

## PROBLEMÁTICA DE LA INDEMNIZACIÓN ENTRE CÓNYUGES

**AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA**

*Doctora en Derecho*

*Abogada especialista en Derecho de Familia  
y Responsabilidad Civil*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: doña Carmen ALONSO LEDESMA, don Juan CADARSO PALAU, don Guillermo JIMÉNEZ SÁNCHEZ, don Carlos LASARTE ÁLVAREZ, doña Nazareth PÉREZ DE CASTRO y don Juan SÁNCHEZ CALERO GUILARTE.

### **Extracto:**

LA problemática que plantea el tema de la indemnización entre cónyuges es, sin lugar a dudas, apasionante. Es un tema que ha sido escasamente tratado por los autores en nuestro país. Antes de la Ley que reformó el divorcio (antes del año 2005), algunas Sentencias, en España, otorgaban indemnización a uno de los cónyuges, con ciertas reservas, cuando había sido engañado, de manera fuertemente fraudulenta, por el otro. A partir de la Reforma del 2005, la indemnización entre cónyuges se volverá mucho más compleja, ya que dejan de existir causas de separación y/o divorcio y, por lo tanto, la problemática que planteaba la culpabilidad de uno de los esposos queda en un plano absolutamente secundario.

Este artículo monográfico se hace eco de las Sentencias más relevantes –muy escasas– dictadas en esta materia en nuestro país, y aborda, sobre todo, la delicada cuestión de aquellos progenitores que han sido engañados por el otro consorte, haciéndoles creer que los hijos habidos eran de ambos. La autora se plantea la necesidad y conveniencia de que los Juzgados y Tribunales tomen conciencia de este problema jurídico y se hagan eco de las solicitudes, más que fundadas, que, en algunas ocasiones, se presentan por parte del consorte engañado por el otro.

**Palabras clave:** separación y divorcio, indemnización entre cónyuges, jurisprudencia.

# Sumario

1. Introducción al tema.
2. Análisis de las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1999 y de la Audiencia Provincial de 2 de noviembre de 2004.

## 1. INTRODUCCIÓN AL TEMA

La relación matrimonial genera, sin lugar a dudas, una serie de derechos, pero también de deberes para los contrayentes, tanto en sus relaciones personales como patrimoniales.

Aquí, en este estudio, solo voy a detenerme en el marco de las relaciones personales, en el ámbito de la comunidad de vida e intereses de los contrayentes.

El Código Civil ha sufrido, hace muy poco tiempo, una interesantísima Reforma. La Ley de 8 de julio de 2005 ha reformado, efectivamente, la materia correspondiente a la separación y el divorcio. En concreto, el artículo 68 de nuestro Código Civil ha quedado redactado de la siguiente manera: «Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo».

Ya ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA afirmaba, con rotundidad, que la adición del deber de compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo era absolutamente inútil y nada lógica<sup>1</sup>.

Lo que sí está claro es que el deber de fidelidad entre los esposos permanece inalterable en la redacción actual, tras la Reforma, y que estamos, en cualquier caso, ante un deber de carácter jurídico y no ético o moral de manera exclusiva o excluyente.

Precisamente, en relación a este deber jurídico de fidelidad matrimonial voy a referirme seguidamente a dos interesantísimas Sentencias dictadas en nuestro país, contradictorias entre sí, pero que tienen la cualidad de reflejar la evolución experimentada en nuestro país en lo que se refiere a este deber y a las posibles consecuencias indemnizatorias de su infracción, incumplimiento o transgresión.

---

<sup>1</sup> ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis: «Las reformas legales que nos esperan», en *Actualización del Derecho de Familia y Sucesiones*, Asociación Española de Abogados de Familia, Dykinson Ediciones, Madrid, 2005.

## 2. ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE JULIO DE 1999 Y DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE 2 DE NOVIEMBRE DE 2004

En primer lugar, hay que resaltar que ambas Sentencias están referidas a la violación del deber de fidelidad por parte de uno de los esposos y la consiguiente reclamación de responsabilidad por incumplimiento de ese deber, ligado al hecho de la existencia de hijos que no fueron engendrados por el marido de la madre, ocultándose, sin embargo, este hecho por la esposa y generando esa ocultación unos perjuicios económicos bastante cuantiosos, con la subsiguiente reclamación de indemnización por parte del esposo defraudado.

En segundo lugar, hay que reseñar que ambas Sentencias son contradictorias, tal como tendré ocasión de poner de relieve a continuación.

La Sentencia de 30 de julio de 1999 ofrece los siguientes hechos: don A.V.M. promovió juicio declarativo de menor cuantía contra doña M.B.D., sobre reclamación de veintidós millones doscientas mil pesetas (22.200.000 ptas.), en concepto de daños morales y patrimoniales, nulidad del convenio regulador y nueva liquidación de la sociedad conyugal existente entre ellos. Estas pretensiones tuvieron, como antecedentes fácticos, los siguientes: don A. y doña M. habían contraído matrimonio civil y canónico en Madrid el día 8 de mayo de 1974. Constante matrimonio, nacieron dos hijos, en 1977 y en 1981, inscritos con los nombres de S. y A. El 8 de febrero de 1983, los esposos suscribieron un convenio regulador, protocolizado notarialmente, procediendo, de este modo, a una separación de cuerpos y bienes. Los hijos quedaron bajo la guarda y custodia de la madre, con las obligaciones respecto a las cargas matrimoniales recayendo en el padre.

En 1984, doña M. demandó a don A., impugnando su paternidad respecto de los hijos mencionados. En este procedimiento de impugnación, recayó Sentencia el 18 de marzo de 1986, en la que se declaró que don V.S.L. era el padre de los niños S. y A. habidos con doña M. de relaciones extramatrimoniales, con los derechos y obligaciones inherentes a dicha relación paterno-filial, debiendo hacerse en el Registro Civil correspondiente las oportunas rectificaciones e inscripciones.

En 1986, se instó por doña M. demanda contra don A. sobre disolución del matrimonio por divorcio y, por Sentencia de 15 de febrero de 1998, se estimó la demanda, así como la reconvenición, decretándose la disolución, por divorcio, del matrimonio, y se acordó no conceder pensión compensatoria por desequilibrio económico a favor de don A., Sentencia que fue confirmada por la dictada el 6 de mayo de 1989. Las referidas pretensiones fueron resueltas por el Juzgado de Primera Instancia número 21 de Madrid, en Sentencia de 5 de octubre de 1992, por la que, con estimación parcial de la demanda, se condenó a doña M. a abonar a don A., en concepto de daños morales, la cantidad total de diez millones de pesetas, absolviéndole del resto de las peticiones formuladas contra ella, siendo revocada por la dictada en 28 de noviembre de 1994, por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, en el sentido de estimar íntegramente la demanda interpuesta por don A.V.M., siendo esta Sentencia la recurrida en casación por el mencionado don A. y que es objeto de estudio a continuación.

En el recurso de casación se formuló un único motivo amparado en el ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se denunció, como infringidos, concretamente,

los artículos 67 y 68 del Código Civil (recordemos que el art. 68 del citado corpus legal ha sido reformado últimamente), en relación con el artículo 1.101.

Hay que detenerse en dos preceptos del Código Civil: los artículos 67 y 68. En cuanto al artículo 67, establece que «el marido y la mujer deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia». Por su parte, el artículo 68 del Código Civil disponía, en su redacción anterior, que «los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente». Este último precepto ha sido reformado últimamente, quedando del siguiente tenor: «Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo».

Hace ya algunos años, me planteé seriamente la necesidad de distinguir, clara y diferenciadamente, los conceptos de «ayuda mutua» entre los cónyuges del «mutuo socorro». La mutua ayuda va referida al auxilio espiritual que los cónyuges se deben entre sí, ostentando un indudable aspecto ético, al hacer referencia a una entrega recíproca.

En cambio, el socorro mutuo comprende un aspecto material, incluyendo los deberes de asistencia económica, el mantenimiento de la familia y el cuidado del hogar y de los hijos, todo ello dentro del marco de las circunstancias sociales de los esposos y de las necesidades económicas del grupo familiar.

El deber de respeto se relaciona, desde mi punto de vista, con la idea de dignidad que cada persona, esté o no casada, posee de sí misma.

Por fin, hay que considerar, en el ámbito del deber de mutuo socorro, la obligación de alimentos que nace de la comunidad conyugal y que encuentra su razón de ser en el artículo 143 de nuestro Código Civil, que declara que los cónyuges están obligados recíprocamente a darse alimentos. Cuando la unidad de vida entre los cónyuges se rompe, subsiste, sin embargo, el deber de alimentos. También subsiste durante la sustanciación de los procesos de separación, divorcio y nulidad.

Detengámonos ahora en algunas consideraciones, ineludibles, sobre los daños morales y su problemática, ya que la Sala estimó, por lo que respecta a la Sentencia objeto de estudio, que, si el legislador hubiera querido sancionar jurídicamente la infracción del deber de fidelidad conyugal, no solo con la separación y el divorcio, sino también con un específico resarcimiento del daño moral irrogado por la infidelidad, hubiese recogido, de alguna forma, tal posibilidad entre los efectos propios del divorcio o de la separación, añadiendo la Sala que no solo no lo ha hecho así, sino que ha procurado, en lo posible, «descausalizar» tanto la separación como el divorcio. Desde luego, hoy en día, la descausalización es ya plena, en virtud de la reforma del Código Civil por Ley de 8 de julio de 2005.

La Sala declaró que la infidelidad no se regula solo como causa de separación en el artículo 82 (hoy en día, sin contenido), sino que también se regula en el artículo 68, al establecer que los cónyuges están obligados a guardarse fidelidad. Es decir, el legislador ha elevado a la categoría de derecho positivo el criterio moral y social de la fidelidad y la Sentencia se refiere a que la conducta de la apelante (esposa) merece el reproche ético y social, siendo infracción del deber establecido en nuestro Código Civil en el artículo 68. Se afirma, efectivamente, que doña M. incumplió sus deberes como cónyuge,

estando obligada a ellos a virtud del artículo 68, siendo infiel a su esposo. Esta obligación, incumplida –yo diría, más bien, abiertamente transgredida– es contractual, tiene su origen en el contrato de matrimonio que ella viene obligada a cumplir. Si no la cumple, con independencia de otras consecuencias que de tal incumplimiento pudieran derivarse, está incurso, en virtud del artículo 82 del Código Civil –hoy sin contenido– en causa de separación, por voluntad del legislador.

Por oposición al daño patrimonial, se define el daño moral como aquel perjuicio que no implica una pérdida de dinero, que no entrafña para el perjudicado –al que, en algunas ocasiones, se le denomina como víctima– ninguna consecuencia pecuniaria o disminución de su patrimonio, o también como aquel daño que no consiste en una pérdida económica o en una falta de ganancia. La mayor parte de los autores dan del daño moral una definición negativa, pero contra este concepto negativo se han emitido críticas, haciéndose notar que una definición negativa puede admitirse solamente cuando se trate de operar en la esfera de fenómenos homogéneos, en tanto que los daños patrimoniales y los daños morales constituyen fenómenos completamente diversos, según ha puesto de manifiesto SCOGNAMIGLIO <sup>2</sup>.

CHIRONI, también en la doctrina italiana <sup>3</sup>, hace una definición muy interesante del daño moral, entendiéndolo que es aquella lesión a cualquier derecho que pertenezca al estado jurídico de la personalidad.

En la doctrina se han extendido, asimismo, las definiciones del daño moral identificado con el dolor, los sufrimientos o padecimientos físicos y/o psíquicos de una persona y que hayan sido injustamente ocasionados. En este sentido, DE RUGGIERO lo definía como «la perturbación injusta en el estado de ánimo de una persona» <sup>4</sup>, al paso que ROVELLI y MANDRIOLI aludían al «dolor o padecimiento de ánimo ocasionado por el acto ilícito» <sup>5</sup>.

A mi juicio, la existencia del daño moral puede producirse con independencia de que se hayan realizado otros daños, es decir, que, tanto si aparecen consecuencias específicas de orden patrimonial, como si no resultan, el daño personal consiste y se manifiesta en la lesión de los bienes de la persona y, como tal, debe ser reparado, sin perjuicio de que, además, se tengan en cuenta las consecuencias dañosas de carácter patrimonial.

Por lo que respecta al tema que está siendo objeto de estudio, hay que reseñar que la doctrina se ha preguntado si el resarcimiento del daño moral puede ser incluido dentro de la figura de la indemnización de daños y perjuicios o si, por el contrario, constituye una institución cuya esencia y características son plenamente distintas a la indemnización de daños y perjuicios.

Son muy numerosos los autores que mantienen que la reparación del daño moral no puede incluirse en el concepto técnico de indemnización, pues en esta se entrega al damnificado una suma de dinero como un equivalente que sustituye la pérdida o menoscabo del bien lesionado. Pero, para que el dinero indemnice por equivalencia, es preciso que se trate de valores homogéneos entre los cuales sea posible una valoración comparativa. Esta equivalencia se da tratándose de bienes económicos. En cambio, en el

<sup>2</sup> SCOGNAMIGLIO: «Il danno morale», en *Rivista di Diritto*, 1957.

<sup>3</sup> CHIRONI: *Colpa estracontrattuale*, 1906, Tomo II.

<sup>4</sup> DE RUGGIERO: *Instituciones*, Madrid, 1931, Tomo II.

<sup>5</sup> ROVELLI Y MANDRIOLI: «Instituciones», en *Rivista di Diritto*, 1931, Tomo II.

supuesto de daños morales, si se consideran las lesiones a los afectos y sentimientos, resulta que la sensibilidad de cada persona, su capacidad de sufrir, es algo absolutamente individual y que varía de unas personas a otras, por lo que no puede ser medido con criterios objetivos o exclusivamente objetivos.

Si me centro ya en la Sentencia de 30 de julio de 1999, hay que resaltar que el recurrente –esposo– alegó que había estado viviendo en engaño permanente y que, además, el resultado final del propio engaño había sido la pérdida de los hijos que, aunque no eran suyos, él les consideraba como tales, así como el sufrimiento psíquico, emocional y espiritual de ver venirse abajo todos sus proyectos de futuro. La parte contraria –la esposa lo sabía, pero no solo le pareció poco el daño causado, sino que le dio publicidad en el Diario «El P.»–, circunstancia esta que, a juicio del recurrente, incrementó el daño causado.

Otro factor importante, susceptible de análisis jurídico, es que el recurrente estuvo contribuyendo a las cargas del matrimonio que impone el artículo 110 del Código Civil al progenitor, así como el artículo 39.3 de nuestra Constitución. Pero el recurrente no era el progenitor biológico en realidad y, merced al engaño de la esposa, el padre biológico se había visto eximido del deber de alimentar a sus hijos, habiendo asumido, de buena fe, el recurrente esta obligación en la falsa creencia de que los hijos eran suyos, de una paternidad que era falsa.

El artículo 39.3 de la Constitución declara que «los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda».

Sobre este precepto constitucional hay que decir que guarda un claro paralelismo con la análoga obligación que, en su día, estableció el párrafo tercero del artículo 43 de la Constitución republicana.

Óscar ALZAGA, al analizar este precepto, entendía que la doctrina dominante en su interpretación fue la de que debía compaginarse con la protección, de igual rango constitucional, que se proclamaba para la familia, lo que, en la práctica, significa una no total equiparación de los hijos ilegítimos con los legítimos<sup>6</sup>. Este autor estimaba que se había soslayado la declaración de igualdad de derechos de todos los hijos.

El precepto constitucional, en cualquier caso, pone de relieve el aspecto de función que, como expresaban LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA<sup>7</sup>, tiene la paternidad, en la que la asistencia de todo orden supone la imposición de una rigurosa responsabilidad a los progenitores por el hecho cierto de la procreación. Es la norma positiva la que precisa el contenido exacto de la relación paternofamiliar. Pero del precepto constitucional en cuestión se deduce, indudablemente, que, en todo caso, el deber de los progenitores no se limita a proveer a los hijos de su mantenimiento, educación, instrucción y formación, sino que, además, de algún modo y según la clase de familia y su planteamiento vital, le es exigible al progenitor una contribución de afecto y experiencia en el proceso de formación de la personalidad del hijo, teoría esta, muy interesante, a mi juicio, propuesta en la doctrina italiana por BESONE<sup>8</sup>, pero cuyos planteamientos son válidos en nuestro ordenamiento jurídico-civil.

<sup>6</sup> ALZAGA, Óscar: *La Constitución Española de 1978. Comentario sistemático*, Madrid, 1979.

<sup>7</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Familia*, editorial Bosch, Barcelona, 1983.

<sup>8</sup> BESONE y otros: *Comentario della Costituzione italiana*, Bolonia-Roma, 1976.

Esta asistencia de todo orden exige al progenitor la posible convivencia y, como reverso de estos deberes, tiene un derecho a dirigir y controlar la educación y crianza del hijo.

En el supuesto que entró a resolver la Sentencia de 30 de julio de 1999, parece obvio que hubo un engaño, del que fue víctima el progenitor que aparecía legalmente como tal y que fue, desde luego, el que asumió la educación y la crianza de los hijos –que no lo eran en realidad–, con la consiguiente carga económica que ello conllevaba.

La Sentencia puso de manifiesto que, indudablemente, el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil son merecedores de un innegable reproche ético-social, reproche que, tal vez, se acentúa más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que la legislación civil sustantiva contempla es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación del artículo 82 del Código Civil –hoy sin contenido–, pero sin que se le asignen, en contra del esposo infractor, efectos económicos como sanción, que, de ningún modo, es posible comprenderlos dentro del ámbito de la pensión compensatoria que se regula en el artículo 97 del citado Código Civil, e, igualmente, no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1.101 del Código Civil, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, porque, de lo contrario, ello conduciría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial obligaría a indemnizar al esposo perjudicado por la misma.

Todo ello lleva a concluir que el daño moral generado en uno de los cónyuges –en el supuesto analizado, en el esposo– por la infidelidad del otro no es susceptible de reparación o indemnización económica alguna, lo cual origina la imposibilidad de atribuir al Tribunal *a quo* haber infringido, en el aspecto estudiado, los artículos 67 y 68 del Código Civil en relación con el artículo 1.101 del mismo corpus legal, por lo que el Tribunal declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

Hay que recordar que el artículo 1.101 del Código Civil establece que «quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquellas».

A la vista de este precepto, que parece que es muy claro, cabe hacer unas consideraciones, ya que, en el supuesto objeto de estudio, el daño se había producido en el esposo, había existido realmente, así como un dolor o sufrimiento por parte del esposo engañado y, sin embargo, no se admitió la procedencia de la indemnización que el recurrente solicitaba.

Un sector doctrinal, en nuestro país, se ha decantado, abiertamente, por rechazar, desde el punto de vista teórico-práctico, la procedencia de la indemnización, ya mencionada, solicitada por el esposo engañado.

Por lo que respecta al deber de fidelidad, su infracción más grave la constituía, hasta el año 1978, del delito de adulterio, tratando el Código Penal con mayor severidad a la mujer que al marido –es este un rasgo distintivo de la legislación franquista–, en el cual solo castigaba el amancebamiento. Este deber de fidelidad, según ha expuesto José Luis LACRUZ BERDEJO<sup>9</sup>, se entendía extendido a la observancia,

<sup>9</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis: «Los deberes recíprocos del artículo 68 del Código Civil y su significado actual», en el *Libro Homenaje a Luis Martín Ballesteros*, Zaragoza, 1983.

por cada uno de los cónyuges, de una conducta inequívoca, absteniéndose de cualquier relación que resultase lesiva para los sentimientos y la dignidad del otro cónyuge. Su infracción podía dar lugar a una acción de reclamación de daños, según la Sentencia de la Sala Segunda de 24 de octubre de 1959, que resolvió, en un supuesto de adulterio, que cabía la reparación del daño moral, *ex* artículo 104 del Código Penal vigente entonces.

Por lo que respecta al deber de mutuo socorro, aun recayendo sobre ambos cónyuges, en principio, no tenía el mismo contenido para uno y otro cónyuge, ya que los roles, en el ámbito del marco familiar, estaban claramente diferenciados. Es obvio que la mujer se encontraba discriminada y tratada, en consecuencia, desigualmente con respecto al marido.

Conforme se fueron introduciendo en nuestro país nuevas tendencias de carácter más o menos liberal y progresista, fueron quedando caducos muchos de estos planteamientos y fue evolucionando en idéntico sentido el significado del deber de obediencia de la esposa para con el marido, así como modificándose la interpretación de los denominados «deberes recíprocos» del derogado artículo 56 del Código Civil.

En la actualidad, y a la vista de los planteamientos liberalizadores imperantes, por fortuna, en nuestra sociedad y de la marcada tendencia a la igualdad de la mujer en todos los ámbitos, deberes como el de fidelidad, por ejemplo, se reputan incompletos y solo parcialmente provistos de coercibilidad jurídica. Una Sentencia, ya antigua, de 4 de diciembre de 1959, declaró que esos deberes tienen un carácter marcadamente ético, porque se confió al sentimiento y a la conciencia íntima su cumplimiento. De ahí que estas normas reguladoras de la relación conyugal, aun siendo jurídicas, al haber sido acogidas en el seno del Código Civil, acusan su origen en lo tenue de la sanción, que, con frecuencia, era solo patrimonial, siendo indirecta y, por ello, escasamente eficaz.

A pesar de su antigüedad, esta última Sentencia citada cobra cierta vigencia en nuestros días, al tratarse de unas obligaciones cuya observancia depende más de la conciencia que del frío precepto legal.

Según LACRUZ BERDEJO<sup>10</sup>, en la actualidad, los deberes que imponen los artículos 67 y 68 del Código Civil no son, *per se*, obligaciones sinalagmáticas, no rigiendo para ellos el artículo 1.124 del Código Civil.

Algún sector doctrinal español, encabezado por Carlos VÁZQUEZ IRUZUBIETA, ha afirmado que el deber de fidelidad tiene por objeto preservar el carácter monogámico del matrimonio occidental, siendo el de mayor peso específico en las sociedades de nuestra civilización, y su conculcación la causa más reiterada de separaciones y divorcios, concluyendo este jurista en la idea de que el matrimonio, pese a la evolución experimentada, sobre todo en la adquisición de derechos por parte de la mujer, se sostiene en gran medida sobre la base, cierta o encubierta, de la fidelidad matrimonial<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Familia*, obra citada en nota 7.

<sup>11</sup> VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos: «Régimen jurídico de la celebración y disolución del matrimonio», en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1981.

Para Alberto G. SPOTA<sup>12</sup>, el deber de fidelidad que recae sobre los esposos es una auténtica obligación jurídica y no solo un deber moral, y supone, para este autor, una conducta limpia que obsta, tanto a toda relación adulterina, como a toda actitud que, sin implicar esa relación, lesione el ordenamiento ético-jurídico del matrimonio.

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA conciben un concepto de infidelidad conyugal como término más amplio que adulterio y de difícil delimitación, a cargo, sin duda, del arbitrio judicial. La obligación recíproca de fidelidad no se agota en la fidelidad sexual, sino que esta idea tiene un sentido amplio, que se aproxima al deber de respeto, porque es la obligación de cada cónyuge de observar una conducta inequívoca, como ya ha quedado expuesto anteriormente, absteniéndose de cualquier tipo de relaciones que creen situaciones comprometedoras o lesivas para la dignidad del otro cónyuge, entroncando esta concepción, amplia, con la idea de dignidad personal, siguiendo la directriz del artículo 10 de nuestra Constitución<sup>13</sup>. Esta idea de la dignidad personal es, para estos autores, y referida al otro cónyuge, la base de la idea de fidelidad.

Según la tesis de Francisco VEGA SALA<sup>14</sup>, por infidelidad conyugal debe entenderse el adulterio, es decir, la realización de la cópula carnal. Las otras relaciones de afecto o erotismo no constituyen adulterio. La sodomía, la bestialidad y la homosexualidad son equiparables, según este autor, al adulterio.

A mi juicio, no se debe equiparar la infidelidad conyugal al adulterio. Esta equiparación no me parece admisible. En la práctica, pueden darse relaciones cargadas de infidelidad y sin que estas constituyan, *per se*, adulterio, si entendemos que el adulterio propiamente dicho es la realización del acto sexual con persona distinta al cónyuge. En este punto, LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA estimaban que la infidelidad conyugal es un término más amplio que el adulterio, de difícil determinación y delimitación, a cargo del arbitrio judicial, si bien tiene la ventaja de poder incluir en su concepto las aberraciones sexuales, ya equiparadas al adulterio en fechas remotas y por la Jurisprudencia canónica<sup>15</sup>.

José Luis DE LOS MOZOS exponía que la fidelidad conyugal no se puede agotar en la valoración de la solidaridad conyugal, sino en la *FIDES* creada por el matrimonio-contrato, entre los propios cónyuges y los hijos, en su caso, vista como una manifestación de la idea de unidad de familia, que ha de servir de término de valoración en cada caso concreto, para determinar el alcance de las consecuencias que produce, en caso de alteración patológica de ese proyecto de vida en común de los cónyuges que ha quedado roto y del que no quedan más que aquellas consecuencias que, por ello mismo, han de ser tratadas como verdaderos fragmentos de una unidad<sup>16</sup>.

Por su parte Carlos VÁZQUEZ IRUZUBIETA ponía de relieve que la fidelidad es el corolario de la promesa de vida en común de los cónyuges, constitución de una familia y promesa de cohabitación

<sup>12</sup> SPOTA, Alberto G.: *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I, volumen 2, Buenos Aires, 1968.

<sup>13</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: obra citada en notas 7 y 10.

<sup>14</sup> VEGA SALA, Francisco: *Síntesis práctica sobre la regulación del divorcio en España*, editorial Praxis, Barcelona, 1981.

<sup>15</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: obra citada en notas 7, 10 y 13.

<sup>16</sup> DE LOS MOZOS, José Luis: *La reforma del Derecho de Familia en España, hoy*, volumen I, Departamento de Derecho civil, Universidad de Valladolid, 1981.

exclusiva que el hombre y la mujer se formulan al tiempo de contraer matrimonio<sup>17</sup>. La inclusión expresa de los deberes conyugales tiene por finalidad resaltar lo que la Ley civil considera como de cumplimiento obligatorio, sin perjuicio de otras obligaciones más o menos severas que, de común acuerdo, puedan fijarse los cónyuges en su matrimonio.

Este mismo autor citado reconocía, abiertamente, el carácter legal –y no solamente ético– de los preceptos de nuestro Código Civil que establecen los deberes recíprocos de los cónyuges. Entre estos deberes, el de guardarse fidelidad. Lo importante, en cualquier caso, es lo que la ley establece y lo que ordena cumplir y, como consecuencia, debe, asimismo, fijar la sanción por el incumplimiento, para que no se traduzca en una norma declarativa y sin fuerza jurídica. Habría que preguntarse, llegados a este punto, si la consecuencia del incumplimiento o transgresión del deber de fidelidad por parte de uno de los cónyuges conlleva, o no, una sanción, sanción que podría ser traducida económicamente, como indemnización del esposo infractor al esposo «inocente». El problema estriba, desde luego, en que la norma civil no dice nada a este respecto. Pero, si analizamos el matrimonio desde un punto de vista estrictamente contractual, cabría, sin duda, apoyarse en el artículo 1.101 del Código Civil a la hora de fundar la procedencia de una indemnización como consecuencia del incumplimiento del deber de fidelidad conyugal.

Hay que citar una Sentencia, muy antigua, de 24 de enero de 1935, que puso de relieve que «pueden cometerse actos que sean atentatorios a la fidelidad conyugal que, sin tener una demostración de que lleguen a la categoría de ayuntamiento carnal, constitutivo de adulterio, pueden entrañar una conducta inmoral o deshonrosa de uno de los cónyuges que produzca la perturbación en las relaciones matrimoniales, que haga insostenible para el otro cónyuge la continuación de la vida en común».

Según Luis PUIG FERRIOL<sup>18</sup>, la infidelidad conyugal es un término no solo más amplio, sino también más inconcreto que el adulterio. Pero entiende, a un tiempo, que el deber de fidelidad puede quebrantarse de muchas maneras, si bien el Código Civil, a juicio de este jurista, acoge, con esta expresión –fidelidad conyugal– el deber de cohabitación exclusiva que se deriva del matrimonio y que, en expresión del artículo 82.1 del Proyecto del Gobierno, consistía en las relaciones sexuales extraconyugales. Pero, al no valerse el legislador del término tradicional de «adulterio», sino de la expresión, más genérica, «infidelidad conyugal», le es lícito al intérprete ir un poco más allá del concepto estricto de adulterio. De este modo, podrían incluirse otras conductas que suponen infidelidad conyugal, como, por ejemplo, las relaciones sexuales de uno de los cónyuges con personas del mismo sexo, extremo este que ha sido admitido por la generalidad de la doctrina española, facilitando, en la práctica forense, además, la difícil prueba del adulterio.

Desde mi punto de vista, la infidelidad conyugal no está referida, de modo restrictivo, al quebrantamiento del deber de cohabitación exclusiva que se deriva del matrimonio. Al menos, no creo que fuera esta la intención del legislador. Por el contrario, estimo que la fidelidad conyugal se puede quebrantar de muchas maneras y no solamente faltando al deber de cohabitación. Pensemos en el cónyuge que, aun cohabitando con su consorte, mantiene relaciones sexuales con otra persona y sin que su esposo/a tenga conocimiento de las mismas. Es indudable que, en este supuesto, muy frecuente, por otra parte, se está violando el deber de fidelidad que a los esposos se les exige y, sin embargo, se

<sup>17</sup> VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos: «Régimen jurídico de la celebración y disolución del matrimonio», citado.

<sup>18</sup> PUIG FERRIOL, Luis: *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, editorial Tecnos, Madrid, 1981.

mantiene la convivencia matrimonial. Si intentamos desentrañar el concepto de «fidelidad», vemos cómo, tras un recorrido doctrinal por su concepto, surge la polémica, como no podía ser menos.

Para Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ<sup>19</sup>, la fidelidad significa la entrega corporal mutua y exclusiva. Su aspecto positivo implica la mutua disponibilidad corporal de ambos cónyuges, al paso que su aspecto negativo es la abstención de toda relación íntima, sexual o no, de un cónyuge con tercera persona, sea de distinto sexo o del mismo.

La doctrina italiana, por su parte, ha sostenido que la obligación de recíproca fidelidad no se agota en la fidelidad sexual, por lo que debe negarse el paralelismo entre la fidelidad y el adulterio, puesto que este no constituye el único medio de desconocer aquella.

LÓPEZ ALARCÓN estimaba que el deber de fidelidad comprendía el derecho exclusivo y recíproco de los cónyuges sobre el cuerpo, en orden a las naturales relaciones sexuales<sup>20</sup>.

Según José Antonio DORAL<sup>21</sup>, la despenalización del adulterio en nuestro país, en virtud de Ley dictada en 1978, una fecha que creo que está en la mente de todos, no es óbice a que la infidelidad conyugal ocupe todavía un papel relevante. Así la fidelidad conserva aún una posición de relieve en una doble vertiente: de regla de conducta para los cónyuges y como parámetro en la valoración del comportamiento.

La obligación que se impone a los cónyuges en la normativa civil española comporta no solo la fidelidad material que se vulneraría con el adulterio –el adulterio sería como el prototipo más grave de la genérica obligación de fidelidad–, sino también la fidelidad moral, que supone la ausencia de intrigas y manejos amorosos que vayan en detrimento de la promesa de vida en común, constitución de una familia y promesa de cohabitación exclusiva.

Sin duda alguna, la más grave violación del deber de fidelidad es el adulterio, tal como pusieron de relieve, con toda lógica, Manuel PONS GONZÁLEZ y Miguel Ángel DEL ARCO TORRES<sup>22</sup>, pero hay que tener en cuenta que este deber se transgrede también con las relaciones eróticas externas, sobre todo si hay publicidad, así como con la sodomía, el bestialismo y las relaciones homosexuales.

Me parece interesante tratar ahora una cuestión íntimamente relacionada con el deber de fidelidad conyugal y su transgresión por uno de los esposos. Efectivamente; el artículo 67 de nuestro Código Civil dispone que «el marido y la mujer deben respetarse...». Creo que no hay duda de que este deber de respeto recíproco se infringe o transgrede, de alguna manera, a través de muestras externas de afectividad de uno de los esposos para con otra persona ajena a la relación conyugal. Por ello, hay que entroncar el deber de fidelidad con el deber de respeto recíproco, y, a la inversa, la infidelidad conyu-

<sup>19</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: *Compendio de Derecho civil*, Tomo IV, Derecho de Familia, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983.

<sup>20</sup> LÓPEZ ALARCÓN, Mariano: *El nuevo sistema matrimonial español*, editorial Tecnos, Madrid, 1983.

<sup>21</sup> DORAL, Jose Antonio: «Familia: características del Derecho de Familia», en *BICNG*, 15 de marzo de 1982.

<sup>22</sup> PONS GONZÁLEZ, Manuel y DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel: *Separación, divorcio y nulidad matrimonial: régimen jurídico (teoría, praxis judicial y formularios)*, editorial Comares, Granada, 1985.

gal con la infracción del deber de respeto que los esposos, por serlo, se deben entre ellos. Son deberes jurídicos, hay que resaltar este hecho una vez más, y no solo éticos o morales y, como tal, exigibles y coercibles. La infidelidad conyugal es una muestra de falta de respeto, por lo que cabría pensar en si es posible, o no, una indemnización económica para el cónyuge «inocente», tema este que estoy analizando y que, como puede observarse, genera muchos problemas e incertidumbres, al no ser una cuestión pacífica en la doctrina jurídica española.

El Código Civil, por lo que a este aspecto se refiere, no contempla la posibilidad de otorgar una indemnización al cónyuge traicionado o engañado. Si esta posibilidad no tenía encuadre en nuestro ordenamiento jurídico-civil cuando se planteó la demanda objeto de análisis, no se acierta a comprender en qué razones, fundadas, de carácter jurídico, podría sostenerse la pretensión solicitada y, más tarde, resuelta, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1999.

Si me centro ya en enfocar el comentario a esta interesantísima y debatida Sentencia, lo primero que salta a la vista es que el planteamiento efectuado por el esposo traicionado poseía una extraordinaria coherencia. Estoy de acuerdo, totalmente, en que al marido se le causaron unos daños morales, sin duda, pero también patrimoniales, siendo estos últimos cuantiosos. Basta para sostener esta afirmación en el cálculo de los años que estuvo sosteniendo económicamente a la familia, su esposa, de un lado, y los hijos que él tenía por suyos, del otro. En este sentido, hay que recordar que su dignidad, como persona, como esposo, como presunto padre, se vio ofendida por el comportamiento, desleal, de su esposa, a la que él creía fiel. Pero pensemos, asimismo, en el daño patrimonial sufrido por el esposo, que, a lo largo de varios años, estuvo cumpliendo, estrictamente, sus deberes como progenitor –sin ser progenitor–, porque él creía firmemente que los hijos habidos de su esposa eran suyos, no siéndolos en realidad, según se desprende del texto de la Sentencia. Y, sin embargo, a pesar de todo ello, la Sentencia, con base en la ausencia de normativa jurídica en la que fundamentarse, no estimó la pretensión aducida por el recurrente, al entender, además, que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial obligaría a indemnizar.

Al recurrente, efectivamente, se la habían producido unos daños, pero, con arreglo a la normativa civil vigente entonces, esos daños no eran indemnizables. Por lo que respecta a la invocación del artículo 1.101 del Código Civil, como fundamento de su pretensión resarcitoria, un sector doctrinal estimó que no era afortunada, porque al matrimonio no se le puede considerar meramente como un contrato u obligación contractual de la que surjan una serie de derechos y obligaciones jurídicas similares a las que surgen en virtud de cualquier otro contrato<sup>23</sup>. La analogía invocada, en este sentido, no fue estimada y, por tanto, el recurso de casación quedó desestimado.

Esta Sentencia de 30 de julio de 1999 parece dura, efectivamente, ajena a los daños sufridos por el esposo. Hoy en día podríamos tacharla de «insolidaria» con los legítimos intereses del recurrente. Pero, si nos atenemos estrictamente a los parámetros legales, a la normativa civil, fue impecable y correcta. La infracción de los deberes impuestos a la esposa fue un hecho incontestable por parte de ésta. Y, con ello, el deber de respeto para con su esposo fue abiertamente transgredido, según los postulados que hemos visto a lo largo de estas páginas. Pero esta infracción de deberes conyugales solo encontró su contrapartida en la petición o solicitud de demanda de separación matrimonial.

<sup>23</sup> ROMERO COLOMA, Aurelia María: «¿Es indemnizable la violación de los artículos 67 y 68 del Código Civil?», en *Diez años de abogados de familia (1993-2002)*, La Ley, Madrid, 2003.

Hay un aspecto importante de toda esta cuestión y que me interesa resaltar ahora: cabe preguntarse si el esposo recurrente podría haber invocado el artículo 1.902 del Código Civil («el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado»), pero desconectando esa pretensión de su condición de esposo engañado y no a través de la transgresión de los preceptos del Código Civil (en concreto, de los arts. 67 y 68).

Joseph FERRER RIBA se planteaba que, en sede de daños que se producen en la vida familiar o en las relaciones de convivencia, era muy cuestionable el papel que debían jugar los remedios indemnizatorios propios del derecho de la responsabilidad civil, contribuyendo a estas dudas, según este jurista<sup>24</sup>, en primer lugar, la naturaleza misma de estas relaciones, que suelen generar vínculos de solidaridad y altruismo contrarios a la formulación de reclamaciones jurídicas entre las partes afectadas. En segundo lugar, indica este jurista, que los daños entre familiares, pese a su frecuencia y variedad, rara vez llegan a compensarse conforme a derecho. En la práctica, solo se reclaman si se dan circunstancias que permitan hacerlo sin contravenir la regla de moralidad que, habitualmente, inhibe la interposición de una acción judicial contra las personas con quienes se convive o contra parientes muy próximos, lo que puede ocurrir porque los daños estén cubiertos por un seguro de responsabilidad civil, en cuyo caso la víctima puede dirigirse directamente contra el asegurador, dentro de los límites del contrato, o porque precisamente se hayan roto dichos lazos de convivencia o los lazos de afecto, como ocurre típicamente en una crisis matrimonial o a raíz de la comisión de un delito.

Al peso de las reglas morales o sociales, añade este autor barreras institucionales que, desde el Derecho, dificultan que llegue a discutirse ante un Juez si procede o no indemnizar ciertos daños en Derecho español: en el Derecho español, por ejemplo, la brevedad del plazo de prescripción de la acción aquiliana (art. 1.968.2 CC), juntamente con la inexistencia de mecanismos de suspensión de la misma (art. 1.932 del citado corpus legal), evita, de hecho, que los cónyuges u otros convivientes, tras su separación, puedan exigirse el resarcimiento de los daños que se hayan causado durante la vida en común (salvo los que se hayan producido o manifestado en el año inmediatamente anterior). De este modo, la cuestión de la existencia, o no, de responsabilidad queda, muchas veces, oculta bajo la vigencia de las reglas sociales no escritas y restricciones del propio sistema jurídico que facilitan una inmunidad de hecho a los miembros de la familia. Esta inmunidad, sin embargo, viene, en la actualidad, a reducirse ante la tendencia, asociada al individualismo liberal, a realzar los derechos individuales de las personas en el seno de la familia, a potenciar la autonomía privada en la configuración de las relaciones conyugales o de pareja –tradicionalmente muy restringida–. La evolución en la concepción de la familia ha reducido los factores que, tradicionalmente, habían inhibido la exigencia de responsabilidad civil entre familiares. De este modo, siempre a juicio de Joseph FERRER RIBA, aunque sigue siendo evidente la prevalencia de las normas sociales contrarias a este tipo de reclamaciones, la propia dinámica social genera cada vez más situaciones que obligan a preguntarse en qué casos jurídicamente viables es factible llevarlas a cabo con éxito, sobre todo en aquellos supuestos, como, por ejemplo, el que ha sido objeto de estudio anteriormente, relativo a la Sentencia de 30 de julio de 1999, referido a la reclamación por un cónyuge al otro de los daños causados por una ruptura matrimonial particularmente afrentosa. A ello habría que añadir aquellos supuestos, como ha quedado examinado, en los que se hallan implicadas terceras personas como corresponsables del daño.

<sup>24</sup> FERRER RIBA, Joseph: «Relaciones familiares y límites del derecho de daños», en *InDret*, Barcelona, octubre 2001.

Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ ha comentado esta Sentencia del Tribunal Supremo, afirmando que le llamaba la atención que el Juzgado de Primera Instancia desestimara la petición del demandante, rechazando parcialmente la demanda y admitiendo solo la partida correspondiente a la indemnización por daño moral, lo cual pudo deberse a dos razones: que el ex marido no hubiese probado, en el proceso, que invirtió efectivamente unas cantidades para atender a los niños, o, en otro supuesto, que no hubiera ejercitado la acción oportuna, al haber planteado la reclamación dentro del marco de la responsabilidad contractual<sup>25</sup>. Lo cierto es que el actor debió conformarse con la compensación de diez millones de pesetas que le ofreció el Juzgado por daño moral y no apeló esa sentencia, en lo referente al rechazo de la petición de devolución de cantidades. El demandante se aquietó respecto de esa parte de su reclamación y, después, la Audiencia Provincial le denegó la indemnización por daño moral, por lo que no pudo ejercitar el recurso de casación contra la Sentencia del órgano colegiado basándose en la reclamación de devolución de los alimentos prestados por error, porque esta petición había sido rechazada por el Juzgado de Primera Instancia y no había sido recurrida en su momento.

Para este jurista últimamente mencionado, no cabe duda que el marido que pague unas cantidades, en concepto de mantenimiento o de alimentos a favor de unos niños que cree que son hijos suyos, tiene derecho a pedir la devolución de lo entregado en el supuesto de que su error se desvanezca, al tener constancia cierta de que son hijos de otra persona. La deuda alimenticia existe, naturalmente, pero, en el supuesto analizado, no es a cargo de quien la pagó, sino del progenitor biológico de los niños.

Una vez separados de hecho los cónyuges, el marido abonó a la mujer una pensión alimenticia a favor de los niños, en la creencia, lógica, de que eran sus hijos. Aquí estamos ante un clarísimo caso de cobro de lo indebido por parte de la madre, al habersele entregado esa pensión por error, estando, desde luego, obligada a restituir lo cobrado, según el artículo 1.895 del Código Civil, y los intereses legales correspondientes, si hubiera procedido de mala fe, *ex* artículo 1.896.1 del citado corpus legal.

En cuanto a la primera etapa, es decir, la de convivencia conyugal, el marido satisfizo los gastos de mantenimiento de los pequeños, sin que quede constancia de que cumpliera su supuesta obligación mediante la entrega de dinero a la madre. En este caso, no habría cobro de lo indebido por parte de la madre, al no percibir ella directamente las cantidades, pero sí existe un auténtico enriquecimiento sin causa por parte del padre biológico de los niños, al no tener que pagar la manutención de sus hijos, mientras que el marido se ha empobrecido correlativamente. Aquí, el problema es más arduo, si cabe, ya que no existe norma o resolución judicial que justificara tales consecuencias. Es evidente, no obstante, que el padre putativo tendría acción de enriquecimiento sin causa contra el padre biológico, para reclamar la devolución de lo indebidamente empleado en el mantenimiento de unos hijos que no eran suyos.

Desde el punto de vista estrictamente procesal, hay que reseñar que la acción de restitución por cobro de lo indebido es la que debió interponer el demandante que había pagado una pensión alimenticia contra el padre biológico. Es un error, en consecuencia, plantear la acción de responsabilidad extracontractual, vía artículo 1.902 del Código Civil, basándose en la conducta dolosa de la madre, porque esta pretensión es rechazada. La acción por cobro de lo indebido no exige la demostración del dolo del *accipiens*, sino que únicamente hay que probar que el *solvens* pagó por error, al creer que era padre de los niños y que, por ello, debía una pensión alimenticia.

<sup>25</sup> RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1999», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Madrid, 2000.

Alma María RODRÍGUEZ GUITIÁN ha expresado que las Sentencias dictadas en el año 1999 (la analizada hasta el momento y la dictada el 22 de julio de 1999, que es objeto de estudio posteriormente), recogen un principio de prohibición de las reclamaciones por responsabilidad civil entre cónyuges o, dicho de otro modo, un régimen de inmunidad por los daños causados por el uno al otro y, por tanto, de privilegio<sup>26</sup>. Tras la afirmación del Tribunal Supremo declarando que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial obligaría a indemnizar, parece que se busca evitar la proliferación de demandas triviales, sin importancia y, con ello, la sobrecarga de los Tribunales y, de otro lado, se busca preservar la paz y la armonía familiar. En la doctrina italiana<sup>27</sup>, FRACCON puso de relieve que era incuestionable que la familia es una estructura esencial dentro de la sociedad, pero también que este principio de unidad familiar solo se protegerá adecuadamente si se tutelan los derechos individuales de cada miembro de la familia y si se repara, por tanto, la violación de tales derechos individuales. De ahí que nadie ponga en duda, al menos en la actualidad, que, ante determinados tipos de daños entre cónyuges, la protección de la familia solo se logrará si se pone un freno a semejantes comportamientos, en la vía penal, en su caso, pero también mediante la imposición de responsabilidad civil.

En segundo lugar, la alegación de la preservación de la armonía familiar para negar cualquier clase de reclamación entre cónyuges encierra un paternalismo, porque parece presumirse que los cónyuges no puedan proteger su propia relación.

Por fin, hay determinados casos en los que obvio que no puede peligrar la paz familiar por la existencia de la reclamación. Esto se observa, por ejemplo, en los daños causados de forma intencional por uno de los cónyuges al otro, porque, sencillamente, esa armonía familiar ya se ha quebrantado.

Desde luego, el peligro de multiplicidad de pleitos y la preservación de la paz familiar no deben alegarse para excluir toda responsabilidad civil, por los motivos que ya han quedado expuestos, aunque no dejan de ser importantes y relevantes en el ámbito jurídico. Es fundamental, a este respecto, deslindar las conductas que dan lugar a daños compensables de las que constituyen violaciones de la vida matrimonial no resarcibles. La procedencia de la reparación se halla condicionada a que se produzca un comportamiento conyugal que, por su intrínseca gravedad o por su reiteración, sea capaz no solo de romper el equilibrio de la relación conyugal, sino también de dañar derechos fundamentales o bienes del otro cónyuge que no sean considerados indignos de tutela por el ordenamiento jurídico. Pensemos que el incumplimiento del deber conyugal puede causar daños al patrimonio del otro cónyuge.

De todos modos, cabe señalar que en ningún caso debe eximirse al cónyuge demandante de la acreditación del daño sufrido, sea moral o patrimonial.

Alma María RODRÍGUEZ GUITIÁN ha señalado que las normas y principios generales de la responsabilidad civil pueden sufrir modificaciones cuando el dañante y el dañado pertenecen a la misma familia, aunque es indiscutible que la especialidad del Derecho de Familia no impide la aplicación de las normas sobre responsabilidad civil, ya que ambas forman parte del mismo cuerpo legal y se interrelacionan y aplican de forma armónica.

<sup>26</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María: «Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho», en *Revista de Derecho Patrimonial*, Aranzadi, 2004.

<sup>27</sup> FRACCON, A.: «I diritti della persona nel matrimonio. Violacion dei doveri coniugali e risarcimento di danno», en *DFP*, 1, 2001.

El incumplimiento del deber conyugal, a juicio de esta jurista, solo genera responsabilidad civil si es de tal magnitud que, a través de él, se dañen derechos fundamentales o bienes de uno de los cónyuges, y siempre y cuando sea doloso.

Una cuestión interesante se plantea, sin embargo, esta autora, al preguntarse si cabría reclamar por parte de uno de los esposos una indemnización por el incumplimiento del deber conyugal si ambos pactaron la dispensa del cumplimiento de tal deber, constante matrimonio, amparándose el demandante, con posterioridad, en la nulidad de tal pacto.

A juicio de RODRÍGUEZ GUITIÁN, tales pactos de dispensa o de exclusión del cumplimiento de un deber conyugal, que pueden ser frecuentes en la práctica; pensemos, en este sentido, en los relativos a la posibilidad de mantener relaciones sexuales con terceras personas, no pueden considerarse válidos, ya que las normas reguladoras de tales deberes son imperativas, afectan al orden público y, sin tales deberes, se desdibujaría la institución matrimonial, tal como ha puesto de relieve GARCÍA CANTERO, entre otros autores<sup>28</sup>. Pero, si el pacto no ha sido impuesto a uno de los cónyuges por el otro, sino que ambos se han puesto de acuerdo, no está claro si uno de los esposos puede solicitar una indemnización de daños y perjuicios amparándose en la nulidad del pacto.

Para Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ<sup>29</sup>, en la mayoría de los supuestos, la infidelidad es un incumplimiento conyugal doloso, por la sencilla razón de que el cónyuge infiel es perfectamente consciente de que está vulnerando un deber matrimonial, uno de los más relevantes, al estar incluido en los preceptos que el Juez, Alcalde o Funcionario leen antes de preguntar a los contrayentes y declarar celebrado un matrimonio. Solo en aquellos casos, poco frecuentes en la práctica, de actuación en estado de embriaguez, o bajo la influencia de sustancias tóxicas –drogas–, podrá sostenerse que la infidelidad es un incumplimiento de deberes conyugales en el que concurre negligencia, porque, en estos raros supuestos, el cónyuge infiel no ha puesto todos los medios oportunos para impedir su incumplimiento conyugal. Pero, ahondando más intensamente en el supuesto resuelto por la Sentencia del Supremo de 30 de julio de 1999 y, en concreto, en el comportamiento de la esposa infiel, hay que resaltar lo siguiente:

- a) Se produjeron varias infidelidades con la misma persona, pues los hijos extramatrimoniales eran dos.
- b) Esas infidelidades no se confesaron al cónyuge, sino que se guardaron en secreto hasta que se ejercitó la demanda de impugnación de paternidad.
- c) Tampoco se manifestaron al cónyuge las dudas que sobre la paternidad tuvo que tener la esposa, al comprobar que estaba embarazada. Cuando se quedó en estado de gestación, tuvo –forzosamente– que albergar dudas sobre la paternidad de su futuro hijo, porque había tenido relaciones con dos personas en tiempo hábil: con su marido, porque, en caso contrario, este se habría dado cuenta en aquellos momentos de la infidelidad, y con la otra persona, porque se probó fehacientemente, con posterioridad, que él era el padre biológico.

<sup>28</sup> GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Comentario a los artículos 66 y siguientes del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, 1982 (dirección de ALBALADEJO).

<sup>29</sup> RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: «Comentario a la sentencia...», artículo citado.

- d) La esposa permitió que su marido satisficiera los gastos de mantenimiento de los niños, a pesar de que, en su interior, debía albergar una duda acerca de la paternidad;
- e) La esposa, asimismo, consintió un convenio de separación de hecho, por el que el marido se comprometería a pagar una pensión alimenticia a favor de los niños, manteniendo la esposa la duda acerca de su paternidad;
- f) Finalmente, la esposa permitió –consintió– que el marido pagase la pensión alimenticia de los niños, subsistiendo esa duda sobre la paternidad.

A la vista de lo expuesto, es evidente que no nos encontramos ante una infidelidad esporádica, transitoria, o ante una aventura de una noche de la esposa. Estamos, por el contrario, ante una infidelidad reiterada, agravada, además, por dos embarazos y por su reticencia, al ocultar a su consorte las dudas que necesariamente había de tener sobre su paternidad, permitiendo que este considerara suyos a los hijos. Hay, en este comportamiento, dolo, sin ningún género de duda.

A mi juicio, hubo, por parte de la esposa, una omisión, en cuanto permitió –sin hacer nada al respecto– que su consorte llevara a cabo unos gastos –importantes– de mantenimiento de la prole que él creía, de buena fe, que era suya. En este sentido, cabe afirmar rotundamente que la esposa no realizó ningún esfuerzo psíquico, emocional ni de otra índole para comunicar a su esposo que los hijos concebidos por ella no eran suyos. De haber hecho este esfuerzo, los gastos, cuantiosos, se hubieran evitado, al no estar, en consecuencia, obligado el esposo al mantenimiento y educación de los pequeños. La frustración que hubo de sentir el esposo ante este hecho debió ser inmensa, unida al vacío emocional profundo de conocer la infidelidad de su esposa.

Según Alma María RODRÍGUEZ GUITIÁN<sup>30</sup>, la Sentencia comentada –de 30 de julio de 1999– parece resaltar, como parte de su argumentación para negar el derecho del marido a ser indemnizado, el carácter ético-social de los deberes conyugales. De este modo, se piensa que el principio de especialidad que domina el Derecho de Familia y las características propias de la institución matrimonial no permiten aplicar normas que son propias o del ámbito negocial o del Derecho de Daños. En este sentido, y coherente con esta tesis, las características de la vida familiar deben ser mantenidas en un contexto de libertad y no gracias a la amenaza de sanciones resarcitorias.

Sin embargo, a esta tesis, desde mi punto de vista errónea, hay que contraargumentar que el Código Civil es un cuerpo unitario, en el que todas sus normas se encuentran interrelacionadas, necesitando de una adecuada coordinación. Si el Derecho de Familia es especial, ello no debe ser óbice para excluir la aplicación de las normas generales de la responsabilidad civil a los ilícitos entre familiares, sino, en todo caso, para modificar tales normas generales en atención a la naturaleza del matrimonio y de los deberes conyugales.

Según ha expuesto Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ<sup>31</sup>, la cuestión objeto de análisis tiene unos matices que la convierten en exclusivamente masculina, razonando este autor su tesis en función de que es

<sup>30</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María: «Función de la responsabilidad civil...», artículo citado.

<sup>31</sup> RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: artículo citado en nota 29.

cierto que la infidelidad puede provenir del hombre o de la mujer, siendo en ambos casos idénticamente reprochable, pero la infidelidad seguida de embarazo no se manifiesta de la misma manera cuando el cónyuge infiel es hombre o mujer, porque, si es varón el infiel, su esposa nunca podrá creer que el hijo de la amante es suyo y, en la mayoría de los casos, no llegará a pagar manutención o alimentos a su favor, en la creencia de que es su descendiente. Por el contrario, si la mujer es infiel, puede ocurrir lo que sucedió en el supuesto objeto de comentario y análisis.

De ahí que, tal como apunta con agudeza este jurista, no estemos ante situaciones iguales, sino muy distintas. La mujer casada podrá reprochar a su marido infiel el adulterio y también la mínima diligencia que tuvo, por no haber puesto los medios para no engendrar un hijo extramatrimonial, pero nunca podrá reprocharle que le haya hecho creer que el hijo es suyo y, a través de ese engaño, tomarle cariño y sufragar sus gastos.

A juicio de RAGEL SÁNCHEZ, tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Supremo, ante un problema como el planteado, exclusivamente masculino, han adoptado una decisión que, como mínimo, demuestra una escasísima sensibilidad hacia el sentimiento de los varones. Había, efectivamente, elementos suficientes para conceder una indemnización por daño moral al demandante, derivada de la imputabilidad del incumplimiento de la obligación contractual de fidelidad-lealtad por parte de la esposa, *ex* artículo 1.101 del Código Civil. Pero, además, hay que poner de relieve que el contratante incumplidor no solo incumplió el estricto deber de fidelidad en su vertiente sexual, sino que también transgredió el más amplio deber de actuar de buena fe, como sinónimo de lealtad o recta conducta a que está obligado todo contratante, en función del artículo 1.258 del mencionado corpus legal civil. Nadie pone en duda, porque es evidente, que el comportamiento de la esposa demandada fue doloso, afrentoso, insultante para con su esposo. Sin embargo, a pesar de todo ello, el recurso de casación fue finalmente desestimado. ¿Cabría aquí hablar de una violación del artículo 14 de nuestra Constitución? Sin duda, la cuestión analizada debería ser objeto de un estudio más detenido para poder llegar a contestar debidamente esta interrogante.

La otra afirmación que se sostiene, con respecto a este polémico tema, es la relativa a la regla de la inmunidad de los daños familiares, en atención al principio de especialidad del Derecho de Familia, al que solo han de aplicarse los remedios específicos previstos en esta rama del ordenamiento jurídico para el incumplimiento de los deberes conyugales. Se citan, en este sentido, un elenco de situaciones que pueden dar lugar al resarcimiento una vez producido el daño entre los cónyuges. Pero la cuestión clave es saber si, ya que el Derecho de Familia no ofrece más que una protección limitada al cónyuge víctima del incumplimiento del deber conyugal, sería posible que las normas reguladoras de la responsabilidad civil corrigieran aquello que no ha previsto el Derecho de Familia.

Según Alma María RODRÍGUEZ GUITIÁN<sup>32</sup>, es verdad que nuestro legislador no ha señalado concretas responsabilidades cuando regula los casos de separación y divorcio, pero tampoco las ha excluido. Desde luego, con su argumentación, el Tribunal Supremo está ofreciendo una protección limitada al cónyuge que sufre el incumplimiento conyugal y, en muchos de estos incumplimientos, están en juego derechos fundamentales u otros bienes dignos de tutela jurídica –como el derecho a la salud o al honor–,

<sup>32</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María: artículo citado en nota 30.

y tal protección limitada a la persona del cónyuge está en contradicción con la tutela que la Constitución otorga, hoy en día, a cada persona mediante el reconocimiento de muchos de estos derechos.

Hay, no obstante, una objeción importante a esta tesis, ya que podría argumentarse que la permisión del resarcimiento de los daños por el incumplimiento de un deber conyugal podría suponer la causalización, otra vez, de la separación y el divorcio, lo que conllevaría, quizás, a un aumento de la conflictividad en las relaciones matrimoniales. Pero esta objeción, en realidad, es más aparente que real, ya que el cónyuge que es víctima de un incumplimiento de un deber conyugal por parte de su consorte tiene el recurso de dar por finalizada su vida conyugal, u optar por solicitar que le sea reparado el daño que ha sufrido.

Se ha señalado, asimismo, otra objeción, al resaltarse que la indemnización por daño entre cónyuges no cumple las funciones propias de la responsabilidad civil. Pero no hay que olvidar que el Derecho de Daños persigue una función reparadora y de lograr la justicia conmutativa entre dañante y dañado, objetivo que, en cierta manera, se consigue con la reparación de determinados incumplimientos conyugales.

Se ha argumentado, asimismo, que el propósito que se persigue con tales demandas no es, en realidad, la compensación de los daños económicos sufridos, sino la obtención de los daños punitivos, según PANTALEÓN PRIETO<sup>33</sup>. Pero el Derecho de Daños, tal como está concebido tradicionalmente, tiene la función de lograr la justicia conmutativa entre dañante y dañado y esta finalidad se consigue con la reparación de ciertos incumplimientos conyugales.

Cabe plantearse una última cuestión en relación con esta problemática: ¿Cumple la indemnización, en el ámbito familiar, una función disuasoria de futuros comportamientos semejantes? La respuesta, a mi juicio, es negativa, pero no hay que olvidar que este hecho se da, por igual, en el Derecho Penal, por ejemplo. La función propiamente preventiva juega de una forma indirecta en nuestro sistema de responsabilidad civil.

Examinemos ahora otra Sentencia, esta vez de 22 de julio de 1999, también dictada por el Tribunal Supremo. El supuesto se recondujo a lo siguiente: ante el Juzgado de Primera Instancia de Madrid fueron vistos los autos de menor cuantía, seguidos entre cónyuges, actuando como demandante el esposo y como demandada la esposa. Por la representación de la parte actora se formuló demanda en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado lo siguiente: «...en reclamación de cantidad de quince millones de pesetas en pesetas reales más el interés bancario diferencial del 3% durante 15 años (1969-1984), que asciende a nueve millones de pesetas, es decir, veinticuatro millones de pesetas correspondiente a los alimentos abonados por don G.R.S. a doña C.C.S. a favor de don J.I. que resultó no ser hijo suyo, más otra cantidad de veinticinco millones de pesetas por el daño moral recibido por don G.R.S. dada la actitud y comportamiento doloso de la hoy demandada al ocultar la verdadera paternidad de J.I., es decir, un total de cuarenta y nueve millones de pesetas y las costas que se causen en el presente procedimiento, contra doña C.C.S...».

<sup>33</sup> PANTALEÓN PRIETO, F.: «Cómo compensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones públicas)», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, 2001.

El Juzgado dictó Sentencia, una vez llevados a término los trámites procedimentales oportunos, declarando lo siguiente: «Por todo ello, desestimando la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario y sin entrar a considerar la de prescripción, desestimaba la demanda interpuesta por el Procurador don J.L.F.R., en nombre y representación de don G.R.S.; contra doña C.C.S. (...) y absolvía a esta de las pretensiones deducidas contra la misma, absolviéndola de la primera de las pretensiones relativa a la devolución de cantidades actualizadas de alimentos e intereses de la misma y apreciando en cuanto a la segunda la falta de litisconsorcio pasivo necesario en la forma fundamentada, quedando la segunda pretensión de indemnización de daños y perjuicios morales imprejuzgada. Todo ello sin expresa condena en costas».

Apelada la Sentencia por don G.R.S., fue desestimada por la Audiencia Provincial de Madrid, e interpuesto recurso de casación ante el Supremo. Interesa ahora detenerse en los Fundamentos Jurídicos de la Sentencia del Alto Tribunal, que, sintéticamente, son los siguientes: el recurrente y la recurrida contrajeron matrimonio el 26 de julio de 1956, teniendo varios hijos, e inscribiéndose como uno de ellos J.I.R.C., nacido el 11 de abril de 1966. El matrimonio entró en una grave crisis que determinó su separación legal y su declaración de nulidad, apareciendo que, por acta notarial de 21 de marzo de 1968, acuerdan su separación y que los tres hijos mayores vivieran con el padre y los cuatro menores con la madre. El Juzgado de Primera Instancia de Madrid acordó, por Auto de 1 de diciembre de 1971, 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 concedió la separación a la esposa por sevicias y adulterio por parte de la esposa; resolución confirmada por Sentencia del Tribunal de la Rota de 28 de junio de 1975. El 28 de noviembre de 1975 el Juzgado de Primera Instancia de Madrid dictó 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 ella, cantidad a abonar desde el 28 de octubre de 1975. Por Sentencia de 17 de noviembre de 1977 el Tribunal Eclesiástico de Rabat declaró nulo el matrimonio, resolución ratificada por Sentencia de 11 de enero de 1978 del Tribunal de Angers, Diócesis de Lucon, Sentencia que fue ejecutada en vía civil por el Juzgado de Primera Instancia de Madrid, que decretó la nulidad del matrimonio a efectos civiles. El 17 de enero de 1990 comparecen en el Laboratorio de Biología Forense de la Escuela de Medicina Legal de la Universidad Complutense de Madrid a efectos de practicar una prueba de investigación de paternidad las dos partes de este proceso, don J.I.R.C. y don J.I.M., a quienes se extrae sangre; siendo el resultado de la prueba practicada que se excluye a don G.R.S. como padre de don J.I. y se tiene por prácticamente demostrada la paternidad respecto al mismo de don J.I.M.

El 31 de octubre de 1990 don J.I.R.C. presenta demanda contra don G.R.S. impugnando la paternidad de este, el cual contestó oponiéndose a la demanda y solo después de la comparecencia se allanó a las pretensiones de la misma, dictándose Sentencia por el Juzgado de Primera Instancia de Madrid el 23 de julio de 1992, estimatoria de la demanda y declarativa de no existir filiación entre las partes.

El recurso de casación formalizado por don G.R.S. se fundamentó en dos motivos, denunciándose, en el primero, la infracción del artículo 1.902 del Código Civil por no haber sido aplicado, y su argumentación responde, en síntesis, a cuanto se expone a continuación: en ninguna de las dos Senten-

cias recaídas en primera y segunda instancia se ha entrado a valorar el daño económico sufrido por el recurrente, quien ha probado la entrega de cantidades de dinero, en concepto de alimentos, para don J.I. dando lugar a una disminución del patrimonio del señor G.R.S., en beneficio de la propia señora C., pues, de no haber sido considerado hijo matrimonial, hubiese sido la segunda la que hubiese tenido que detraer de su patrimonio las cantidades necesarias para alimentar a dicho hijo. El precepto también había sido vulnerado respecto a los daños morales, no solo en cuanto a su valoración, sino que ni tan siquiera la Audiencia se había pronunciado sobre su existencia. Aunque el matrimonio fue declarado nulo, esa apariencia de matrimonio acarreó importantes consecuencias para el señor R.S., al que se le atribuyó la paternidad de J.I. por el hecho de haber nacido dentro del matrimonio y, en consecuencia, cargó con todas las obligaciones que le correspondía como consecuencia de esa apariencia de paternidad, obligaciones entre las que se encontraban la de prestar alimentos a dicho hijo.

Después de haber mantenido económicamente a su hijo y de haberse creado el vínculo afectivo con él, se ve sometido a otro procedimiento: el de impugnación de paternidad, donde se reconocen las relaciones extramatrimoniales de la señora C. Y su resultado: el nacimiento de J.I., con lo que se han ocasionado al señor R.S. unos daños morales innegables al haber sido humillado y lesionado en su honor y dignidad. La apreciación que realizó la Sala sobre el comportamiento doloso de doña C.C., no considerándolo acreditado al no estimar que, con anterioridad a las pruebas de paternidad llevadas a cabo por la Escuela de Medicina Legal de la Universidad Complutense de Madrid en el año 1990, aquella tuviera conocimiento de que el padre de J.I. no era el demandante, contradice los hechos alegados por la contraparte en el hecho quinto de su contestación a la demanda. La negación de indemnización de los daños económicos y morales causados supondría, en definitiva, la vulneración de la norma más genérica *alterum non laedere* consagrada en el artículo 1.902.

La Sentencia, en su Fundamento de Derecho Tercero, declara que fue a comienzos del año 1990 cuando la señora C. tuvo conocimiento de que la paternidad de su hijo J.I. correspondía realmente a don J.I., sin que la anterior conclusión fáctica se encuentre en contradicción con la narración del hecho quinto del escrito de contestación a la demanda, al estarse refiriendo dicha narración más bien a posibilidades y sospechas y no a un conocimiento pleno y de total certidumbre.

La Sentencia continúa su razonamiento afirmando que la precedente conclusión fáctica permite, a su vez, otra no menos concluyente, cual es la imposibilidad de calificar de dolosa la actuación y conducta de la señora C. en torno a ocultar al señor R. la identidad del padre del menor nacido dentro del matrimonio, y esto así, resulta que no cabe acceder a las dos reclamaciones efectuadas en la demanda, debiendo tenerse por reproducida la argumentación de la Sentencia, en especial la expuesta en su Fundamento de Derecho Octavo, en punto a la desestimación de la efectuada por alimentos y, por otro lado, semejantes pretensiones se basan en atribuir a la señora C. un comportamiento doloso, imputación que se refiere, sin lugar a dudas, de los hechos y fundamentos que integran aquella, con lo cual no cabe sostener que el Tribunal *a quo* hubiera dejado de hacer aplicación del artículo 1.902 del Código Civil, consideraciones las que anteceden que conducen, sin necesidad de mayores reflexiones, a entender claudicado el primer motivo del recurso.

Entra a considerar la Sentencia el segundo motivo, en el que se aducía la infracción de la jurisprudencia aplicable en torno al artículo 1.902 del Código Civil, referida a las reparaciones de los daños patri-

monial y moral, citándose, al respecto, la doctrina derivada de las Sentencias de 11 de junio y 6 de julio de 1990, 25 de junio de 1984, 7 de mayo y 21 de julio de 1993, y 2 de febrero de 1980.

Razona, por último, esta Sentencia declarando que los supuestos que comportan la aplicación del artículo 1.902 del Texto Legal sustantivo vienen a originar, como consecuencia de esa aplicación, una reparación del daño causado, que puede hacerse extensiva al doble ámbito patrimonial y moral, pero ello no resultó aplicable al caso de autos, en el que, como ha quedado razonado, no era posible hacer aplicación del citado precepto civil, debido a no haberse apreciado una conducta dolosa en el comportamiento atribuido a la señora C.

Se parte, en esta Sentencia, como puede comprobarse, de la buena fe o, en otro caso, de la mala fe, de la esposa. El supuesto examinado, si bien guarda muchas similitudes con el resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de julio de 1999, difiere, sin embargo, notablemente en el aspecto de la buena fe de la esposa demandada. En efecto; en el supuesto resuelto por la Sentencia del Supremo de 30 de julio de 1999, la esposa transgredió abiertamente el principio de buena fe que ha de regir todas las actuaciones y situaciones tanto en el ámbito propiamente jurídico, como en el social. Si consideramos que el matrimonio no es solo una institución –tesis esta defendida por muchos autores conservadores–, sino que es también, y ante todo, un contrato, parece evidente que será la buena fe el principio que deba regir esas relaciones matrimoniales de carácter contractual. El matrimonio, en cuanto contrato, está sometido a unas normas, a unos principios y, en definitiva, a unos deberes y obligaciones. Estos últimos son jurídicos, no solo éticos o morales, sino que obligan al esposo/a a un determinado comportamiento, fundamentándose en la buena fe de ambas partes. Si la buena fe de una de las partes decae o, como en el supuesto analizado por la Sentencia de 30 de julio de 1999, se transgrede de forma abusiva, no cabe duda que la consecuencia final debería ser la posibilidad de reclamación de indemnización por parte del esposo engañado.

No obstante, tal como he podido comprobar y se analiza a lo largo de estas páginas, no se le concedió al esposo indemnización, porque el razonamiento del Tribunal Supremo estaba referido a un temor ante el posible abuso de reclamaciones pecuniarias de esta índole.

Parece oportuno entrar a analizar ahora el supuesto contemplado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de noviembre de 2004. Voy a reconducir el supuesto objeto de análisis para su mejor comprensión, sin perjuicio de transcribir, más tarde, sus Fundamentos de Derecho, a efectos de analizarlo ampliamente.

El supuesto de hecho de esta importante Sentencia, sintéticamente, fue el siguiente: los demandados tuvieron tres hijos, fruto de sus relaciones extraconyugales, que hicieron pasar por hijos del marido de la madre. La infidelidad de la esposa fue conocida por el marido en diciembre de 2001, constituyendo causa de separación matrimonial. Pero la posibilidad decisiva de no ser el progenitor se instauró en el marido en mayo de 2002. La esposa promovió la acción de impugnación de la paternidad, que fue estimada por Sentencia de 14 de mayo de 2003, ya que de las pruebas biológicas practicadas con anterioridad había resultado que la verdadera paternidad correspondía al amante de la madre y no a su marido.

El marido presentó entonces una demanda de juicio declarativo ordinario contra su esposa y el padre biológico de los niños, en reclamación de 1.297.780 euros, por los daños y perjuicios provocados, porque el conocimiento de la verdadera filiación de quienes había tenido por hijos y tratado como tales le había provocado numerosos daños físicos, psíquicos, morales e incluso patrimoniales. Un gran daño moral que se concreta en la pérdida de tres hijos, queridos y criados como tales, superior a la pérdida de tales hijos por muerte violenta. Hechos que tuvieron repercusión en su fama y honorabilidad profesional. Asimismo, se le habían reportado daños patrimoniales que habían provocado un enriquecimiento injusto de los demandados, pues el demandante había alimentado, criado y educado a los tres menores, no siendo hijos suyos, en defecto de sus verdaderos progenitores.

El Juzgado de Primera Instancia consideró que «no hubo dolo, pero sí negligencia», en la concepción extramatrimonial de los tres menores, fijando la indemnización por daño moral en 50.000 euros. La Audiencia Provincial de Valencia elevó la indemnización al doble.

En primer lugar, y aunque la cuestión no se planteó en la Sentencia, llama la atención que la madre consiguiera la estimación de la demanda de impugnación de la paternidad del marido, pues había transcurrido más de un año desde la inscripción de los tres hijos en el Registro Civil y existía posesión de estado de hijos matrimoniales. Según la dicción del artículo 137.2 del Código Civil, el ejercicio de tal acción en interés del hijo que sea menor o incapacitado corresponde a la madre que ostente la patria potestad durante el año siguiente a la inscripción de la filiación.

No obstante, el Tribunal Supremo ha venido declarando que la rigurosa aplicación de los plazos de impugnación de la filiación matrimonial, en los casos en que la paternidad resulta absolutamente descartada, ofrece serios problemas de contradicción con los principios que informan la Ley de 13 de mayo de 1981, al resultar patentizada su tendencia a que prevalezca la verdad real sobre la presunta resultante del estado matrimonial, porque tal reforma integró, como presupuesto importante, asentar la filiación sobre la verdad biológica, lo que no se puede desatender tanto en su aspecto positivo como negativo, y toda vez que el artículo 116 del Código Civil lo que establece es una presunción, susceptible de ser combatida, ya que resulta decisivo el hecho veraz de ser hijo y también el hecho de ser verdadero padre y, si bien el artículo 39 de nuestra Constitución asegura la protección integral de los hijos, lo que se compagina con la inexactitud en la determinación de la paternidad real si se atribuye a quien no es progenitor, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2003, tesis que, a juicio de Carmen LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA<sup>34</sup>, parece muy acertada.

Los demandados, no obstante, alegaron la prescripción de la acción para exigir una indemnización por daño moral, culpa extracontractual del artículo 1.902 del Código Civil. Pero el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial de Valencia, dado que la demanda se fundó en daño producido por la pérdida de tres hijos, queridos y criados como tales, el demandante no podía ejercer acciones legales hasta conocer la realidad de su no paternidad. Además, no debe olvidarse el criterio restrictivo con que debe aplicarse el instituto de la prescripción por ser una figura que no se asienta en una idea de justicia intrínseca, tal como, de modo reiterado, ha declarado el Tribunal Supremo.

<sup>34</sup> LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA: *Responsabilidad extracontractual y delito*, ediciones Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

Respecto a la indemnización por daño moral, los demandados alegaron que se pretendía «castigar» la infidelidad conyugal, que no es susceptible de reparación económica alguna, según doctrina también reiterada del Tribunal Supremo.

La Audiencia razonó afirmando que el marido debía ser indemnizado solidariamente por los demandados por el daño moral sufrido, causado con dolo, al hacer pasar por padre al marido de la madre, cuando conocieron, desde el primer momento, que los menores no eran hijos suyos, daño agravado por el conocimiento de la infidelidad de la esposa.

Aun cuando se estima como daño moral la pérdida de los tres niños por quien se tenía por progenitor, se tuvo también en cuenta el daño moral que causa el conocimiento de la infidelidad conyugal, que no es indemnizable, como reconoce la propia Sentencia objeto de estudio. Pero esta no fue una infidelidad como cualquier otra, porque hay que tener en cuenta que el amante de la esposa era amigo de la familia, jugaba con los niños, les bañaba, visitaba a la mujer a la Clínica después de dar a luz. Incluso el mayor de los tres niños llevaba su nombre.

La Audiencia eleva la indemnización al doble de la conseguida en primera instancia, porque a la negligencia propia de engendrar tres hijos hay que sumar el dolo en el ocultamiento de la paternidad verdadera al actor.

Hay que poner de relieve que el análisis de los privilegios de responsabilidad en la vida privada de las personas debe completarse con la valoración de los remedios que pueden utilizarse ante la producción de daños por omisión o cumplimiento deficiente de deberes familiares. El centro de atención, por tanto, hay que desplazarlo y, si, hasta ahora, se centraba en la convivencia, hay que poner el acento en las funciones familiares. La determinación del contenido de estas funciones y de las consecuencias de su infracción, a juicio de Joseph FERRER RIBA<sup>35</sup>, tiene lugar por medio de normas sociales y, en el ámbito jurídico, por medio del Derecho de Familia, cuyas disposiciones prevén remedios específicamente familiares, como lo son la separación matrimonial o el divorcio, la pérdida de la guarda y custodia sobre un hijo menor, la imposición de medidas de control, en el ejercicio de la patria potestad, la suspensión o la privación de ésta, etc., y, a veces, se admite la compensación de los daños. El recurso a los remedios indemnizatorios es, sin embargo, limitado. El moderno Derecho de Familia rechaza la imposición de obligaciones que restrinjan coercitivamente aspectos centrales para el sentido personal de identidad del individuo, lo cual conlleva limitaciones notables al resarcimiento de daños, particularmente por vulneración, como en el supuesto analizado, de los deberes conyugales.

El marido, en el supuesto resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, aportó pruebas de sus dolencias psíquicas, perfectamente creíbles, porque, desde luego, era muy fuerte que, al cabo de los años, se enterase de que su cónyuge le había sido infiel y, además, le había hecho pasar por hijos suyos a los hijos de sus relaciones extramatrimoniales. El engaño, como fácilmente se observa, era inmenso. Efectivamente, aportó pruebas de sus padecimientos psíquicos: «stress postraumático crónico», algo común, dadas las circunstancias del caso, y parecía totalmente lógico que se le concediera una indemnización por los daños morales padecidos.

<sup>35</sup> FERRER RIBA, Joseph: «Relaciones familiares y límites del derecho de daños», artículo citado en nota 24.

Por lo que respecta a los daños patrimoniales, se denegó la petición de indemnización por aplicación analógica del artículo 1.362 del Código Civil, aunque entre los cónyuges regía el régimen de separación de bienes, por identidad de razón, todo ello sin perjuicio de las acciones que correspondan al demandante contra su esposa, que había suscrito un reconocimiento de deuda.

Carmen LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA se muestra contraria a esta tesis, al no creer aplicable el artículo 1.362 del Código Civil al régimen de separación de bienes, y aunque la esposa hubiera suscrito un reconocimiento de deuda, el verdadero progenitor no podía quedar al margen en la devolución de gastos causados por los tres niños desde su nacimiento<sup>36</sup>.

Esther FARNÓS Y AMORÓS, a propósito de esta problemática<sup>37</sup>, cita este supuesto, muy interesante y que ya ha sido objeto de comentario anteriormente, pero en el que me voy a detener de nuevo debido a la importancia que tiene: en el año 1987, C. y A. contrajeron matrimonio en Valencia, donde fijaron su residencia y tuvieron cuatro hijos, el primero en 1988, y el resto entre 1996 y 1999. A finales de 2001, la hija del primer matrimonio de C. le informó de la relación extraconyugal que A. mantenía con F. desde 1994, año en que A. y C., quizás ya intuyendo las diferencias existentes entre ellos, y dada la elevada posición económica del marido, habían otorgado capítulos matrimoniales de modificación de régimen económico matrimonial a separación de bienes. El descubrimiento de la relación extramatrimonial desencadenó la separación judicial de mutuo acuerdo por Sentencia de 2 de marzo de 2002, así como el ejercicio por parte de A. de una acción de impugnación de la paternidad que, mediante prueba biológica de 15 de febrero de 2002, reveló que C. no era el padre de los tres hijos más pequeños. El 19 de octubre de 2002, A. reconoció, de forma expresa, en dos documentos, por un lado, que el padre de sus tres hijos era F., por lo que renunciaba a una pensión compensatoria para ella y a una pensión de alimentos para los tres hijos; y, por otro, una deuda de 96.161,94 euros respecto de su ex marido por los gastos de cuidado, alimentación, educación y otros de los menores. Finalmente, el 22 de noviembre de 2002, se practicó prueba biológica de paternidad a F., que fue declarado padre de los tres niños por Sentencia de 14 de mayo de 2003.

C. demandó a A. y F., y solicitó la condena solidaria a una indemnización de 1.297.580 euros, desglosada en los siguientes apartados:

1. 1.200.000 euros en concepto de daños morales, de los que 100.000 euros correspondían a los daños físicos y psicológicos, 900.000 euros a la pérdida de los tres hijos, y 200.000 euros a la afectación al honor y al prestigio profesional;
2. 97.580 euros en concepto de daños patrimoniales, de los que 96.000 euros hacían referencia a alimentos satisfechos a los hijos, y 1.580 euros al coste de la prueba biológica de paternidad.

Los argumentos jurídicos del actor, que me parecen interesantísimos a la hora de analizar la problemática tratada en este estudio, fueron los siguientes:

<sup>36</sup> LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen: obra citada en nota 34.

<sup>37</sup> FARNÓS Y AMORÓS, Esther: «El precio de ocultar la paternidad» (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de noviembre de 2004), en *InDret*, Barcelona, mayo de 2005.

- a) La responsabilidad extracontractual derivada de dolo o negligencia, *ex* artículo 1.902 del Código Civil.
- b) La prohibición del abuso de derecho, *ex* artículo 7.2 del Código Civil.
- c) El derecho al honor y a la intimidad personal y familiar (en función de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen).
- d) La restitución pro enriquecimiento injusto, *ex* artículos 1.895 y siguientes de nuestro Código Civil.

El Juzgado de Primera Instancia de Valencia estimó en parte la demanda y condenó a los demandados al pago de una indemnización de 50.000 euros, por los daños morales causados, al considerar que había desaparecido el vínculo biológico respecto de los menores.

La Audiencia Provincial de Valencia, en Sentencia que ya ha quedado analizada anteriormente, de 2 de noviembre de 2004, desestimó los recursos de apelación interpuestos por F. y A., y estimó parcialmente el de C., en el sentido de aumentar la indemnización a 100.000 euros. Los recursos de apelación de A. y F. estaban dirigidos a considerar prescrita la acción de responsabilidad extracontractual ejercitada por C., así como a negar que su conducta hubiera sido negligente. Entre los diferentes argumentos esgrimidos por los demandados, sorprende que la mujer afirmara que no tenía formación universitaria ni médica, de modo que no se le podía exigir una mayor diligencia y que, por este motivo, mantenía relaciones sexuales sin protección.

La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación, pero, a diferencia del Juzgado de Primera Instancia, consideró que, además de negligencia en la concepción de los tres hijos, existió dolo en la ocultación de la verdad biológica al marido.

Esta apreciación, así como los dictámenes periciales que, según la Sentencia, equiparan el descubrimiento de la verdad biológica a la pérdida física de los tres hijos por muerte, motiva que la indemnización de 100.000 euros en concepto de daños morales doble la cantidad fijada por el Juzgado de Primera Instancia.

Al margen de la excepción de prescripción invocada por los demandados, la Sentencia entró a destacar los siguientes extremos:

- a) Negligencia en la concepción, dolo en la ocultación e infidelidad no indemnizable.
- b) Daños morales equiparables a la pérdida física de los tres hijos.
- c) La reparación de los daños en el ámbito de las relaciones familiares.

Examinemos cada uno de estos tres apartados separadamente.

a) Negligencia en la concepción de los hijos, dolo en la ocultación e infidelidad no indemnizable: la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia concluyó que la concepción extramatrimonial de los hijos menores era negligente, conclusión esta que, en principio, parece un tanto atípica, porque decir que hubo negligencia al engendrar a los hijos no resulta, quizás, muy ortodoxo, pero, en todo caso, como el supuesto era bastante atípico, se permiten estas licencias. La Sentencia, efectivamente, abunda en este hecho, declarando que «en tanto que los demandados no adoptaron todos los medios a su alcance para evitar el nacimiento de tres hijos, pudiendo hacerlo, ya que la señora A. voluntariamente no tuvo hijos durante siete años aproximadamente (...). Este resultado, atendiendo a su reiteración en un espacio temporal breve (tres hijos en cuatro años), no puede atribuirse al caso fortuito...».

Se añade también por la Sentencia un factor más, en sede de culpabilidad, al afirmar que la ocultación de la verdad biológica al entonces marido de la demandada es constitutiva de dolo.

No cabe duda que existió un engaño y que el marido de la demandada sufrió ese engaño, esa mala fe, ese dolo por parte de su entonces esposa. Si partimos de la idea que debe presidir el juego, desarrollo y desenvolvimiento de las relaciones matrimoniales y que no es otro que el principio de la buena fe —como en cualquier otro contrato, aunque el matrimonio presente rasgos peculiares que, en cierta medida, lo diferencian de los demás contratos—, hay que concluir en que la esposa demandada, efectivamente, incurrió, de una manera clara, en dolo, porque tanto la esposa como el progenitor biológico conocieron, desde el primer momento, que los menores no eran hijos del Sr. C., 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 que mantuvieron desde 1996 hasta octubre de 2002. Es en ese actuar, consciente y deliberadamente, donde radica el dolo de los demandados.

Puntualiza, en este sentido, Esther FARNÓS AMORÓS, al matizar que la existencia de dolo, en estos casos, se refiere a la intencionalidad de la conducta, pues la infidelidad es, por norma general, un acto intencional. La conducta de los demandados respecto a la paternidad de los hijos es el hecho que hay que entender como doloso, como realizado con mala fe, al mantener al esposo de la progenitora en una creencia, cierta y fundada, de su paternidad biológica. De ahí que la apreciación de dolo en la conducta de los demandados sea decisiva, dejando de lado cualquier alusión a una concepción negligente de los hijos, que en ningún caso podría constituir un fundamento indemnizatorio. Si la esposa hubiera decidido decir la verdad a su marido, aunque la conducta previa hubiera sido negligente por su parte, no cabría tan siquiera hablar de engaño u ocultación continuada de la verdad biológica, por lo que, en este caso, hipotético, pero que puede plantearse en la vida real con cierta frecuencia, no habría habido lugar a indemnización.

La Sentencia declara que «...mediante un documento de 19 de octubre de 2002, A. (la demandada) reconoció de forma expresa la no paternidad de C. (el demandante), así como que F. (demandado) era el padre biológico de los tres menores. Además, A. matriculó e inscribió a los tres menores en el colegio solo con su apellido, prescindiendo del de C.».

Son estos extremos claramente indicativos de la existencia de dolo, al menos de dolo eventual. Pero habría que detenerse en un punto fundamental: ¿en qué hay que basar la pretensión indemnizato-

ria para que esta resulte admitida por los Tribunales? Estimo que en esta interrogante, y en su solución posterior, radica verdaderamente el tema y la problemática que plantean estas controvertidas demandas. A mi juicio, cabe esperar muchas demandas más de este carácter en el futuro.

Efectivamente; la respuesta al interrogante planteado *supra* se resuelve, desde mi punto de vista, en lo siguiente: estas demandas con pretensiones de resarcimiento indemnizatorio hay que fundarlas, básicamente, en la invocación de la ocultación de la paternidad de los menores. Es decir, el problema radica, sin lugar a dudas, en fundamentar la demanda en la conducta, persistente y permanente temporalmente, de la esposa-progenitora, consistente en hacer creer al marido –conducta que puede ser simplemente pasiva– que él es el progenitor.

Se podría contraargumentar a este planteamiento diciendo que la demanda cabría apoyarla en la infracción de los deberes conyugales y, en concreto, en la transgresión del deber de fidelidad por parte de uno de los cónyuges. Si se hiciera así, según mi experiencia forense, la demanda no prosperaría, quedaría desestimada, ya que, en la actualidad, cualquier infracción de los deberes conyugales queda relegada al ámbito de la valoración ética o moral, no generando ninguna consecuencia jurídica. Como ya ha quedado apuntado anteriormente, las normas que regulan la relación matrimonial son jurídicas –no solo éticas o morales–, pero la consecuencia jurídica de la transgresión de las mismas es un tema que no tiene cabida en el Código Civil. Por lo tanto, aunque se planteara la posibilidad de tipificar los supuestos de responsabilidad en los casos de daños causados entre los cónyuges, cuando el daño se produce, de no existir dicha tipificación, nada impediría aplicar el principio según el cual «quien causa un daño debe pagar», tal como ha expuesto, con realismo, ROCA TRÍAS<sup>38</sup>.

Según SALVADOR CODERCH<sup>39</sup>, el legislador español no ha delimitado, con precisión, el contenido de la relación matrimonial –arts. 66 a 68 del CC–, sino que, meramente, ha establecido unas reglas generalísimas y jurídicamente incoercibles. Si la infracción del deber de fidelidad generara la obligación de reparar los daños causados, los costes del matrimonio y los de las relaciones sexuales extramatrimoniales con persona casada se encarecerían notablemente. De otra parte, la propuesta no parece viable ni *de lege ferenda*, ni *de lege data*; desde el primer punto de vista, el incumplimiento del deber de fidelidad solo daría lugar a una causa de separación (hoy en día, sin contenido ya el art. 82 CC, que regulaba estos supuestos), correspondiendo a la sentencia de separación establecer los efectos patrimoniales de la crisis conyugal; desde el segundo punto de vista, implicaría reconocer valor económico a un nuevo derecho, el derecho a ser amado en exclusiva; se admitiría, así, una indemnización por daños morales en un contrato y, finalmente, acumularía a las consecuencias patrimoniales de la separación, nulidad o divorcio, la indemnización por daños y perjuicios.

La Sentencia analizada últimamente incurre en contradicción, al afirmar que el daño moral generado por la infidelidad conyugal no es susceptible de reparación económica (Fundamento Jurídico Sép-

<sup>38</sup> ROCA TRÍAS, E.: «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*, ediciones Dykinson (coordinación de MORENO MARTÍNEZ), Madrid, 2000.

<sup>39</sup> SALVADOR CODERCH, Pablo y RUIZ GARCÍA, Juan Antonio: «Comentario al artículo 1 del Código de familia», en *Comentarios al Código de familia*, editorial Tecnos, Madrid, 2000.

timo), pero, paradójicamente, tiene en cuenta la infidelidad de la mujer a la hora de valorar la indemnización que finalmente le fue concedida al esposo demandante.

b) Daños morales equiparables a la pérdida física de los tres hijos: es este el segundo extremo importante a tratar ahora. Efectivamente; se parte de la idea de la indemnización por daños morales tomando, como fundamento, la tesis de la integridad moral como bien constitucionalmente protegido, sea cual sea la fuente del daño, cuya tutela se lleva a cabo tanto por las normas de naturaleza penal, como por el Derecho Civil. Quedan al margen, en el marco del Derecho de Familia, criterios de culpabilidad o inocencia. Lo que sí se debe determinar es si realmente existió un daño que deba ser indemnizado porque lesiona derechos e intereses de uno de los cónyuges, de modo que la culpa que se exige para aplicar el artículo 1.902 del Código Civil se constatará de forma autónoma, tal como ha expuesto María Teresa MARÍN GARCÍA DE LEONARDO<sup>40</sup>.

La Sentencia de Instancia aplicó el artículo 1.902 del Código Civil, pero una vez constatada la existencia de unos daños morales y de una conducta negligente unida por un vínculo causal. Sin embargo, fijó una indemnización inferior a la concedida posteriormente por la Audiencia Provincial (de Valencia), dado que no consideró equiparable la pérdida de la relación paternofamiliar a la muerte traumática de los hijos: la Sentencia puso de relieve que la inexistencia de vínculo biológico entre el señor C. y los menores no implicaba automáticamente la eliminación radical de la relación paternofamiliar.

No obstante, el Juzgado condenó por los daños morales causados por la desaparición del vínculo biológico respecto de los menores (Fundamento Jurídico Octavo). Esta declaración de la Sentencia resulta, cuanto menos, contradictoria, ya que el vínculo biológico entre el esposo demandante y los menores nunca llegó a existir, por la sencilla razón de que aquel no era el progenitor de estos. ¿Cómo pudo desaparecer lo que nunca había existido en realidad? Sí es cierto que existió la apariencia de vínculo biológico, si queremos matizar aún más, pero nunca el vínculo en sí mismo considerado.

La Sentencia entró a considerar que la pérdida de contacto con los tres menores conllevó para el demandante –que creía ser el progenitor– un sufrimiento que puede ser superior al de la muerte de los menores, al no poder elaborar el duelo como respuesta a la pérdida sufrida, «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 pérdida física de éstos...» (Fundamento de Derecho Décimo).

Es evidente que la vida de un hijo que no contribuye económicamente al sustento de la familia, por ser menor de edad, se encuentra entre los bienes jurídicos cuya pérdida o deterioro se pueden compensar con la indemnización por daño moral –a nivel teórico, a mi juicio, porque no, desde luego, a nivel práctico–, según GÓMEZ POMAR. La Sentencia basa la existencia de daño moral en la ruptura de lazos afectivos, atendiendo a la cuestión de cómo debe valorarse este tipo de daño y siguiendo, en este

<sup>40</sup> MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa: «¿Cabe la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales», en *Sentencias del Tribunal Superior de Justicia y Audiencias Provinciales y otros Tribunales*, *Revista de Derecho Patrimonial*, Aranzadi.

aspecto, la línea mantenida por el Tribunal Supremo. Lo que se ordena reparar es un daño patrimonial, consistente en el coste de los tratamientos médicos o psicológicos y servicios de atención. Hay que tener en cuenta que la Sentencia de la Audiencia, a diferencia de la del Juzgado, consideró que los trastornos de C. se habían cronificado, subsistiendo sus padecimientos psicológicos, considerados estos de carácter grave.

c) La reparación de los daños morales en el ámbito de las relaciones familiares: los daños fueron considerados dolosos, lo cual constituye la excepción a la regla general de inmunidad en el ámbito de las relaciones familiares y conyugales.

Como ha puesto de relieve Joseph FERRER RIBA <sup>41</sup>, la tradicional inmunidad de los daños que se producen en la vida familiar o en las relaciones de convivencia, a causa de los vínculos de solidaridad y altruismo contrarios a la formulación de reclamaciones jurídicas entre las partes afectadas, se reduce frente a la tendencia, asociada al individualismo liberal, a realzar los derechos individuales de las personas en el seno de la familia. Ello obliga a plantearse en qué casos jurídicamente viables se puede efectuar la reclamación de un cónyuge contra el otro en función de los daños causados por una ruptura matrimonial particularmente traumática.

Desde luego, esto tiene algunos peligros, como, por ejemplo, la excesiva judicialización de las relaciones familiares, lo cual no es en absoluto deseable.

Para FERRER RIBA, la exclusión de la acción de responsabilidad no rige respecto de aquellas conductas que causen daño a derechos o intereses del otro cónyuge conceptualmente separables de su interés en el mantenimiento del matrimonio y en el respeto a sus reglas. De este modo, y siguiendo esta línea orientativa, podrían ser indemnizados los daños causados a la integridad física y psíquica del cónyuge, a su salud, libertad, honor o intimidad, libertad sexual o patrimonio.

En cualquier caso, la doctrina, con RAGEL SÁNCHEZ <sup>42</sup>, ha puesto de manifiesto la dificultad de discernir las conductas que dan lugar a daños compensables de las que constituyen violaciones de la relación matrimonial no resarcibles, particularmente en el área de los daños psíquicos y emocionales que subsiguen a violaciones graves de los deberes de fidelidad, respeto y ayuda mutua, lo que explicaría las propuestas de dotar al sistema de mayor certidumbre recurriendo, en su caso, al Código Penal, donde se tipifican conductas lesivas de ciertos bienes de la persona que comportan, además de la pena, la obligación civil de indemnizar.

Sobre esta última tesis hay que hacer algunas consideraciones. Efectivamente; la remisión a los tipos penales, en primer lugar, supone, como ya ha quedado anteriormente apuntado, entronizar abiertamente el sistema judicial para la solución de los conflictos que pudieran plantearse.

En segundo lugar, FERRER RIBA ha resaltado que esta remisión a los tipos penales, al objeto de deslindar daños indemnizables de otros que no lo son, como, por ejemplo, el daño psíquico que un cón-

<sup>41</sup> FERRER RIBA, Joseph: artículo citado en notas 24 y 35.

<sup>42</sup> RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: «Comentario a la sentencia...», artículo citado en notas 29 y 31.

yuge puede padecer al descubrir el adulterio del otro o al advertir el error sobre su paternidad, supone tomar en consideración, a efectos indemnizatorios, las convicciones sociales mayoritarias acerca de la mayor o menor reprobación de ciertas conductas, en los términos en los que el legislador penal las ha asumido. Este autor cita, como ejemplo, que, en la actualidad, suscita un mayor rechazo social los malos tratos que la infidelidad conyugal.

La Sentencia analizada últimamente declaró que el Código Civil no prevé ninguna consecuencia –se entiende «consecuencia jurídica»– entre cónyuges, al regular la reclamación de filiación no matrimonial en todo el Título V del Libro I, por lo que la indemnización de los daños derivados de la concepción extramatrimonial de tres hijos debe tener cabida en el artículo 1.902 del Código Civil.

Hay que resaltar que ni la Sentencia del Juzgado ni la de la Audiencia reconocieron ningún otro daño más allá del moral derivado de la negligencia en la concepción de los hijos y del dolo en la ocultación de la verdadera paternidad. Así, no queda acreditada la existencia de daños físicos, de daños morales derivados del deterioro de la fama, honor, intimidad y prestigio profesional del actor, ni de daños patrimoniales. Con respecto a los daños patrimoniales, la Sentencia declaró que los alimentos de los hijos no pueden ser objeto de restitución, ni siquiera por el padre biológico, y que los gastos derivados de las pruebas biológicas de paternidad tampoco pueden ser restituidos.

En cuanto a los gastos patrimoniales en concepto de alimentos, debe tenerse en cuenta que, una vez descartada la paternidad del demandante por prueba biológica, la demandada suscribió un documento en el que, entre otras cuestiones, renunciaba a la pensión compensatoria y a reclamar la pensión de alimentos para los tres hijos. En otro documento, la demandada reconocía una deuda de 96.161,94 euros a favor del demandante en concepto de gastos de cuidado, alimentación, educación y otros, a razón de 6.010 euros para cada uno de los tres menores y por año de vida. Este reconocimiento invalidaba el acuerdo al que los cónyuges habían llegado mediante convenio regulador.

Esther FARNÓS AMORÓS ha destacado, con agudeza, la buena estrategia legal seguida por el demandante, al conseguir que su esposa firmase un documento de reconocimiento de deuda por los alimentos otorgados a los tres menores a lo largo de su vida. De no ser así, esta jurista se plantea que siempre hubiera sido viable la procedencia de una acción de enriquecimiento injusto contra el progenitor biológico, vía artículos 1.895 y siguientes del Código Civil. Esta acción, que es inaudita en la jurisprudencia española, no procedería, sin embargo, respecto del progenitor que ha ocultado la verdad biológica, al estimarse que ya ha contribuido a las cargas del matrimonio, *ex* artículos 1.362 y 1.438 del Código Civil. Por tanto, contra este solo tendría lugar la acción de reclamación de los daños morales derivados del engaño sobre la verdadera paternidad, *ex* artículo 1.902 del Código Civil.

Si me detengo un momento en el análisis del Derecho Comparado, cabe hacer algunas precisiones importantes. Así, en Estados Unidos, por ejemplo, los Tribunales han admitido la reparación de este tipo de daños cuando la conducta resulta especialmente ultrajante, a juicio de un Jurado.

Por su parte, el Tribunal Supremo en Alemania, a pesar de la negativa a indemnizar los daños derivados de adulterio o de atribución errónea de paternidad, ha reconocido excepcionalmente el dere-

cho a ser indemnizado si el adulterio se acompaña de una intención cualificada de causar un daño, como en el supuesto en que se haya engañado al marido sobre su paternidad, lo que no incluiría la conducta meramente reticente.

Los Ordenamientos de *comon law* forjaron, desde el punto de vista histórico, reglas generales de inmunidad a favor de ciertas personas en atención a su relación familiar con la víctima del daño, que dieron lugar a excepciones denominadas de relaciones familiares o de «Domestic Relations»<sup>43</sup>. Su aplicación típica se ha circunscrito a los daños entre cónyuges. La inmunidad entre marido y mujer tuvo sus raíces en el antiguo *common law* y se fundamentaba, según los tratadistas del Derecho histórico, en la doctrina de la *marital unity*, de acuerdo con la cual el matrimonio determinaba que la identidad de la mujer se fundiera con la de su marido y ambos pasaran a ser, en Derecho, una sola persona. Esta doctrina, que, obviamente, ha quedado obsoleta, conllevaba, en realidad, la falta de capacidad jurídica de la mujer, por lo que es natural que comenzara a quebrar a partir de mediados del siglo XIX con la aparición de las *Married Women's Property Acts*, dictadas a partir de 1844 en los Estados Unidos y, más tarde, en Inglaterra, otorgando a la mujer casada capacidad patrimonial, incluyendo la de litigar en defensa de sus bienes privativos y de ejercer acciones indemnizatorias, incluso contra su marido, por daños patrimoniales. Sin embargo, hay que resaltar que los Tribunales mantuvieron el régimen de inmunidad en el ámbito de los daños personales, culposos o dolosos, sustituyendo las arcaicas ideas reseñadas por otra tesis centrada en la preservación de la privacidad y la armonía familiar. El *Restatement of Torts*, en 1977, adoptó también el criterio, extendido ya por aquel entonces en las jurisdicciones estatales, de rechazar la inmunidad entre marido y mujer, si bien reconociendo que ciertas conductas pueden quedar privilegiadas habida cuenta de la relación conyugal. Ello quiere decir que el marido y la mujer no dejan de responder por responsabilidad civil por los daños causados por el uno al otro por el mero hecho de estar casados. El rechazo de la inmunidad general por daños no determina la responsabilidad por actos u omisiones que, debido a la relación conyugal, estén privilegiados de otra manera o no sean dañosos.

En Inglaterra, el abandono definitivo del régimen de inmunidad se produjo en 1962, mediante la *Law Reform (Husband and wife) Act*, que posibilitó todo tipo de acciones de responsabilidad por daños entre cónyuges, si bien, a fin de evitar el recurso a la justicia para airear menudencias de la vida matrimonial, el Derecho inglés atribuye al Juez la potestad de suspender el ejercicio de la acción en caso de considerar que la continuación del proceso no producirá un beneficio sustancial a ninguna de las partes, según ha puesto de relieve LOWES<sup>44</sup>.

Por su parte, el Derecho alemán, por ejemplo, constituye un modelo de construcción de los privilegios de responsabilidad a partir de las normas del Derecho de Familia. La jurisprudencia ha interpretado extensivamente el concepto de «deberes derivados de la relación matrimonial», hasta incluir dentro del mismo todo tipo de conductas imputables a marido o mujer que puedan dar lugar a daños en el ámbito del hogar, convirtiendo la norma en fuente de un privilegio doméstico entre cónyuges.

Volviendo ya a la problemática que plantean estos supuestos en el marco de nuestro ordenamiento jurídico-civil, estimo que, a la vista de lo analizado, hay que considerar que la indemnización en el

<sup>43</sup> VON BAR, C.: *The Common European Law of Torts*, University Press, Oxford, 2000.

<sup>44</sup> LOWES, N. y DOUGLAS: *Bromley's Family Law*, London, 1998.

ámbito de las relaciones conyugales debería operar siempre y cuando se produjera un daño relevante en uno de los esposos y que ese daño haya sido causado dolosamente, con mala fe, ya sea con un carácter activo o meramente pasivo, como hemos visto en el supuesto resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1999. La Sentencia dictada es un buen ejemplo de la incoercibilidad de los deberes conyugales como el de fidelidad. Pero la cuestión, en todo caso, debería haber sido enfocada desde el punto de vista del daño sufrido por el esposo demandante, daño patrimonial, efectivamente, y también daño moral, resarcible al amparo del artículo 1.902 del Código Civil. La demanda, mal enfocada, sin duda, es un buen ejemplo de la dirección jurídica que no hay que seguir en estos supuestos. Hay que solicitar indemnización en función de los daños patrimoniales –y morales– sufridos y en base a la conducta dolosa de uno de los cónyuges, lo que permite, a un tiempo, recabar responsabilidad al tercero ajeno a la relación conyugal y padre biológico de los hijos.

De este modo, de cara al futuro y a nuevos supuestos que puedan surgir y que, de hecho, surgirán en la práctica forense, se podrán evitar las frustraciones y la desestimación de la indemnización solicitada por el esposo engañado.