Disponible en http://www.derehocivil.net/images/libros/obra_completa.pdf, título XIX «De la responsabilidad civil extracontractual», pp. 862-877.
- BORRILLO, Daniel/FLORES RODRÍGUEZ, Jesús: «La reforma del Derecho de familia en Francia. A propósito del Proyecto de Ley núm. 344, de 7 de noviembre de 2012, de apertura del matrimonio de parejas del mismo sexo», *Actualidad civil*, 2012, núm. 4. Disponible en <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01235222/document>.

- BOSQUES HERNÁNDEZ, Gerardo José: «Comentario a la STS de 30 de junio de 2009», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 83, 2010, pp. 885-904.
- BREBBIA, Roberto: «La equidad en el Derecho de daños», *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini* (dir. A. J. BUERES. / A. KEMELMAJER DE CARLUCCI), ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pp. 45 -54.
- BUSTO LAGO, José Manuel/REGLERO CAMPOS, Fernando: *Lecciones de responsabilidad civil*, ed. Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2013.
- CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen: «Responsabilidad civil derivada de la obstaculización de las relaciones paterno-filiales», *La Ley. Derecho de familia*, núm. 8, cuarto trimestre, 2015. Disponible en La Ley 5940/2015.
- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio: *La obligación natural*, ed. Bosch, Barcelona, 1990.
- CATALA, Pierre: «Rapport sur l'avant projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription», *Documentation française*, 2006. Disponible en: http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf.
- CIOCIA, María Antonia: *L'obligazione naturale. Evoluzione normativa e prassi giurisprudenziale*, ed. Giuffré, Milán, 2000.
- COUDRAIS, Maud: «L'obligation naturelle: une idée moderne?», *Revue trimestrielle de droit civile*, juillet-septembre, núm. 3, 2011, pp. 453-469.
- CUADRADO IGLESIAS, Manuel: «Infidelidad en el matrimonio: ocultación de la verdadera paternidad (1)» en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo*, ed. La Ley, 2015. La Ley 2893/2015, pp. 1-18.
- CURUTCHET, Eduardo: «El daño al proyecto de vida en el nuevo Código civil y comercial», *Derechos En Acción*, 1(2), 2017, pp. 173-179. Disponible en <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/3188>.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina: «El valor de los deberes personales entre los cónyuges: incumplimiento del deber de fidelidad», *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares* (dir. Juan ANTONIO GARCÍA AMADO), ed. Bosch, Barcelona, 2017, pp. 19-65.
- DE LA IGLESIA MONGE, M.^a Isabel: «El daño moral derivado de la ocultación por la esposa de la paternidad del hijo matrimonial», *RCDI*, marzo-abril, núm. 760, 2017, pp. 921-936.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «Denegación de la indemnización por daño moral derivado de la ocultación dolosa de la verdadera filiación biológica del hijo matrimonial», *Diario La Ley*, núm. 9318, 2018. La Ley 14894/2018, 2018, pp. 1-9.
- «Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales», *Revista Jurídica La Ley*, tomo 2, D-70. 2007, pp. 1658-1671.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón/CHAPARRO MATAMOROS, Pedro: «Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales», en *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares* (coord. José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE). *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Thomson Reuters Aranzadi, núm. 28, 2012, pp. 103-174.
- DEL OLMO GARCÍA, Pedro: «Enriquecimiento injusto y pago de un tercero en la tradición del common law PICC, PECL, DCFR, CESL», *Anuario de Derecho civil*, 1/2016, pp. 6-98.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *El escándalo del daño moral*, ed. Civitas, Madrid, 2008.

- «Indemnización de daños y restitución de enriquecimientos», en *La responsabilidad civil su problemática actual* (coord. Juan A. MORENO MARTÍNEZ), ed. Dykinson, Madrid, 2007, pp. 235-254.
- *Familia y Derecho*, 1.ª edición, Civitas, Madrid, 1984.
- DÍEZ-PICAZO, Luis/GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho civil*. vol. II, tomo 2, 11.ª edición, ed. Tecnos, Madrid, 2015.
- DOBBS, Daniel: *The law of Torts*, West Group, St. Paul, Mim, 2000.
- EACHEVERRÍA DE RADA, M.ª Teresa: «Responsabilidad civil por infidelidad conyugal», *La Ley. Derecho de Familia*, núm. 8, octubre, 2015.
- FARNÓS AMORÓS, Esther: «Impugnaciones inesperadas, determinaciones tardías y abono de alimentos», en *Asociación de Profesores de Derecho civil. Retos actuales de la filiación*, ed. Tecnos, Madrid, 2018, pp. 269-296.
- «Daño moral en las relaciones familiares», en *El daño moral y su cuantificación* (dirs. GÓMEZ POMAR/MARÍN GARCÍA), ed. Bosch, Barcelona, 2015, p. 529-563.
- «Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad», *Derecho privado y Constitución*, núm. 25, enero-diciembre, 2011, pp. 9-54.
- «Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad», *InDret*, 4/2007. Disponible en http://www.indret.com/pdf/482_es.pdf.
- «El precio por ocultar la infidelidad. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de noviembre de 2004», *InDret*, 2/2005. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/279_es.pdf.
- FAYOS GARDÓ, Antonio: «Daños morales en las relaciones familiares: derecho de familia o de la responsabilidad civil. Una perspectiva española y norteamericana», *Actualidad civil*, núm. 14, del 16 al 31 de julio, tomo 2, 2011, pp. 1562-1570. *La Ley* 13199/2011.
- FERNÁNDEZ SESSAGERO, Carlos: «Deslinde conceptual entre el daño a la persona, daño al proyecto de vida y daño moral», en *Studi In Onore di Cesare Massimo Bianca*, tomo IV, Giuffrè Editore, 2006. Disponible en <http://www.revistapersona.com.ar/Persona73/73Sessarego.htm>.
- FERRER RIBA, Josep: «Relaciones familiares y límites del derecho de daños», *InDret*, 4/2001. Disponible en http://www.indret.com/pdf/065_es.pdf.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio: «Infidelidad matrimonial y engaño sobre la paternidad. ¿Dónde está el daño indemnizable?», en *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares* (dir. Juan Antonio GARCÍA AMADO), ed. Bosch, Barcelona, 2017, pp. 87-119.
- «¿Devolución de alimentos pagados al hijo que no lo era?», *Almacén del Derecho. Casos, derecho civil*, 1 de octubre de 2015.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Exégesis comparativa del artículo 1902 CC», en *Centenario del Código Civil*, t. I, ed. Asociación de Profesores de Derecho civil, 1989, pp. 875-884.
- «Comentario al artículo 68 del Código civil», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dirigidos por M. ALBALADEJO), T. II, arts. 42 al 107 del Código civil, 2.ª edición, Edersa, Madrid, 1982, pp. 190-198.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio: «Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm.3, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pp. 342 y ss.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «Propuestas o modelos de regulación del enriquecimiento sin causa en España», en *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización/*

- coord. Por Ángel Juárez Torrejón; Pedro del Olmo García (dir.), Xabier Basozabal Arrue (dir.), ed. Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 239-282.
- «La prestación compensatoria tras la separación y el divorcio. Algunas cuestiones controvertidas», *Estudios jurídicos en memoria del profesor Lete del Río*, GARCÍA RUBIO (coord.), ed. Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 341-379.
- GEER, William E.: «Criminal conversation: civil action for adultery», *25 Baylor L. Rev.* 1973, pp. 495- 496.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del Carmen: «Comentario al artículo 68 del Código civil», en AA. VV. *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. 1, ed. Tecnos, Madrid, 1984, pp. 331- 341.
- GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos: «Concepto del daño moral», en *El daño moral y su cuantificación* (Dir. GÓMEZ POMAR, F./ MARÍN GARCÍA), ed. Bosch, Barcelona, 2015, pp. 27-78.
- GÓMEZ POMAR, Fernando: «Daño moral», *InDret*, 2/2000. Disponible en http://www.indret.com/pdf/006_es.pdf.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina/NAVARRO MICHEL, Mónica: «Sustracción internacional de menores y responsabilidad civil (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009)», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm.3- 2010, pp. 805-832.
- GOUT, Olivier: «La consécration de dommages spéciaux», *Colloque International Vers une réforme de la responsabilité civile française: regards croisés franco-québécois* (sous la direction de Blandine Mallet- Bricout), Université Jean Moulin, Lyon 3, Lyon, décembre 2017.
- JAKOBS, Günther: «La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico penales del riesgo permitido, la prohibición del regreso y el principio de la confianza», en G. JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, ed. Civitas y UAM Ediciones, Madrid, 1997, pp. 209-229.
- KIMEL, Dori: *From Promise to Contract*, ed. Hart Publishing, Oxford, 2003.
- KUTNER, Peter B: «Law Reform in Tort: Abolition of Liability for Intentional Interference with family relationships», 17, *UW. Austl. L. Rev* (25)1987, pp. 34 y ss.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: «Efectos del matrimonio», en LACRUZ BERDEJO et al. *Elementos de Derecho civil*, IV, Familia, 4.^a edición, revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, ed. Dykinson, Madrid, 2010, 62-70.
- «Notas sobre el enriquecimiento», *RCDI*, 1969, pp. 529 y ss.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis/SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís/LUNA SERRANO, Agustín: *Elementos de Derecho civil*, I, vol.1.^o, ed. Bosch, Barcelona, 1988.
- LAMARCA MARQUÉS, Albert: «Autonomía privada e intervención pública en las acciones de filiación. La reforma del BGB», *InDret*, 3/2008, Disponible en: http://www.indret.com/pdf/561_es.pdf.
- LARENZ, Karl: *Derecho de obligaciones*, versión española y notas de Jaime Santos Brinz, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: «Capítulo I. La obligación en general», *Derecho de obligaciones. Principios de Derecho Civil II*. 23.^a edición, Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 2-14.
- LAW COMMISSION, MATRIMONIAL AND RELATED PROCEEDINGS-FINANCIAL RELIEF, paras.128-132 (English and Wales Law Comm'n Working Paper no.9, 1967), disponible en <http://www.bailii.org>.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: «Responsabilidad civil y derecho de familia», *La Ley*, 13905/2011, pp. 1-17.

- «Responsabilidad, infidelidad y paternidad», *Revista Práctica de Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 25, 2005, pp. 1-34.
- LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura: «El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales», *InDret*, 4/2010. Disponible en http://www.indret.com/pdf/783_es.pdf.
- LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, Javier: «Daños continuados y daños permanentes», en *Legal Today*, 27 de julio de 2016. Disponible en <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-civil/civil/danos-continuados-y-danos-permanentes-2016-07-27/>.
- MAC DONNELL DOBBS, Sharon: «Tort Law. Tort recovery for intencional interfe-rente with custodial Rights in Minnesota», *William Mitchell Law Review*, vol. 17, issue 4, 1991, pp. 1159-1188.
- MALAUURIE, Philippe/FULCHIRON, Hugues: *La famille*, ed. Défrenois, París, 2011.
- MARÍN GARCÍA, Ignacio/LÓPEZ RODRÍGUEZ, Daniel: «Indemnización del daño moral por la privación de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso», *InDret*, 2/2010, abril. Disponible en http://www.indret.com/pdf/741_es.pdf.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.^a Teresa: «¿Es indemnizable la infidelidad?», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 47, 2010, pp. 13-16.
- «Remedios indemnizatorios en las relaciones conyugales», en *Daños en el derecho de familia* (COORD. DE VERDA Y BEAMONTE), *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Thomson Reuters Aranzadi, núm.17, 2006, pp. 147-175.
- MARTÍN-CASALS, Miquel: «Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la responsabilidad biológica de un hijo», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 110, 2019, pp. 239-282. Disponible en BIB 2019/5949.
- «La modernización del derecho de la responsabilidad extracontractual», *Asociación de Profesores de Derecho Civil. Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, Universidad de Murcia, 2011, pp. 11-112.
- (COORD.) *Principios de Derecho Europeo de Responsabilidad civil*. trad. a cargo de la Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado (RED-PEC), Thomson Aranzadi, Navarra, 2008.
- «Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la Ley Orgánica 1/1982», en *Centenario del Código civil (1889-1989)*, tomo II, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1231-1275.
- MARTÍN-CASALS, Miquel/RIBOT IGUALADA, Jordi: «Daños en el Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás», *Anuario de Derecho Civil*, LXIV, fascículo II, 2011, pp. 503-561.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos: «El matrimonio como estado», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C./DE PABLO CONTRERAS, P./PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., *Curso de Derecho civil*. IV. Familia, ed. Edisofer, Madrid, 2016, pp. 151-161.
- *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia. Análisis sobre el sentido y los contrasentidos de las transformaciones contemporáneas del Derecho de Familia*, ed. Rialp, Madrid, 1996.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves: *La obligación legal de alimentos entre parientes*, ed. La Ley, Madrid, 2012.
- MEDINA, Graciela: «Daños en el derecho de familia en el Derecho civil y derecho comercial unificado», *Revista de derecho de familia y sucesiones*, núm. 5,

2015. Disponible en <http://www.graciamedina.com/assets/Uploads/medina.pdf>.
- MELENDO GRANADOS, Tomás: «Familia y persona: una relación biunívoca y constitutiva», *Revista sobre metafísica, conocimiento y vida. Metafísica y persona*, núm. 6, julio 2011, pp. 11-37.
- MESTRE, Jacques/FAGES, Bertrand: «La vitalité des obligations naturelles se confirme avec l'appui mais aussi le contrôle de la Cour de Cassation», *Revue trimestrielle de droit civile*, núm. 1, 2007, pp. 119-120.
- MORACCHINI-ZEIDENBERG, Stéphanie: «La contractualisation du droit de la famille», *Revue Trimestrielle de droit civil (RTDC)*, octubre-diciembre, 2016, pp. 773-796.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge: «Los factores subjetivos y objetivos de atribución de la responsabilidad en las relaciones familiares», *Revista de Derecho de Daños*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni editores, núm. 2, 2002, pp. 7-16.
- MURILLAS ESCUDERO, Juan Manuel: «La responsabilidad civil extracontractual por daños morales en la relación conyugal», *REDUR (Revista electrónica del departamento de Derecho civil de la Universidad de La Rioja)*, núm. 13, diciembre, 2015, pp. 111-127. Disponible en <https://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero13/murillas.pdf>.
- NEVADO CATALÁN, Verónica: «Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad», *InDret*, 4/2018, pp. 1-51. Disponible en <https://indret.com/wp-content/uploads/2018/11/1420-1.pdf>.
- OROZCO MUÑOZ, Martín: *El enriquecimiento injustificado*, Navarra, 2015
- PANIZA FULLANA, Antonia: «Derecho de familia y Derecho patrimonial: reclamación de alimentos abonados por quién resulta no ser el padre de la menor», *Revista Doctrinal Aranzadi-civil-mercantil*, núm. 11, vol. 2, 2015, pp. 153-165.
- PANTALEÓN PRIETO, Ángel Fernando: «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en AA. VV, *Centenario del Código civil (1889-1989)*, v. II, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1561-1591.
- PAPAYANNIS, Diego: «El deber de fidelidad en las relaciones conyugales», *La responsabilidad civil por daños familiares en las relaciones familiares* (dir. J. A. GARCÍA AMADO), ed. Bosch, Barcelona, 2017, pp. 65-86.
- PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles: «Alcance y valor de la jurisprudencia en el Derecho privado español», *Revista Electrónica de Direito, RED*, núm. 1, 2017, pp. 1-52.
- «Capítulo 26. Los cuasicontratos IV. El enriquecimiento injusto», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE (coord), *Curso de Derecho civil (II). Derecho de obligaciones*, ed. Colex, Madrid, 2014, pp. 847 y ss.
- PATTI, Salvatore: *Famiglia e responsabilità civile*, Dott. A, ed. Giuffrè Editore, Milano, 1984.
- PÉREZ CONESA, Carmen: «Impugnación de la filiación matrimonial y reclamación de pensión de alimentos (STS de 4 de abril de 2015. Voto particular)», *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6, 2015. BIB 2015/2592.
- PÉREZ GALLEGU, Roberto: «Nuevos daños en el ámbito del derecho de familia: los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica», *Revista de Derecho civil*, vol. 2, núm.3, estudios, 2015, pp. 141-175.
- PIZARRO WILSON, Carlos/VIDAL OLIVARES, Álvaro: «Responsabilidad civil por el no reconocimiento voluntario del hijo de filiación extramatrimonial», en *Daños en el derecho de familia* (coord. José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE), *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Thomson Reuters Aranzadi, núm.17, 2006, pp. 101-115.

- POLLOCK, Frederic: *The Law of Torts: a treatise on the principles of obligations arising from civil wrongs in the Common Law*, 273, 2nd ed. Stevens and Son, London 1890. Disponible en <https://oll.libertyfund.org/titles/pollock-the-law-of-torts-4th-ed>. (fecha de consulta 20/10/2020)
- PONS, Stéphanie: *La réception para le droit de la famille de l'article 1382 du Code civil*, ed. Presses universitaires d'Aix Marseille, P. U. A. M, 2007.
- PROSSER, William: *Handbook of the law of torts*, West Publishing Co., St. Paul, Minn, 1971.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: «Los deberes conyugales», en *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm.14-15, 196-1997, pp. 261-313.
- REALES ESPINA, Juan Ignacio: *La obligación natural en el Código civil*, ed. Comares, Granada, 2000.
- REGLERO CAMPOS, Fernando: «El seguro de la responsabilidad civil», *Tratado de responsabilidad civil*, REGLERO CAMPOS, F./BUSTO LAGO, J. M. (coord.), Tomo I, Actualización por Busto Lago, 5.ª edición, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 1412-1415.
- «El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas», en *Lecciones de responsabilidad civil* (coor. José Manuel BUSTO LAGO./L. Fernando REGLERO CAMPOS), ed. Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 105-134.
- ROBERTS, Paula: «Truth and consequences: Part III Who pays when paternity is disestablished?», 37 *Fam. L. Q.*, 69, 2003, pp. 69-103. Disponible en <https://www.jstor.org/stable/25740410?seq=1> (fecha de consulta 20/10/2020)
- ROCA TRÍAS, Encarna: «La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil», en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, ed. Dykinson, Madrid, 2000, pp. 531-563.
- ROCA TRÍAS, Encarna/NAVARRO MICHEL, Mónica: *Derecho de daños. Textos y materiales*, ed. Tirant lo Blanch, Madrid, 2011.
- RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María: «La responsabilidad civil en las relaciones familiares», en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano/CUENA CASAS, Matilde (dirs) *Tratado de Derecho de familia*. Vol VI, 2.ª ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 841-949.
- «Tipología de los daños en el ámbito de las relaciones paterno-filiales», en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano/CUENA CASAS, Matilde (dirs) *Tratado de Derecho de Familia*, vol. VI, 2.ª ed, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 956-958.
- «Luces y sombras de la aplicación del Derecho de daños al ámbito de familia», *La Ley-Derecho de familia. Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 8, 2015, pp. 1-20.
- «De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio (A propósito de la STS 14.07.2010)», *La Ley. Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2 (2011), pp. 1355-1364.
- «Responsabilidad civil en el ámbito del derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales», ed. Thomson Reuters, Navarra, 2009.
- «Indemnización del daño moral al progenitor por privación de la relación personal con el hijo (A propósito de la STS de 30 de junio de 2009)», *Anuario de Derecho Civil*, t. LXII, fasc. IV, 2009, pp. 1825-1855.
- RODRÍGUEZ SAN PEDRO: «Enmiendas y Adiciones al Código Civil publicado por el Gobierno. 1888-1889. Congreso de los Diputados. Debates. Sesión del 16

- de abril de 1889 (núm.96)», en *El Código Civil. Debates Parlamentarios. 1885-1889*, vol. II, ed., CCGG, Senado, Madrid, 1989, pp. 1783 -1784.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «Pensiones alimenticias indebidamente pagadas a hijos menores de edad (en torno a la STS de 24 de abril de 2015)», *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3, 2016. BIB 2016/736.
- «El deber de fidelidad conyugal y la responsabilidad civil por su infracción» en *Revista Jurídica la Ley*, tomo 2, D-234, 2011, pp. 1430-1438.
- «Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil», ed. Bosch, Barcelona, 2009.
- «El problema de la indemnización por daños morales entre cónyuges y ex cónyuges): Referencia a la sentencia de la Audiencia provincial de Valencia de 5 de septiembre de 2007)», en *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 4/2008, D-255, pp. 1877-1882.
- ROSSO ELORRIAGA, Gian Franco: «El principio de responsabilidad civil objetiva limitada: un elemento de equilibrio sistémico que no contradice al denominado principio de reparación integral del daño», *Revista de Derecho privado*, Universidad externado de Colombia, núm. 26, enero-junio, 2014, pp. 449-497.
- ROXÍN, Claus: *Derecho penal: parte general. Fundamento, la estructura de la teoría del delito*, ed. Civitas, Madrid, 2008.
- SALVADOR CODERCH, Pablo/FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio: «Causalidad y responsabilidad», *InDret*, 1/2006, pp. 1-40.
- SALVADOR CORDECH, Pablo/RAMOS GONZÁLEZ, Sonia/LUNA YERGA, Álvaro: «Un ojo de la cara (I)», *InDret*, 3, 2000, pp. 1-24.
- SALVADOR CORDECH, Pablo/RUIZ GARCÍA, Juan Antonio: «Comentari a l'art.1 del Codi de família», en EGEA FERNÁNDEZ, J, FERRER I RIBA, J (dir) *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, ed. Tecnos, Madrid, 2000, pp. 43-66.
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, Belén: «La tipicidad de los daños intrafamiliares en la jurisprudencia español. Necesidad y oportunidad de la tutela aquiliana en el ámbito familiar», en *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 112, cuarto trimestre, 2014, pp. 1-20. Disponible en La Ley 6602/2014.
- SÁNCHEZ JORDÁN, M.^a Elena: «Reclamación de reembolso de cantidades satisfechas por la madre para el mantenimiento y atención del hijo menor desde su nacimiento. Comentario a la SSTS (Sala de lo Civil, Pleno) números 573/2016 y 574/2016, de 29 y 30 de septiembre (RJ 2016, 4457 y RJ 2016, 4844)», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 42, 2017, pp. 329-346.
- SAVAUX, Éric: «El nuevo Derecho francés de obligaciones y contractos», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIX, fasc. III, 2016, pp. 715-741.
- SALEEM, NISHAR: In the name of the father. What are your Rights regarding paternity fraud?, 24 de mayo de 2016, en <https://saracenssolicitors.co.uk/litigation/in-the-name-of-the-father-what-are-your-rights-regarding-paternity-fraud>. (fecha de consulta: 20/10/2020).
- SÉNAT. UN SITE AU SERVICE DES CITOYENS (N.D), «Proposition de loi portant réforme du divorce. Rapport n° 252 (2001-2002) de M. Patrice Gélard, fait au nom de la commission des lois, déposé le 20 février 2002» en <https://www.senat.fr/rap/101-252/101-25227.html>. (fecha de consulta: 20/10/2020).
- SIEGAL, Reva: «The Rule of Love: Wife Beating as Prerogative and Privacy», 105 *Yale Law Journal*, 1996, pp. 2117-2207. Disponible en https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1092/ (fecha de consulta: 20/10/2020).

- SUMMER HOLMES, Anne: «The double standard in the English divorce Law 185-1923», *Law & Social Inquiry*, vol. 20, n.º 2, 1995, pp. 601-620.
- TOBIAS, Carl: «Interspousal Tort Immunity in America», *23 Georgia Law Review*, 1989, pp. 359-478.
- UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena: «La ocultación de la paternidad no genera daño patrimonial ni moral resarcible ex art. 1902 CC», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 110, 2019, pp. 223-238.
- «La suspensión de la prescripción extintiva en el Derecho civil», ed. Comares, Granada, 1997.
- VAN GERVEN, Walter: *Cases, Materials and Text on National, Supranational and Internation Tort Law*, ed. Hart Publishing, 2000.
- VAZQUEZ BOTE, Eduardo: «Sobre el artículo 1901 del Código civil y la obligación natural», *RCDI*, núm. 509, 1975, pp. 891-902.
- VENDRELL CERVANTES, Carles: *El enriquecimiento injustificado en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo*, Aranzadi, Navarra, 2017.
- WEIFEI, Sun: «Damages for Adultery and Interference with Mariage Relation from the perspective of Anglo-American Law», *PKU Trasnational Law Review*, vol. 4:1, 2016, pp. 31-48.
- WHITY, Niall R./ZIMMERMANN, Reinhart (edit): *Rights of Personality in Scots Law*, Dundee, Dundee University Press, 2009.
- XIOL RÍOS, Juan Antonio: «La imputación objetiva en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», *La Ley - Actualidad Civil 2*, 2010, pp. 123-149.
- YZQUIERDO TOLSADA, M.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018(629/2018). Ocultación al marido de la verdadera paternidad. Consecuencias para el Derecho de familia y para la Responsabilidad civil», en *Comentarios a las sentencias de unificación doctrinal*, ed. Dykinson, vol. 10, 2018, pp. 411-423.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde: «Daños a proyectos de vida», *Revista de Responsabilidad civil y seguros*, Año VII, núm. 4, abril, 2005.

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 22 de julio de 1999 (RJ 1999/5721).
- STS de 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 5490).
- STS de 30 de julio de 1999 (RJ 1999/5726).
- STS de 22 de febrero de 2001(RJ 2001/2242).
- STS de 15 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6227).
- STS del 30 de junio de 2009 (RJ 2009/5490
- STS de 14 de julio de 2010 (RJ 2010/5152).
- STS de 20 febrero de 2012 (RJ 2012/4047).
- STS de 18 de junio de 2012 (RJ 2012/6849).
- STS de 24 de abril de 2015 (RJ 2015/ 1915).
- STS de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018/5158).

SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004 (AC 2004/1994).
- SAP de Barcelona de 22 de julio de 2005 (JUR 2006\163268).
- SAP de Baleares de 20 de septiembre de 2006 (JUR 2006/279201).
- SAP de León de 2 de enero de 2007 (JUR 2007/59972).
- SAP de Barcelona de 16 de enero de 2007 (JUR 2007/323682).
- SAP de León 30 de enero de 2007 (JUR 2007/192431).
- SAP de Valencia de 5 de septiembre de 2007 (JUR 2007/340366).
- SAP de Segovia de 11 de diciembre de 2007 (JUR 2008/148138).
- SAP de Cádiz de 3 de abril de 2008 (JUR 2008/234675).
- SAP de Barcelona de 31 de octubre de 2008 (AC 2009/93).
- SAP de León 30 de enero de 2009 (JUR 2009\192431).
- SAP de Castellón de 10 de febrero de 2009 (AC 2009/346).
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 16 de octubre de 2009 (JUR 2010/79320).
- SAP de Murcia de 18 de noviembre de 2009 (AC 2010/60).
- SAP de La Coruña de 8 de noviembre de 2010 (AC 2010/2303).
- SAP de Alicante de 14 de julio de 2011 (AC 2011/1537).
- SAP de Ciudad Real de 29 de febrero de 2012 (AC 2012/359).
- SAP de Asturias 18 de mayo de 2012 (JUR 2012/265689).
- SAP de Cádiz de 21 de septiembre de 2012 (JUR 2012/353634).
- SAP de Madrid de 26 de octubre de 2012 (JUR 2013/28582).
- SSAP de León de 23 de noviembre de 2012 (AC 2012/1643).
- SAP de Alicante de 16 de enero de 2013 (JUR 2013/150976).
- SAP de Zaragoza de 31 de enero de 2013 (JUR 2013/112359).
- SAP de Cuenca de 8 de abril de 2013 (JUR 2013/184078).
- SAP Madrid de 9 de mayo de 2014 (AC 2014/1397).
- SAP de Cádiz de 16 de mayo de 2014 (JUR 2014/203955).
- SAP de Granada de 13 de junio de 2014 (AC 2014/1628).
- SAP de Murcia de 30 de octubre de 2014 (JUR 2015/54272).
- SAP de Valencia de 13 de noviembre de 2014 (AC 2015/228).
- SAP de Madrid de 17 de diciembre de 2014 (JUR 2015/50444).
- SAP de Jaén de 9 de marzo de 2015 (JUR 2015/129380).
- SAP de Cantabria de 3 de marzo de 2016 (AC 2016/799).
- SAP de Pontevedra de 22 de septiembre de 2016 (JUR 2016/227006).

- SAP de Cádiz de 13 de junio de 2017 (JUR, 2017/221073).
- SAP de Valencia de 16 de octubre de 2017 (AC 2018/1076).
- SAP de Alicante de 6 de noviembre de 2017 (JUR 201, 111191).
- SAP de Gerona de 19 de abril de 2018 (JUR 2018/114596).
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 14 de marzo de 2019 (AC 2019/956).
- SAP de Madrid de 24 de mayo de 2019 (JUR 2019/214532).

