



Universidad de Valladolid

Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la
Comunicación

Grado en Derecho

LA INCIDENCIA DEL DERECHO DE DAÑOS EN EL DERECHO DE FAMILIA

Presentado por:

Raquel Martín Sanz

Tutelado por:

Henar Álvarez Álvarez

Julio de 2018

ÍNDICE

RESUMEN	1
PALABRAS CLAVE	1
ABSTRACT	1
KEY WORD	2
INTRODUCCIÓN	3
1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL	5
1.1. Concepto.	5
1.2. Clases.	5
1.3. Presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual.	6
<i>1.3.1. Acción u omisión.</i>	6
<i>1.3.2. Antijuricidad.</i>	7
1.4. El daño.	9
<i>1.4.1. Concepto</i>	9
<i>1.4.2. Clases.</i>	10
<i>1.4.3. La reparación de daños.</i>	13
<i>1.4.4. La prueba del daño.</i>	14
<i>1.4.5. La forma de reparar los daños morales.</i>	15
<i>1.4.6. Valoración de los daños.</i>	15

2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL AMBITO FAMILIAR.....	17
2.1. La responsabilidad civil por actos no delictivos entre los cónyuges.	18
2.1.1. <i>Incumplimiento de las obligaciones conyugales:</i>	18
2.2. La responsabilidad civil de los padres biológicos frente a los hijos.....	40
2.3. Derecho comparado.....	41
3. CONCLUSIONES.	43
4. TABLA DE SENTENCIAS CITADAS.....	45
5. BIBLIOGRAFÍA.....	46

ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
Cit.	Citado
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
Dir.	Director
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
Págs. /pág.	Páginas/página.
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
ss.	Siguientes
TS	Tribunal Supremo

RESUMEN

De unos años a esta parte, se han ido incrementando las demandas sobre responsabilidad civil extracontractual dirigidas contra la exmujer y contra el padre biológico por los daños, no solo patrimoniales sino también morales, ocasionados por la ocultación de la paternidad del que hasta ese momento se consideraba hijo suyo. Ante estos casos, no hay una respuesta unánime ni doctrinal ni jurisprudencial sobre los daños indemnizables. En un principio, el TS en su sentencia de 1999 rechazó la indemnización de los daños patrimoniales y morales en estos supuestos manteniendo el principio de inmunidad o privilegio conyugal, pero con el paso del tiempo cada vez han sido más numerosas las sentencias de la que son proclives a reconocer una indemnización de los daños ocasionados en casos en los que la mujer oculta la verdadera paternidad. Además la prueba del daño se ha visto facilitada gracias a los avances que se han producido con las pruebas de ADN.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad civil, Derecho de familia, filiación, ocultación de la paternidad, daños morales, daños patrimoniales, deberes conyugales, deber de fidelidad, deber de alimentos, matrimonio, reconocimiento de hijos, daño, infidelidad, paternidad no biológica.

ABSTRACT

In recent years, the number of claims against the ex wife ante biological father for damages, not only pecuniary but also moral, caused by the concealment of the paternity of the former child has been increasing. In theses cases, there is no unanimous doctrinal or jurisprudential response on the compensable damages. Inicially, the Supreme Court in its 1999 judgment rejected compensation for pecuniary and moral damages in theses cases, maintaining the principle of immunity or conyugal privilege, but with the passage of time there have been more and more judgments that tend to recognize compensation for damages caused in cases where the woman conceals true paternity. In adicción, the evidence of damage has been facilitated by advances in ADN testing.

KEY WORD

Tort law, family law, affiliation, paternity fraud, pain and suffering, pecuniary loss, conjugal duties, duty of loyalty, duty to provide nourishment, marriage, recognition of children, damage, to be unfaithful, non biological parenthood.

INTRODUCCIÓN

En el derecho de familia la indemnización por los daños es una de las cuestiones de actualidad que ha venido siendo objeto de un tratamiento singular debido a la problemática que genera la aplicación del derecho de daños a las relaciones familiares.

ROCA TRIAS señala que *“se ha escrito poco sobre la responsabilidad civil en las relaciones de Derecho de familia... lo que parece excluir el Derecho de familia de la siempre creciente influencia de las reglas de la responsabilidad civil”* y se pregunta si entre familiares se aplica la misma regla que a los terceros o *“se tipifican determinados daños, excluyéndose todos los que no se encuentran en la lista”*¹.

Como ya señala Roca Trías, no hay un pronunciamiento doctrinal acerca de esta cuestión. Pero debido a determinadas situaciones que se han ido presentando, tales como el hecho de que el esposo de la madre descubra que los hijos nacidos durante el matrimonio no son sus hijos biológicos, se ha exigido una respuesta por parte de la jurisprudencia. Ante esta problemática, se plantea una cuestión que se intentará resolver a lo largo de este trabajo: ¿es posible obtener una indemnización por los daños ocasionados por tales circunstancias?

Aunque en España apenas se había puesto este tema sobre la mesa, si bien es verdad que tampoco se había aplicado una doctrina contraria a la concesión de dichas indemnizaciones. Simplemente no había ningún pronunciamiento sobre este tema². Sin embargo, de unos años a esta parte, el interés de la doctrina española por la posibilidad de aplicar las acciones de responsabilidad civil en el ámbito del Derecho de familia ha crecido de modo evidente. En parte, dicho interés se debe a la influencia de países de nuestro entorno como Italia o Francia. La doctrina aborda el tema desde dos perspectivas distintas:

- Por un lado, se considera que no generaría derecho a indemnizar cualquier incumplimiento de los deberes legales sino solo aquel que sea lo suficientemente grave, y se produzca de forma reiterada, lesionando un derecho fundamental de un miembro de la familia (RODRÍGUEZ GUITIÁN).

¹ ROCA TRIAS, E., *“La responsabilidad en el Derecho de Familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil”* en *“Perfiles de responsabilidad civil en el nuevo milenio”*, Dir. MORENO MARTINEZ, J.A, Dykinson, Madrid, 2000, pág.533 y ss.

² ROMERO COLOMA, A.M, *“Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil”*, BOSCH, Barcelona, 2009, pág. 40 y ss.

- Por otro lado, estarían los que consideran que no sería necesario, para que nazca el derecho a la indemnización, que se calificara la conducta como lesión de derechos fundamentales (VERDA Y BEAMONTE).

Aunque existan diferentes enfoques al respecto, lo importante es que se empieza a hablar de una superación del principio de inmunidad intrafamiliar, es decir que se van a empezar a aplicar reglas de responsabilidad civil extracontractual en las relaciones entre familiares. Pero este reconocimiento plantea problemas a la hora de distinguir entre lo que sí que es indemnizable de lo que no lo es. Por ello, es importante agrupar los casos en los que sí que se pueden aplicar las reglas de la responsabilidad civil de aquellos otros en los que no es posible su aplicación. Tarea que es imprescindible para entrar a valorar si es procedente o no aplicar las reglas de la responsabilidad civil al ámbito familiar.

1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1.1. Concepto.

Podemos definir responsabilidad civil como aquella deuda u obligación, que nace para sí o para otro a consecuencia de un delito, de culpa o de otra causa legal, cuya satisfacción se produce dentro del ordenamiento civil³.

DÍEZ PICAZO define la responsabilidad civil como “*la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido*”⁴.

La noción más moderna de la responsabilidad civil tiene como fin la prevención de los comportamientos antisociales, la indemnización de las víctimas, la difusión de la carga de los daños y ser garantía de los derechos de los ciudadanos. Según la jurisprudencia, para que haya responsabilidad civil se tienen que cumplir los siguientes requisitos: una acción u omisión ilícita, la existencia y prueba del daño causado, la culpabilidad del sujeto agente y un nexo causal entre los dos primeros requisitos⁵.

1.2. Clases.

Podemos distinguir distintas clases de responsabilidad civil (la objetiva, subjetiva, la plural, la contractual y la extracontractual), pero nosotros nos centraremos en aquellos tipos que nos sirvan para entender la responsabilidad civil que se deriva de los daños causados respecto a la determinación de la filiación. La responsabilidad que se deriva en este caso en concreto sería una responsabilidad civil subjetiva, plural y extracontractual.

En primer lugar, empezaremos analizando qué se entiende por **responsabilidad civil subjetiva**. Entendemos por responsabilidad subjetiva aquella que se fundamenta en la culpabilidad o antijuricidad de la acción u omisión que genera el daño, que comprende el dolo y la culpa, dejando fuera de su ámbito el caso fortuito⁶. Por tanto, la responsabilidad nace de un hecho que es ilícito y además culpable.

En segundo lugar, cabe hacer mención a qué entendemos por **responsabilidad plural**. Existe responsabilidad plural cuando van a responder varias personas por un mismo hecho. En estos casos

³ ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, L.; ZARRALUQUI NAVARRO; E; *Las reclamaciones de daños entre familiares*, Bosch, Barcelona, 2015, pág.15.

⁴ DIEZ-PICAZO, L; “*Sistema de derecho civil*”, Vol. II, Tecnos, 2016.

⁵ ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, cit., pág15.

⁶ ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, cit., pág15.

la responsabilidad de indemnizar puede ser solidaria, mancomunada o puede ser dividida de forma proporcional entre los responsables⁷. En el supuesto que nos concierne se trataría de una responsabilidad dividida entre la madre y el padre biológico.

Y finalmente, la última cuestión que nos quedaría por definir sería la **responsabilidad extracontractual**. La responsabilidad extracontractual o aquilina se encuentra recogida en el art 1902 del CC, que establece que “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a resarcir el daño causado”. Dicho daño consiste en cualquier vulneración o lesión en bienes o derechos que se encuentran protegidos en nuestro ordenamiento, y lo integran tanto la pérdida sufrida, como el lucro cesante (art 1106 CC)⁸.

1.3. Presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual.

De lo dispuesto en el artículo 1902 del CC podemos extraer, como presupuestos para que se origine el deber de reparar en que se concreta la responsabilidad civil extracontractual, una acción u omisión, que se cause un daño, que haya una relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño, y la culpabilidad de quien la realiza. Además, cabe añadir el elemento de la antijuricidad⁹.

1.3.1. Acción u omisión.

El incumplimiento puede consistir en la omisión de lo que debería haber hecho o en haber hecho lo que debió omitir.

El primer supuesto se regularía en el artículo 1098 del CC, que establece “*Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciera, se mandará ejecutar a su costa. Esto mismo se observará si la hiciera contraviniendo al tenor de la obligación. Además podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho*”.

En el segundo supuesto se regula en los artículos 1088 y 1099 del CC. El artículo 1088 establece que “*Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa*”. El artículo 1099 establece que “*Lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo anterior se observará también cuando la obligación consista en no hacer y el deudor ejecutare lo que le había sido prohibido*”.

⁷ ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, cit., pág17.

⁸ ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, cit., págs. 17-23.

⁹ PALACIOS GONZALEZ, M.D; “*Responsabilidad civil y Derecho de daños*”, Juruá editorial, Lisboa, 2013, pág. 29.

Para las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia, la reparación del daño puede derivar también de una acción o de una omisión de acuerdo a lo que establece el art 1902 del CC¹⁰.

1.3.2. Antijuricidad.

Que un acto sea antijurídico significa que es ilícito, y es ilícito cuando se vulnera un precepto imperativo, pero en materia de responsabilidad civil debe de tenerse en cuenta que la ilicitud puede consistir en la violación del deber jurídico de no causar daño a otro¹¹.

La antijuricidad es un elemento imprescindible para que nazca la responsabilidad civil. Además se trata de un presupuesto de la responsabilidad civil que es independiente de la voluntariedad y la culpabilidad¹².

La antijuricidad del daño desaparece cuando concurre una causa que la excluye. Por tanto, se excluye de la antijuricidad del acto u omisión en los siguientes casos:

- 1) Cuando se produce el daño en el ejercicio legítimo de un derecho subjetivo sin que tal uso sea abusivo.
- 2) En los casos en los que esté autorizado por la legítima defensa, el obrar en estado de necesidad o la autodefensa, excepciones del principio de adquisición no violenta de derechos del art 441 CC.
- 3) El consentimiento por el perjudicado.
- 4) El realizado en beneficio del afectado u ofendido¹³.

Una STS de 18 de Octubre de 1999 viene a reafirmar lo anteriormente dicho, señalando que *“la antijuricidad del daño desaparece cuando concurre una causa justificativa que lo legitima, o bien cuando existe una causa que la excluye y un derecho que la ampara el actuar, generando la obligación jurídica de soportar el daño”*.

¹⁰ ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, cit., págs. 24-25.

¹¹ DE ANGEL YAGÜEZ, R.; *“Elementos o presupuestos de la responsabilidad civil”* en *“Tratado de la responsabilidad civil”*, Dir. SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., Bosch, Barcelona, 2008, pág.329.

¹² LÓPEZ MESA, M.J; *El territorio de la antijuricidad en la provincia de la responsabilidad civil* <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/el-territorio-de-la-antijuricidad-en-la> (última consulta: 28/05/2018)

¹³ ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, cit., pág25.

Desde un punto de vista formal, la antijuricidad sería la contradicción con lo que establece el derecho, pero a nosotros en realidad lo que nos interesa es la antijuricidad desde el punto de vista material. Existen dos formas de entender materialmente la antijuricidad¹⁴:

- **La antijuricidad objetiva** se basa en la idea de que la norma jurídica es principalmente un juicio de valor. De acuerdo con esta postura, la finalidad de las normas jurídicas es resolver conflictos de intereses declarando, dependiendo del caso, el interés que consideran predominante y estableciendo determinadas consecuencias jurídicas para los casos en los que este sea vulnerado. En este juicio de antijuricidad no se tienen en cuenta el comportamiento del sujeto, ya que este comportamiento será tratado en un juicio de culpabilidad con posterioridad¹⁵.
- En cambio, **la antijuricidad subjetiva** se basa en el entendimiento de la norma jurídica como un imperativo de conducta. Partiendo de esta base, veremos que las normas, a diferencia de la objetiva, no resuelven conflictos de intereses sino que la resolución de tales conflictos se encuentra en manos del legislador, ya que es este el que decide en un momento previo a aquél en el que se establece la norma. Por tanto, el juicio de antijuricidad recae sobre el comportamiento que se ha revelado contra los mandatos contenidos en la norma. Pero aquellos actos en los que no se pueda encontrar ningún indicio de rebeldía contra el ordenamiento, carecen de carácter antijurídico¹⁶.

Expuestas ambas posturas entorno a la antijuricidad, cabe señalar que la concepción que más se ajusta al tema que tratamos en este trabajo es la concepción de la antijuricidad objetiva ya que esta se adecúa más al Derecho de daños desde el punto de vista de los fines que debe cumplir el mismo (la prevención y reparación del daño) y, además porque permite diferenciar este presupuesto de la culpa¹⁷.

¹⁴ <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/el-territorio-de-la-antijuridicidad-en-la> (última consulta: 28/03/2018)

¹⁵ <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/el-territorio-de-la-antijuridicidad-en-la> (última consulta: 28/03/2018).

¹⁶ <https://docplayer.es/19454638-Cfr-lopez-mesa-marcelo-j-en-trigo-represas-lopez-mesa-tratado-de-la-responsabilidad-civil-edit-la-ley-bs-as-2004-t-i-pp-821-y-ss.html> (última consulta: 30/04/2018)

¹⁷ <https://docplayer.es/19454638-Cfr-lopez-mesa-marcelo-j-en-trigo-represas-lopez-mesa-tratado-de-la-responsabilidad-civil-edit-la-ley-bs-as-2004-t-i-pp-821-y-ss.html> (última consulta: 30/04/2018)

Finalmente, en lo que se refiere a las funciones de la antijuricidad, debemos recordar que esta sirve para delimitar las consecuencias dañosas de una conducta. Desde la perspectiva de la responsabilidad civil, la antijuricidad es un concepto relativo, ya que por un lado una misma conducta puede ser calificada como antijurídica o no dependiendo de la persona. El enjuiciamiento de lo ilícito presupone tres cuestiones¹⁸:

- En primer lugar, frente a quién se ha infringido el deber, es decir quién sería el sujeto pasivo de la conducta.
- En segundo lugar, en qué y por qué se ha infringido la norma, es decir cuál sería el contenido y alcance de la infracción.
- Y en último lugar, en atención a qué consecuencias de esa conducta debe ser calificada de antijurídica.

Por otro lado, “el juicio de antijuricidad sirve para calificar las diversas condiciones o presupuestos que concurren a un resultado para establecer que solamente serán antijurídicas aquellas condiciones que infrinjan la finalidad protectora de la norma que sirve de base en el caso concreto a la pretensión de indemnización”¹⁹.

1.4. El daño.

1.4.1. Concepto

Con daño nos referimos al elemento central de la responsabilidad civil, ya que sin el daño o perjuicio no existe la obligación de indemnizar. En general, por daño podemos entender todo menoscabo que sufre una persona a consecuencia de un suceso, ya sea en sus bienes, propiedad o en su patrimonio, del que debe responder otra persona²⁰.

¹⁸ LÓPEZ MESA, M. J., en TRIGO REPRESAS. LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, Edit. La Ley, Bs. As., 2004, T I, pp. 821 y ss.

¹⁹ <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/el-territorio-de-la-antijuricidad-en-la> (última consulta: 28/03/2018)

²⁰ http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjI2NDtUOuLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAn1Qb0DUAAAA=WKE (Consulta: 9 de marzo de 2018)

Tanto el daño como el perjuicio son términos prácticamente sinónimos, y pueden considerarse como los menoscabos materiales o morales que se causan por contravenir una norma del ordenamiento jurídico²¹.

Si en la responsabilidad contractual el daño deriva del incumplimiento de la obligación (artículo 1101 del Código Civil), el daño extracontractual (artículo 1902 CC) es el que se produce con independencia de un incumplimiento obligacional, pero en ambos casos, se ha de acreditar la existencia del mismo²².

1.4.2. Clases.

1.4.2.1. Daño moral y patrimonial.

El **daño patrimonial**, también denominado daño material, consiste en el menoscabo patrimonial sufrido por la víctima y comprende tanto el desembolso efectivo como la ganancia que se haya dejado de obtener (en aplicación analógica del art 1106 CC)²³. Por tanto, podemos decir que se trata de una lesión directa e inmediata de bienes materiales, que afecta a elementos o intereses que son susceptibles de estimación pecuniaria²⁴.

El daño patrimonial tiene dos vertientes:

- a) El daño emergente. Este sería el perjuicio efectivo sufrido en el patrimonio de la víctima, que ha perdido un bien o un derecho que ya estaban incorporados en ese patrimonio²⁵. La sala de lo civil del TS en su sentencia 7 de mayo de 1968 viene a reafirmar lo anteriormente dicho, y señala que “el daño emergente abarca la pérdida misma de elementos patrimoniales, los desembolsos que hayan sido menester o que en el futuro sean necesarios y el advenimiento de pasivo, causados por los hechos de los cuales trata de deducirse la responsabilidad”.

²¹http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjI2NDtLbUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAn1Qb0DUAAAA=WKE (Consulta: 9 de Marzo de 2018)

²² <https://www.iberley.es/temas/responsabilidad-contractual-extracontractual-60139> (Consulta el 11 de Marzo de 2018)

²³ DE ANGEL YAGÜEZ; “*Tratado de responsabilidad civil*”, cit.pág.362.

²⁴ ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, cit., págs.28-29.

²⁵ <http://www.leyesyjurisprudencia.com/2017/09/diferencia-entre-dano-emergente-y-lucro.html>: publicado por Àlex Plana Paluzie septiembre 14, 2017.(Consulta: 16 de marzo de 2018)

- b) Y el lucro cesante. Este, en cambio, contempla la ganancia frustrada, es decir aquellos daños que se producen porque dejan de ingresarse u obtener determinados bienes o derechos al patrimonio de la víctima, que se ve privada de beneficios que le correspondían. Este daño tiene en su propia naturaleza una dosis de incertidumbre, ya que en realidad no se llega a obtener ganancia alguna. Es por ello, que tenemos que realizar un juicio de probabilidad para evitar que el que ha sufrido el daño obtenga una compensación por unas pérdidas que en realidad nunca se hubiesen producido²⁶.

En lo que se refiere a los **daños morales**, podríamos definirlos como los infringidos a los derechos de la personalidad o extrapatrimoniales (a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o la salud física o psíquica.). Estos se diferencian de los patrimoniales, por tanto, en que afectan a bienes inmateriales, lo que supone un problema a la hora de valorar su equivalente en dinero²⁷.

En cuanto a la noción de daño moral según el criterio jurisprudencial hay que decir que en nuestro Tribunal Supremo no se da una definición de daño moral, puesto que evita exponer teorías o criterios salvo casos excepcionales. Aunque son numerosas las sentencias en las que se indaga sobre la cuestión de los daños morales, en la inmensa mayoría dicho tribunal solamente se limita a resolver atendiendo al caso concreto, enumerando los supuestos más significativos en relación a los bienes protegidos y a ampliar el ámbito de este tipo de daños²⁸.

Dentro de los daños morales podemos distinguir entre dos tipos:

- i. Los que no afectan al patrimonio para nada y
- ii. Los que al lesionar algún interés inmaterial pueden provocar una pérdida material como por ejemplo en los casos en los que se ve afectada la reputación de un profesional y eso hace que se produzca una pérdida de clientela²⁹.

²⁶ www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/dano-emergente-y-lucro-cesante/at.../file (Consulta:17 de marzo 2018)

²⁷ DE ANGEL YAGÜEZ, R.; "Tratado de responsabilidad civil", cit. pág.369.

²⁸ CASADO ANDRÉS, B; "El concepto de daño moral, bajo el prisma de la jurisprudencia", RIDYJ, nº 9,2015.

²⁹ ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, Cit., pág. 31.

Cabe señalar que el resarcimiento de daños morales es una conquista del Derecho moderno, ya que tradicionalmente no se contemplaba. Su reconocimiento se produjo a partir de la STS, 1º, 6 de diciembre 1912, que vino a reconocer el resarcimiento por una publicación de una noticia injuriosa para una joven³⁰.

1.4.2.2. *Daño continuado y duradero.*

La distinción entre daño continuado y daño duradero tiene gran relevancia a efectos de inicio de plazo de prescripción.

En lo que se refiere al daño continuado, el TS en su sentencia 14 de Junio de 2011 establece que el comienzo del plazo de prescripción para los daños continuados se pospone hasta la producción del definitivo resultado, aunque se permite que en aquellos supuestos en los que el daño se pueda fraccionar en fases diferentes no podrá darse tal retraso en el inicio del cómputo del plazo de prescripción³¹.

En lo que respecta al daño duradero, o también denominado daño permanente, el TS en sus sentencias de 28 de octubre de 2009 y de 14 de junio de 2001, lo define como aquel que se produce en un momento determinado por la conducta del responsable del mismo, pero persiste a lo largo del tiempo con la posibilidad de agravarse por factores ya del todo ajenos a la acción u omisión del demandado. En lo que se refiere al plazo de prescripción de este tipo de daño, este comienza desde que lo supo el perjudicado, es decir desde que tuvo conocimiento real del daño, y por tanto pudo medir su trascendencia mediante un pronóstico razonable, porque de otro modo se daría el caso de una imprescriptibilidad de la acción hasta la muerte del agraviado vulnerándose así la seguridad jurídica que se encuentra garantizada en el art 9.3 de la CE³².

Por tanto, para diferenciar ambos tipos de daños y conocer con certeza cuándo comienza el cómputo de la prescripción de la acción en cada caso, tendremos que tener en cuenta cuál es el conocimiento que el perjudicado tenga sobre el alcance real y final del daño, siendo esencial la práctica de la prueba a tales efectos³³.

³⁰ ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, Cit., pág. 31

³¹ <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/danos/danos-continuados-y-danos-permanentes>
(última consulta: 23/4/2018)

³² <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/danos/danos-continuados-y-danos-permanentes>
(última consulta: 23/4/2018)

³³ <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/danos/danos-continuados-y-danos-permanentes>
(última consulta: 24/4/2018)

1.4.2.3. *Daños directos, indirectos y reflejos.*

La clasificación que hacemos entre daños indirectos y los daños directos puede aplicarse en un doble sentido; por un lado, para diferenciar entre las consecuencias inmediatas o remotas del hecho causante del daño, y por otro para clasificar los daños en función de las personas a las que afectan³⁴.

Los daños directos se producen cuando existe inmediación entre el hecho causal y el resultado dañino. En cambio, un daño es indirecto cuando entre el hecho causal y el resultado dañino se interpone algún otro objeto³⁵.

Pero cabe destacar en este punto otro tipo de daños que son los llamados daños reflejos, o también denominados daños por rebote. Este tipo de daño podemos conceptualizarlo como aquel daño que nace a consecuencia del perjuicio infligido a una persona, que sería la víctima inicial del hecho ilícito, y que afecta a personas diversas del sujeto inmediatamente perjudicado (cónyuge, hijos etc.).³⁶

1.4.3. *La reparación de daños.*

Una parte esencial del Derecho de daños es la reparación de los mismos, por medio de la cual la infracción jurídica cometida recibe una sanción adecuada, quedando restablecido así el orden jurídico. Pero no cualquier daño obliga al autor a repararlo, sino que el deber de hacerlo reside en que dicho daño sea reprochable al que lo causa, es decir que debe de haber mediado al menos culpa o negligencia³⁷.

Nuestro derecho vigente prevé dos formas de reparación del daño, una de ellas sería la reparación de daños en forma específica, es decir que aquel que hubiese generado un menoscabo en la esfera jurídica de otra persona tiene que reintegrar la esfera jurídica que ha sido lesionada

³⁴ <http://javiersancho.es/2017/12/19/danos-directos-e-indirectos-y-perdida-de-oportunidad/>
(Consulta:18 de Marzo de 2018)

³⁵ ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, cit., pág.32

³⁶ PINCHEIRA BARRIOS, M., “Daño por repercusión o rebote”, <https://dudalegal.cl/dano-repercusion-rebote.html> (Consulta: 18 de Marzo de 2018).

³⁷ SANTOS BRIZ, J.; “La reparación de daños”, en “Tratado de la responsabilidad civil”, Tomo I, Dir. SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., Bosch, Barcelona, 2008, pág. 605

a su estado originario. Otra de las formas de reparación que se prevé sería la indemnización. Esta última viene a sustituir a la anterior en caso de que no sea posible su cumplimiento³⁸.

Para las obligaciones extracontractuales en concreto, el CC no contiene disposición, alguna simplemente hace una referencia muy abstracta a que el daño será reparado, tal y como se deduce del art 1902 del CC. La falta de disposición expresa y la diferencia de la naturaleza de la obligación a indemnizar hace que podamos dudar sobre qué principio debemos aplicar. En principio, el resarcimiento in natura es posible siempre y cuando sea posible la sustitución (por ejemplo en sufrimientos morales no es posible) y, además, tiene que estar vigilado y aprobado por los Tribunales. Ahora bien, cuando este no es posible porque no es susceptible de restituirlo al estado anterior entonces tendrá lugar la indemnización en dinero. Por tanto, será el Tribunal, atendiendo al caso en concreto, quien determine la forma de resarcimiento³⁹.

1.4.4. *La prueba del daño.*

Para poder resarcir los perjuicios patrimoniales es preciso demostrar que se ha producido un daño y el alcance del daño producido que le sirve de apoyo (STS, 1º, 19 de octubre de 1996)⁴⁰.

En lo que respecta a los daños morales, estos son más complejos de probar ya que afecta a bienes jurídicos extrapatrimoniales, siendo estos difíciles de valorar económicamente⁴¹.

Recientemente, ha comenzado a tener un mayor peso en nuestra jurisprudencia la tesis que defiende la necesidad de que los perjuicios morales deben ser acreditados en el proceso judicial, por quien los alega. Por tanto, la carga de la prueba le corresponde a la víctima o acreedor (art 1698 del CC) salvo que la ley establezca lo contrario⁴².

Aunque en nuestro ordenamiento no existen presunciones legales de este tipo de daño, si analizamos nuestra jurisprudencia podemos diferenciar dos “modalidades” de daños morales: por un lado, aquellos cuya existencia se puede presumir; y por otro lado estarían aquellos cuya existencia debe de ser demostrada mediante pruebas sin servirse de las presunciones⁴³.

³⁸ SANTOS BRIZ, J.; “La reparación de daños”, cit. págs. 607.

³⁹ SANTOS BRIZ, J.; “La reparación de daños”, cit. pág. 608-610.

⁴⁰ ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, cit. pág.32-33.

⁴¹ CARDENAS VILLAREAL, H., GONZALEZ VERGARA, P.; “Notas entorno a la prueba del daño moral: intento de sistematización”, FDCP, vol. 37, 2007 pág. 214.

⁴² CARDENAS VILLAREAL, H., GONZALEZ VERGARA, cit., pág. 224

⁴³ CARDENAS VILLAREAL, H., GONZALEZ VERGARA, cit. págs.224-227.

1.4.5. *La forma de reparar los daños morales.*

Los daños morales sufridos van a ser compensados en dinero, y aunque el dinero no actúa como equivalente, como si ocurriría en el caso de los daños patrimoniales, en el caso de los daños morales esta compensación monetaria serviría para hacer más llevadero los padecimientos o permitiéndoles contrarrestar los sentimientos o sensaciones desagradables⁴⁴.

1.4.6. *Valoración de los daños.*

En los daños patrimoniales la cuantificación del daño o el perjuicio debe de ser objeto de tasación. Otra cuestión sería la determinación del lucro cesante, cuestión mucho más compleja de resolver, ya que en este caso solamente se puede cuantificar de forma estimativa⁴⁵.

A los daños morales en lo que se pueda se aplicará el mismo criterio que para los daños patrimoniales, pero el problema surge en aquellos casos en los que no se puede aplicar el mismo criterio. En dichos casos se atenderá a si tienen o no repercusiones económicas (SSTS, 2º de Noviembre de 1979 y 29 de Junio de 1987). En todo caso el daño debe de ser valorado por el juez de modo discrecional, y en atención sólo a las circunstancias y necesidades del caso concreto (STS, 1º de 2 Diciembre de 1946).

Los daños morales no derivan de pruebas directas u objetivas, es por ello por lo que el juez tiene que valorarlo atendiendo a las circunstancias concurrentes como así lo ponen de manifiesto la STS, 1º de 10 de febrero de 2006.

Profundizando en el tema, la AP de Badajoz de 5 de septiembre de 2017, viene a reconocer el daño moral cuando una madre oculta la verdadera paternidad al que hasta ese momento se creía el padre; concediéndole a este una indemnización por el golpe emocional y psicológico que le causa saber que no es su hijo biológico. Dicho perjuicio es indiscutible, ya que *“no puede considerarse inofensivo engañar a la pareja sobre su concepción”* y agrega que: *“en una relación de pareja, aun cuando sea de hecho, procrear un hijo con una extraña, y conocer cabalmente que el embarazo no es fruto de las relaciones sexuales mantenidas con la persona con la que se está ligado afectivamente y permitir que se inscriba en el Registro Civil a nombre de la pareja sin previamente comunicarle la verdad biológica entraña un ilícito civil en los términos del art*

⁴⁴ ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, Cit., pág.34.

⁴⁵ ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, Cit., pág.34.

1902 del CC". Por tanto, se puede llegar a afirmar en este caso concreto que como elemento fundamental para acordar este tipo de indemnizaciones es necesario que exista dolo civil⁴⁶.

⁴⁶ NAVARRO GONZÁLEZ, C.; Paternidad dudosa: las acciones de filiación y el daño derivado de la ocultación dolosa. <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/familia/paternidad-dudosa-las-acciones-de-filiacion-y-el-dano-derivado-de-la-ocultacion-dolosa>(última consulta: 28/4/2018).

2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL AMBITO FAMILIAR.

La regulación civil decimonónica del Derecho de familia consideraba que las instituciones familiares quedaban fuera del ámbito de aplicación del derecho de daños⁴⁷. Pero según han pasado los años, esta cuestión ha hecho que la doctrina haya quedado claramente dividida, entre los autores que admiten la posibilidad de que se puedan plantear reclamaciones de daños entre familiares, y aquellos que no permiten reclamar los daños que se hubiesen podido ocasionar por el incumplimiento de los deberes conyugales. Por tanto, en este último supuesto solo caben reclamaciones cuando la conducta es constitutiva de delito, falta o vulnera los derechos fundamentales⁴⁸.

En los últimos años, y en concreto a partir de la sentencia 30 de junio de 2009⁴⁹, el TS ha empezado a admitir la aplicación de las normas del derecho de daños en el ámbito familiar. Este reconocimiento supone un avance importante, ya que permite el resarcimiento del daño ocasionado entre familiares. Con ello, por tanto, se evita la regla de inmunidad en el ámbito de las relaciones familiares y conyugales⁵⁰.

En la siguiente tabla podremos apreciar los argumentos a favor y en contra que se han planteado sobre la cuestión de si se considera conveniente o no reconocer la indemnización por daños que se ocasionan en el seno de las relaciones familiares.

ARGUMENTOS A FAVOR	ARGUMENTOS EN CONTRA
Del art 1902 del CC podemos extraer que: al tratarse de una norma general podría aplicarse en el ámbito familiar. Por ello, quien cause un daño a otro, con independencia de su status familiar, debe repararlo.	Los deberes que se derivan de la filiación y del matrimonio no tienen un contenido susceptible de valoración pecuniaria.
En seno de la familia es donde se va a desarrollar la personalidad del individuo. Es	Duplicidad de sanciones:

⁴⁷ PÉREZ GALLEGO, R.: "Nuevos daños en el ámbito del derecho de familia: los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica", RDC, nº3, 2015, pág. 142.

⁴⁸ ALGARRA PRATS, E.; *Incumplimiento de los deberes conyugales y responsabilidad civil. La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Dykinson, 2012, pp.12-13.

⁴⁹ En esta sentencia se estimó la obligación de indemnizar el daño moral ocasionado al padre por trasladarse la madre junto con el hijo al extranjero, privándole no solo del ejercicio de la guarda y custodia sino que también privándole de tener cualquier tipo de relación con su hijo.

⁵⁰ PÉREZ GALLEGO, cit., 2015, pág.143.

<p>por ello, que si hay una lesión a un DF e irrenunciable de la persona (honor, integridad etc.) se tiene que resarcir sin que se pueda ver restringido este deber por formar parte de una familia.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Por un lado, las que se derivan del Derecho de familia. - Las que se derivan de la responsabilidad civil (indemnización de los daños).
<p>La posibilidad de utilizar la indemnización por daños con una finalidad disuasoria, es decir utilizar dicha indemnización como un medio para que las conductas ilícitas en el ámbito familiar no queden impunes.</p>	<p>En base a la regla de <i>lex specialis derogat generalis</i>, podríamos decir que la especialidad del derecho de familia impide la aplicación de las normas generales de la responsabilidad civil</p>
<p>La necesidad de acudir a la responsabilidad civil para resarcir un daño ya que los mecanismos típicos familiares no son capaces de cubrir ya que no tienen naturaleza resarcitoria (salvo en el caso de la nulidad matrimonial).</p>	

De acuerdo a los argumentos expuestos en la tabla, a mi modo de ver, parece bastante razonable reconocer la aplicación del Derecho de daños en el ámbito familiar ya que hoy por hoy carece de sentido mantener el principio de “inmunidad intrafamiliar”. Pero si bien es cierto que no podemos recurrir a este remedio indemnizatorio de forma excesiva o abusiva, ya que estaríamos “patrimonializando” las relaciones familiares. Por ello, es que hay que proceder a analizar caso por caso.

2.1. La responsabilidad civil por actos no delictivos entre los cónyuges.

2.1.1. Incumplimiento de las obligaciones conyugales:

Nuestro Código civil recoge en sus artículos 66, 67 y 68 una serie de deberes y derechos entre los cónyuges. Entre estos deberes y derechos encontraríamos: la igualdad en derechos y deberes (art 66), a guardarse respeto, ayudarse y actuar en interés de la familia (art 67), a vivir juntos, guardarse fidelidad y

socorrerse mutuamente, así como compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes, y de otras personas dependientes a su cargo⁵¹.

Ahora bien, la cuestión que se nos presenta es si la inobservancia de tales deberes es causa de responsabilidad civil para el cónyuge que infringe tales deberes o si, por el contrario, nos encontramos ante deberes éticos cuyo incumplimiento no permite la indemnización de los daños y perjuicios derivados de este⁵².

Tradicionalmente, no se reconocía la posibilidad de reparar los daños morales y patrimoniales que se ocasionaban en el ámbito del Derecho de familia a través del ejercicio de acciones de responsabilidad civil extracontractual⁵³, sino que la única consecuencia jurídica que se podía contemplar es la de ruptura del vínculo conyugal (separación o divorcio)⁵⁴. Un ejemplo de este “no reconocimiento” sería la STS de 30 de Julio de 1999. Dicha sentencia nos vendría a reafirmar lo anteriormente expuesto cuando dice literalmente *“el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 CC, son merecedores de un innegable reproche ético-social, reproche que tal vez, se acentúe aún más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, en los que asimismo es indudable que la única consecuencia jurídica que contemple nuestra legislación sustantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su art 82 pero sin asignarle efectos económicos, los que de ningún modo es posible comprenderlos dentro del caso de pensión compensatoria que se regula en el art 97 y no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del art 1101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza contractual del matrimonio, pues de lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial obligaría a indemnizar”*.

En estos últimos tiempos, la doctrina, bajo la fórmula de la indemnizabilidad de los daños causados en el seno de las relaciones familiares ha destacado la necesidad de conferir a las reglas de la responsabilidad civil mucho más relevancia en este ámbito⁵⁵.

En esta dirección, se viene manteniendo que la exclusión de la acción de responsabilidad no rige en aquellas conductas que causen daños a derechos e intereses del otro cónyuge conceptualmente separables de su interés en el mantenimiento del matrimonio y en el cumplimiento de sus reglas⁵⁶.

⁵¹ ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, cit., pág.108.

⁵² ECHEVARRIA DE RADA, T.: “La responsabilidad por infidelidad conyugal”, La Ley, nº8, 2015, pág.1.

⁵³ Por ejemplo en el Derecho anglosajón para argumentar que no existía derecho a la indemnización civil tomo como base para su razonamiento el texto del Génesis: “y vendrán los dos a ser la misma carne”. De esta manera se entendió que el matrimonio suponía la fusión de las personalidades de ambos cónyuges. Pero esta teoría al igual que en otros países va a evolucionar hacia la permisividad de reclamar los daños y perjuicios causados en el ámbito familiar.

⁵⁴ ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, cit., pág.108.

⁵⁵ MARTIN CASALS, M. Y RIBOT, J.: “Daños en el derecho de familia: un paso adelante, dos atrás”, ADC, nº 64, 2011, pág. 508.

⁵⁶ FERRER RIBA, J.: “Relaciones familiares y límites del Derecho de daños”, InDret, 2001, pág.15.

Nos encontramos ante deberes mutuos que no son directamente exigibles, lo que supone que si uno de los cónyuges los incumple no pueda acudir a la solución del art 1124 CC⁵⁷, ya que este artículo vendría a referirse a obligaciones en sentido técnico (obligaciones con un componente patrimonial del que carece el matrimonio). Ahora bien, si se incumplen tales deberes jurídicos, se producen una serie de consecuencias no solo en el ámbito civil sino también en el penal⁵⁸.

Por tanto, parece lógico excluir la aplicación de los artículos que se refieren a las obligaciones del art 1101 y ss. del CC, ya que las obligaciones que se derivan del matrimonio no tienen componente patrimonial, como ya se ha dicho con anterioridad, por lo que sería un sinsentido aplicar a estos deberes las mismas consecuencias que se derivarían de estos artículos porque en caso de hacerlo estaríamos patrimonializando las obligaciones y deberes matrimoniales y convirtiendo el matrimonio en un simple contrato o negocio.

2.1.1.1. *El deber de fidelidad conyugal o infidelidad.*

Centrándonos en uno de los deberes inherentes al matrimonio, el deber de fidelidad, veremos que a partir de la reforma de la Ley 15/2005 el deber de fidelidad pasa a considerarse como una conducta inherente a la normalidad matrimonial, desapareciendo, por tanto, como una causa de separación legal⁵⁹(actualmente no se exige causa alguna para separarse sino que simplemente se exige que haya voluntad de separarse por uno o por ambos cónyuges).

Ahora bien, se nos plantea la cuestión de qué entendemos por “*guardarse fidelidad*” (art 68 del CC). Pues bien, esta expresión, con profundas raíces históricas y con gran presencia literaria sino también social, se refiere no solo a la exclusividad de las relaciones sexuales entre los cónyuges, absteniéndose de mantener relaciones con terceros, sino que además tienen la obligación de no traicionar en sentido amplio, es decir no traicionar la confianza recíproca, ser leal, no descuidar la atención física y espiritual del otro cónyuge⁶⁰. En definitiva, al a no establecer nuestro Código Civil una definición de fidelidad tendremos que acudir al contexto socio-cultural existente para interpretar su significado, ya que la

⁵⁷ Este artículo viene a establecer que: “(...) *El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible (...)*”

⁵⁸ ECHEVARRIA DE RADA, T.: “La responsabilidad por infidelidad conyugal”, cit, pág.1.

⁵⁹ LASARTE, C., *Derecho de familia*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pág. 57-58.

⁶⁰ MARÍN GARCIA DE LEONARDO, T.” *Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales en Daños en el derecho de familia*”, Dir., DE VERDA Y BEAMONTE, J., Aranzadi, 2006, pág. 182.

sociedad va evolucionando, y lo que tradicionalmente se entendía por exclusividad de las relaciones sexuales entre los cónyuges ahora no solo supone mantener relaciones con terceros sino que se utiliza un concepto más amplio incluyendo aspectos como respetar la dignidad del otro cónyuge, la lealtad y confianza mutuas, el respeto etc.

Como ya habíamos señalado con anterioridad, en un primer momento, los Tribunales no reconocieron que la infidelidad generaba un derecho de indemnización por el daño moral sufrido a favor del cónyuge que se hubiese visto afectado, ni siquiera en el caso de que las esposas hubiesen tenido hijos fuera del matrimonio, y que dichos hijos fueran considerados matrimoniales, aunque con posterioridad se descubriese que no lo eran. Con el paso del tiempo, dichos criterios se han flexibilizado, y los Tribunales han considerado indemnizables ciertos daños en determinados supuestos. Uno de esos supuestos sería el de las reclamaciones de los maridos por el incumplimiento del deber de fidelidad de sus esposas que habían dado lugar a la concepción de hijos que son considerados matrimoniales pero que con posterioridad resultan no serlo⁶¹. Cuestión en la que profundizaremos con posterioridad.

El incumplimiento del deber de fidelidad por uno de los cónyuges no se considera una causa suficiente peso para reclamar una indemnización por los posibles daños psicológicos o emocionales que pueda sufrir uno de los cónyuges⁶². En este sentido, la AP de Segovia de 30 de Septiembre de 2003, ante la pretensión de la esposa por el sufrimiento padecido por el abandono del hogar por parte del cónyuge, afirma que *“aunque el cese de la convivencia no hubiese sido consentido por la esposa, el supuesto abandono por el marido del hogar conyugal no está contemplado en el Código civil como comportamiento que dé lugar a indemnización alguna, sino exclusivamente su concurrencia es causa para solicitar la separación, el divorcio, o también se considera causa de desheredación. No hay que olvidar que, a pesar de la proliferación de supuestos en que se considera indemnizable el daño moral por la jurisprudencia actual⁶³, entre tales supuestos no se encuentran los daños causados por infidelidades, abandonos, o ausencia de fidelidad en las relaciones personales, amistosas o amorosas, pues en tales supuestos entran en el terreno de lo extrajurídico, no debiendo proliferar categorías de daños morales indemnizables que encarnen intereses que no sean jurídicamente protegibles, y en los que el derecho no debe jugar papel alguno ni debe entrar a tomar partido. Si bien es cierto que los deberes de ayuda y socorro mutuos entre ambos cónyuges están proclamados en los art 67 y 68 CC y son comprensivos no sólo de lo que materialmente pueda entenderse como alimentación, sino de otros cuidados de orden ético y*

⁶¹ ECHEVARRIA DE RADA, T.: “La responsabilidad por infidelidad conyugal”, cit., pág. 1-2.

⁶² MARTIN CASALS, M. Y RIBOT, J.: “Daños en el derecho de familia: un paso adelante, dos atrás”, cit., pág.543.

⁶³ Como son las lesiones ocasionadas a una persona impedida para las actividades normales y ordinarias de la vida, perjuicio estético, perjuicio de afecto (que se debe a el perjuicio que sufren aquellas personas que se encuentran vinculadas con las víctimas de lesiones o muerte, o el dolor que causan las lesiones en la víctima.

afectivo, se trata de deberes incoercibles que no llevan aparejada sanción económica alguna sino, como decimos, son contemplados descubrimientos como causa de separación, divorcio o desheredación”.

No obstante, la situación cambia cuando a la infidelidad se le añade la concepción de un hijo que no pertenece al matrimonio sino a la relación que la madre mantuvo con un tercero durante el matrimonio. En este supuesto en concreto sí que se genera la posibilidad de que el cónyuge, tras descubrir la falsa paternidad, reclame los daños ocasionados, como así han reconocido nuestros tribunales recientemente⁶⁴. Aunque sí que se ha llegado a un reconocimiento en la reclamación por el esposo de los daños causados, las decisiones judiciales y doctrinales no coinciden en cuanto a si debe concurrir, desde el punto de vista subjetivo de imputación, dolo, culpa grave o simplemente culpa.

La posibilidad de reclamar la indemnización en estos supuestos, obedece al daño patrimonial que se ha producido por lo que se ha pagado en concepto de alimentos, así como el daño moral ocasionado por la concepción de un hijo extramatrimonial, a lo que se añade la ocultación de la paternidad. En lo referente a esto último, también puede originarse un daño moral que viene determinado por la pérdida de los hijos, daños psicológicos y el menoscabo de la fama y el honor⁶⁵.

2.1.1.2. *La ocultación de la paternidad.*

Existen daños que se generan en el seno de las relaciones familiares cuyo resarcimiento no se prevé en normas específicas del Derecho de familia. Sin embargo, valerse del Derecho de daños para dar salida a estos conflictos plantea serios interrogantes desde una perspectiva teórica. Al basarse la conducta dañosa, consistente en la falsa atribución de la paternidad biológica, en una previa infidelidad por parte de uno de los cónyuges surge la cuestión de si el Derecho de daños es el instrumento adecuado para ejecutar las normas sociales prevalentes⁶⁶.

En los últimos años, con el perfeccionamiento y mayor fiabilidad de las pruebas de ADN ha dado lugar a un aumento de las acciones de daños llevadas a cabo tras una acción de impugnación de la paternidad, por quien en su momento fue considerado como el padre biológico⁶⁷. Dichos daños no solo son daños morales sino también patrimoniales.

⁶⁴ MARTIN CASALS, M. Y RIBOT, J.: “Daños en el derecho de familia: un paso adelante, dos atrás”, cit., pág.558.

⁶⁵ ECHEVARRIA DE RADA, T.: “La responsabilidad por infidelidad conyugal”, cit., pág.2-3.

⁶⁶ FERRER RIBA, J “Relaciones familiares y límites del derecho de daños” en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez- Picazo, Thomson-Civitas*, Madrid, 2003 págs. 1857-1858.

⁶⁷ FARNÓS AMORÓS, E: “Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad”, DPC, nº 15, 2011 pág. 12.

La atribución de la paternidad a un hombre distinto del progenitor biológico se asocia a una mujer casada que mantiene relaciones sexuales fuera del matrimonio. Pues bien, el niño que nace en estos supuestos se le considera automáticamente hijo del marido, ya que en estos casos se aplica la presunción de paternidad matrimonial (art 116 CC y 235.5.1º CC). Ahora bien, la divergencia en la paternidad no siempre se deriva de la infidelidad, como ocurre en los casos en los que, debido a una mala praxis médica, la mujer es inseminada o fecundada por error con el esperma de otro hombre distinto al de su pareja⁶⁸.

Pese a la mayor accesibilidad a las pruebas de ADN y al correspondiente aumento de los casos de disconformidad parental, los ordenamientos apenas prestan atención a las consecuencias jurídicas que acarrea este fenómeno⁶⁹.

Por tanto, debido a la falta de normativa específica al respecto, y al considerable aumento de acciones por daños que se producen por el descubrimiento de la verdadera paternidad, debido en gran medida a las pruebas de ADN, los Tribunales se han visto obligados a dar respuesta a un fenómeno que no deja de ser novedoso en nuestro país.

2.1.1.2.1. *Concepción negligente y omisión de las medidas dirigidas a determinar la paternidad.*

Hay supuestos en los que no se exige ni dolo ni intención fraudulenta sino que aplican de una forma más flexible el artículo 1902. En estos casos se considera que la producción del daño, unido a la culpa grave de la esposa, debe de dar derecho a la indemnización. En la práctica, las conductas de las que se deduce dicha culpa vienen a coincidir con omisiones o conductas reticentes. De concurrir los demás presupuestos de la responsabilidad civil, la concepción negligente, unida a la omisión de medidas dirigidas a determinar la paternidad, justifican la aplicación del art 1902 CC⁷⁰. Con ello quiere decir que permite conceder la indemnización por daños y perjuicios del art 1992 CC sin necesidad que la conducta sea dolosa sino que bastaría con que no se pusiera el cuidado necesario, en este caso en concreto que no se pongan los medios necesarios para evitar el nacimiento de un hijo extramatrimonial.

La SAP de Valencia, Sección 7º de 2 de Noviembre de 2004 viene a reconocer que existe negligencia en la concepción extramatrimonial de los 3 menores estableciendo 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 Sra. R.*

⁶⁸ FARNÓS AMORÓS, E: “Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad”, cit. Pág13.

⁶⁹ FARNÓS AMORÓS, E: “Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad”, cit. Pág15.

⁷⁰ FARNÓS AMORÓS, E: “Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad”, cit. Pág.23-24.

voluntariamente no tuvo hijos durante siete años aproximadamente (...) este resultado, atendiendo a su reiteración en un espacio temporal breve, no puede atribuirse al caso fortuito". En esta sentencia aunque no se aprecia dolo por parte de los demandados al demandante, sí que se aprecia una conducta omisiva por parte de los mismos, ya que no pusieron medios necesarios, como el uso de protección u otros medios que permitirían evitar el embarazo. Además es bastante esclarecedor que no tuviera hijos en siete años porque sí que puso medios para evitarlos y en cambio en un periodo corto de tiempo (periodo en el que empezó a mantener relaciones extramatrimoniales) concibiera tres hijos de cuales ninguno es del demandante.

La SAP de A Coruña de 8 de Noviembre de 2010 estima que la demandada pudo haber actuado de forma negligente al no haber actuado de forma diligente para conocer la auténtica paternidad del hijo engendrado por ella. Esta sentencia se limita a subrayar que *"aunque no tuviese la certeza de quién fuese el verdadero padre de su hija, por haber mantenido relaciones sexuales con otra persona, debió haber adoptado las medidas tendentes a su veraz determinación, que consistirían, se deduce, en poner en conocimiento de su cónyuge ese estado de incertidumbre y practicarse, en su momento, las correspondientes pruebas biológicas para resolver la duda, conducta que aunque encomiástica y responsable, cabe plantearse si sería exigible, por sus consecuencias, máxime de resultar una progenie matrimonial, y ante semejante cuestión este Tribunal, no sin vacilación, se decanta por considerarla no exigible"*.

Esta sentencia viene a reflexionar sobre la posibilidad de exigir a la esposa que ha sido infiel y que confiesa, ante la duda, a su marido que ha mantenido relaciones extramatrimoniales, practicándose así las pruebas de paternidad, y llega a una conclusión negativa de dicha exigibilidad ante la posibilidad de que siendo el hijo del mismo marido, habría ido por delante la confesión de infidelidad, cuestión que el tribunal considera poco razonable⁷¹. A mi modo de ver, el hecho que se rechace la indemnización porque previamente le ha puesto en conocimiento de la duda sobre la paternidad, evitando así que dicha conducta pueda ser catalogada de dolosa o negligente, me plantea dudas de donde se encuentra en realidad la ilegitimidad de la conducta ¿en la ocultación, en el reconocimiento o en el de no poner los medios necesarios para evitar las consecuencias? En este caso en concreto me parece que por el hecho de reconocer que se tuvo relaciones extraconyugales, no se eximiría de responsabilidad en el caso de que el hijo hubiera sido del "amante" pero al ser del propio marido, y recordando lo dicho en el apartado anterior, no podemos indemnizar la infidelidad ya que su vulneración solo podría dar paso a la disolución del matrimonio.

La SAP de Barcelona, 18º, de 16 de Enero de 2007 es un buen ejemplo del criterio al que veníamos refiriendo al principio de este apartado. El tribunal en este supuesto, fundamenta la responsabilidad de la esposa en que mantuvo relaciones extramatrimoniales a la vez que mantenía relaciones sexuales con el

⁷¹ ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, cit., pág.118.

marido durante el tiempo de la concepción. En este caso, dada la facilidad de acceder a las pruebas de ADN para determinar la paternidad, la AP estima que *“la esposa pudo y debió de sospechar que podría ser otro el padre del menor, al haber mantenido relaciones sexuales con dos personas al tipo de su concepción y debió de adoptar las medidas tendentes a su veraz determinación. La omisión en la adopción de dichas medidas debe de calificarse como un comportamiento o conducta negligente a los efectos de lo dispuesto en el art 1902 del CC, por lo que de su actuación u omisión se deriva la responsabilidad extracontractual”*. Del razonamiento que se sigue en esta sentencia, se puede extraer que la mujer que mantiene relaciones extramatrimoniales a la vez que mantiene relaciones con el marido durante la concepción tiene, desde el momento en el que se verifica el embarazo, bastantes razones para dudar de la filiación del niño que pueda nacer. Por tanto, ante la duda de la paternidad, la madre debe de hacer todo lo razonable para determinarla desde el nacimiento, tratando de evitar que se aplique la presunción legal de paternidad matrimonial de los art 116 CC y 235.5.1º del CC⁷².

La misma línea argumental sigue la SAP de Cádiz de 3 de abril de 2008 que viene a conceder una indemnización de 30.000 € por el daño moral que ha sufrido el demandante, y estimó como gravemente negligente la conducta de la madre que *“debió de hacer todo lo razonable para determinar la paternidad biológica desde el primer momento”* evitando que entre en juego la presunción de la paternidad.

Por consiguiente, de las sentencias analizadas en este apartado podemos deducir que la jurisprudencia se ha inclinado a conceder indemnizaciones a aquellos que hubiesen sufrido un perjuicio derivado del conocimiento de la “no paternidad” siempre y cuando hubiese una conducta negligente por parte de la madre que no pusiese los medios necesarios para evitar el daño o que no hubiese actuado con la diligencia necesaria para determinar la paternidad biológica.

2.1.1.2.2. *Dolo en la ocultación de la paternidad.*

En la STS de julio de 1999 se vienen a descartar la posibilidad de indemnizar los daños morales que se generan en el ámbito de las relaciones familiares, entre los que se encuentra la ocultación de la paternidad. Las sentencias que siguen esta postura del Tribunal Supremo se van a basar en el carácter incoercible de las obligaciones matrimoniales y en la exigencia de cánones de responsabilidad cualificados⁷³.

⁷² FARNÓS AMORÓS, E: “Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad”, cit., pág.24-27.

⁷³ FARNÓS AMORÓS, E: “Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad”, cit., pág.17

Ahora bien, de unos años a esta parte, ante las dudas sobre si hay que indemnizar determinados daños que tienen origen en las relaciones familiares, y en ausencia de preceptos legales sobre cuáles deberían ser los criterios de imputación en estos supuestos, los Tribunales españoles han basado su razonamiento en el análisis de irreprochabilidad de la conducta de la esposa, considerando indemnizables los daños que tiene origen en una conducta dolosa o gravemente culposa⁷⁴. Por tanto, nos vamos a encontrar sentencias en las que se prestan especial atención a la entidad de la conducta gravosa y a la gravedad del daño. En estas sentencias el dolo se viene a identificar con la mala fe. La exigencia de dolo puede inferirse de una serie de indicios como son: continua infidelidad de la madre (que como consecuencia tiene el nacimiento de varios hijos), que no se preocupe de utilizar métodos anticonceptivos en el periodo de la concepción etc.

En este sentido, la SAP Valencia, 7º de Valencia de 2 de Noviembre de 2004 además de considerar la existencia de negligencia en la concepción de los hijos (debido a que no utilizaron métodos anticonceptivos), añade un plus de culpabilidad al estimar que la ocultación de la verdad biológica al entonces marido de la demandada es constitutiva de dolo: “(...) conocieron, desde el primer momento, que los menores no eran hijos del Sr. V. pese a lo cual, permitieron que se inscribieran en el Registro Civil como hijos, y se pasaran a formar parte de su familia, con todas las obligaciones, derechos y vínculos a ello inherentes, actuación que repitieron con los tres hijos y han mantenido desde 1996 hasta octubre de 2002, y en este actuar consciente, estimamos que radica el dolo de los demandados (...)”. La existencia de dolo en estos casos no se refiere a la intencionalidad de la conducta sino que debe de referirse a la conducta de los demandados respecto a la paternidad de los hijos⁷⁵.

Similar línea argumentativa sigue la SAP de León de 2 de enero de 2007 que concedió una indemnización a cargo de los padres biológicos de la menor, al constatarse, en primer lugar, que tenía conocimiento de que la niña no era de su exmarido “desde el mismo momento en el que supo que estaba embarazada”, y en segundo lugar, que a sabiendas que no era su padre se nombró padrino de la misma a su verdadero padre y este aceptó aun sabiendo que era su hija. Otro ejemplo lo encontramos en la SAP de León de 30 de Enero de 2009 que considera que “lo determinante para que surja el derechos a una indemnización es el dolo de la demanda a la hora de ocultar, de forma continuada, la verdadera filiación del menor”. Esta circunstancia queda probada con manifestaciones de la madre tales como: “por sus deseos de madre que no podía ver cumplidos con su esposo”. Además de dichas manifestaciones oculta a su marido la verdadera paternidad del niño. También en este sentido se pronuncia la SAP de Murcia de 18 de Octubre

⁷⁴ FARNÓS AMORÓS, E: “Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad”, cit.,Pág.17

⁷⁵ MARÍN GARCIA DE LEONARDO, M.T: “¿Cabe indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales?”, Aranzadi, nº15, 2004, pág. 24.

de 2009 que viene a repetir el criterio que fundamenta la indemnización en la conducta dolosa de la madre⁷⁶.

De las sentencias expuestas se infiere que el fundamento de la responsabilidad civil en estos casos es el dolo. La exigencia de una conducta dolosa en estos casos se puede deducir de afirmaciones contenidas en estas sentencias cuando sostienen que *“el dolo existe en cuanto si la demandada no quería seguir manteniendo una relación sentimental con su marido y que constase formalmente su paternidad, bien pudo haber ejercitado las acciones de separación o divorcio y filiación desde el primer momento de la concepción de su hijo, y no esperar para hacerlo, ya que con su conducta se creó una situación de convivencia durante ese periodo de tiempo que indudablemente generó unos vínculos afectivos muy importantes”* y que *“únicamente en los supuestos de conducta dolosa, y en tanto en cuanto quede acreditado que concurre intención cualificada de causar daño, puede concluirse que ello sí que sería un hecho generador de responsabilidad extracontractual y que obligaría a reparar el daño”*.

En lo que se refiere al hombre que mantenía relaciones con una mujer casada, en este puesto se nos plantea una cuestión: ¿pueden reclamársele los daños morales causados y obligarle a reembolsar al padre “no biológico” los gastos ocasionados en concepto de alimentos? Ante esta pregunta creo que es lógico que el demandante pueda dirigirse al padre biológico ya que en la mayoría de los casos expuestos el padre biológico conocía la verdadera identidad biológica, y aun así la mantuvo en secreto (siendo cómplice de la madre). En todo caso es necesario probar dicha circunstancia. Cabe destacar que a la hora de probar que el padre biológico tuvo conocimiento de tal circunstancia y optó por no hacer nada, resulta más fácil hacerlo cuando este fue planificado como sucede en la SAP de Valencia de 2 de Noviembre de 2004. Además también es más sencilla la prueba cuando es hecho conocido por una multitud de gente (que sea *vox populi*, es decir un secreto a voces). De todos modos aunque no hubiese dolo, es decir que no estuviera planificada la ocultación de la paternidad, creo que sí que cabría la posibilidad de ser condenado por negligencia (en remisión al epígrafe anterior) ya que aunque no tuviera una certeza de que es el padre biológico, si hubiera sido diligente y hubiera tomado las medidas oportunas hubiera evitado que se produjera la concepción del niño/a, y en caso de que se hubiera concebido, tenía que al menos tener una sospecha razonable de que el hijo era su hijo biológico. Además, que debido a los avances en las pruebas de ADN en los últimos años, podría haber salido de dudas sobre si es el verdadero padre o no de la criatura. Por todo ello, considero que si la madre es condenada por tal circunstancia el padre biológico también debería de responder por los daños generados, que no solo son morales sino también patrimoniales.

⁷⁶ FARNÓS AMORÓS, E: “Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad”, cit., Pág.20

2.1.1.2.3. *El peculiar pronunciamiento de la Audiencia provincial de Barcelona de 28 de Noviembre 2008.*

En los apartados anteriores hemos hecho alusión a los supuestos en los que los tribunales se han manifestado a favor de conceder una indemnización por el daño causado derivado de la ocultación de la verdadera paternidad. Este epígrafe hace mención al “peculiar pronunciamiento” de una sentencia, en concreto la de Barcelona de 28 de Noviembre de 2008, ya que la sentencia se aleja de la postura adoptada por otras audiencias provinciales (en las que sí que se reconoce una indemnización) adoptando una postura contraria a la indemnización por la ocultación de la paternidad biológica.

La sentencia, en cuestión, niega la posibilidad de conceder una indemnización argumentando que *“la incidencia personal no pasa del comprensible disgusto que rodea a este tipo de situaciones familiares, y por supuesto no hay norma expresa que obligue a indemnizar sino que se pide que, en base al art 1902 CC, se habrá una puerta todavía cerrada en una materia particularmente sensible: La de los conflictos familiares en la que no existe norma expresa ni jurisprudencia que ampare la indemnizabilidad del daño moral puro”*. Por tanto, en base a este argumento (es decir en base a que no es un daño sino un “simple disgusto”) el tribunal concluye afirmando que no corresponde conceder una indemnización por daño moral *“atendiendo a que el reconocimiento del daño moral como soporte de una obligación de indemnizar ha sido y es esencialmente sectorial y ni legal ni jurisprudencialmente se ha considerado que los conflictos familiares pudieran determinar adicionalmente un daño moral indemnizable, junto a las soluciones legales específicas para cada tipo de conflicto”*.

A mi juicio creo que es coherente no conceder indemnizaciones por los daños que se pueden derivar del incumplimiento de deberes matrimoniales como son el respeto, el deber de socorro mutuo o incluso es entendible en el caso de que haya una simple infidelidad. Pero lo que no es comprensible es aplicar el principio de inmunidad en el caso de ocultación a la paternidad, ya que en estos casos va más allá de un incumplimiento de un deber conyugal (art 66 y ss del CC), y sobre todo en el caso en el que nos ocupa, ya que la mujer oculta la verdadera paternidad del menor desde su nacimiento no siendo clara sobre la verdadera filiación. Por tanto, a mi modo de ver, el mero hecho de la ocultación de la paternidad desde el nacimiento del menor es suficiente para que se conceda una indemnización por ocultación de la paternidad. Además de que considero que este pronunciamiento supone dar dos pasos atrás en los avances que se habían dado en esta materia.

2.1.1.2.4. *Inicio del cómputo del plazo del plazo para el ejercicio de la acción.*

Una de las cuestiones que más problemas supone en la práctica consiste en determinar cuándo se inicia el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción para reclamar la responsabilidad por daños

derivados de la ocultación de la paternidad. En estos supuestos es importantísimo el tiempo para el ejercicio de las acciones de filiación, y en especial en las acciones de daños por ocultación de la paternidad, ya que su procedencia se condiciona al existo de la previa acción de impugnación, aunque ambas se ejecuten en el mismo proceso y el éxito de la acción de la acción de impugnación de algún modo garantice el éxito de la acción de daños⁷⁷.

De acuerdo con el art 1968.2 del CC *“prescriben al año (...) La acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902, desde que lo supo el agraviado”*⁷⁸. Por tanto, el cómputo comenzara desde que el agraviado tuvo conocimiento. Sin embargo, se nos plantean preguntas como ¿Qué debe de entenderse por conocimiento? ¿Existe conocimiento tras conocer las pruebas del ADN, o bien hay que esperarse a que concluya la acción de impugnación con éxito? Pues bien, la tesis preponderante considera que el inicio del cómputo se sitúa en el momento en que la sentencia de impugnación deviene firme⁷⁹.

En contra de la tesis dominante, la SAP de Valencia 2 de Noviembre de 2004 estima que el inicio del cómputo en la fecha en la que se conocen los resultados de la prueba de ADN, prueba a través de la cual el que hasta ese momento era considerado padre de los tres menores adquiere certeza de que no son sus hijos biológicos. En la sentencia, por tanto, se considera que no es relevante el momento en el que pudo sospechar de que no eran sus hijos.

La SAP de Murcia de 18 de Noviembre de 2009 estima que la excepción de prescripción no puede prosperar ya que *“no hay base suficiente para afirmar que el actor conocía con certeza su no paternidad con anterioridad a la firmeza de la sentencia”*, y por tanto el comienzo del plazo prescriptivo se sitúa en el conocimiento del demandante de su no paternidad: en el momento en el que se resuelve el procedimiento de impugnación de la paternidad matrimonial y la resolución adquiere firmeza.

El TS en su sentencia del 14 de julio de 2010 estima que el daño alegado es un daño duradero o permanente, por lo que en este caso aplicaríamos el art 1968.2 del CC que establece que el plazo debe de empezar a computarse desde que el recurrente *“tuvo cabal conocimiento del mismo y pudo medir su transcendencia mediante un pronóstico razonable, porque de otro modo se daría la hipótesis de absoluta imprescriptibilidad de la acción*

⁷⁷ FARNÓS AMORÓS, E: “Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad”, cit., Pág.36.

⁷⁸ En el Derecho civil catalán el plazo de prescripción es de 3 años, y se inicia cuando la persona agraviada conoce o puede conocer razonablemente las circunstancias que la fundamentan y la persona contra la cual se puede ejercer: REGLERO CAMPOS, L.F *“La prescripción de la acción de reclamación de daños”* en *“Tratado de la responsabilidad civil”*. Dir. REGLERO CAMPOS, L.F, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, págs. 1266-1267.

⁷⁹ FARNÓS AMORÓS, E: “Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad”, cit., Pág.37.

hasta la muerte del perjudicado, en el caso de los daños personales. Por lo que en este caso se refiere, el inicio del cómputo comienza en el día que se notificó la sentencia de impugnación de la paternidad”.

Por último, la SAP de Baleares de 20 de septiembre de 2006, entiende que el plazo de un año debe de comenzar a computarse desde la sentencia de apelación que vino a reafirmar la no paternidad del actor. Ahora bien, este plazo se vio interrumpido una vez: por la demanda que venía a modificar las medidas de divorcio. Una vez obtenida la sentencia de la demanda que modificaba las medidas del divorcio, el cómputo se reanudó, pero se interpuso la demanda una vez ese había concluido, por lo que al final se desestimó⁸⁰.

Ahora bien, aunque se situó el *dies a quo* de la acción de daños en el momento en el que la sentencia de impugnación pasa a ser firme, eso no significa que ampare conductas oportunistas. Es por ello, que los tribunales deberán de atender al caso concreto, determinando si existen indicios suficientes para que el demandante sospechara de que no era el padre biológico de los que hasta ese momento consideraba hijos biológicos durante el matrimonio, es decir antes de ejercitar la acción de impugnación. En el caso de que sí existieran indicios suficientes, la acción de impugnación se considerará que ha prescrito. Esto supone que si con posterioridad se quiere ejercer una acción de responsabilidad no va a ser posible. Por tanto, si no exigimos que se pruebe que no se tenía conocimiento de la verdadera paternidad del menor, habría numerosas demandas de impugnación tras el divorcio, ya que así puede evitarse el pago las correspondientes pensiones alimenticias al menor además de obtener una indemnización por los daños derivados de la ocultación de la paternidad⁸¹.

Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en la SAP de Madrid de 15 de octubre de 2010. En esta sentencia se estimó que el demandante tuvo conocimiento de los hechos que hacían dudar de la paternidad del mismo durante años antes de ejercitar la acción de impugnación de la paternidad. Es por ello, que el tribunal considera que la acción había caducado.

Es verdad que la postura mayoritaria sobre la prescripción de la acción tendría cierto sentido, pero a mi modo de ver no creo que sea correcto en todos los supuestos situar el inicio del cómputo en el momento en el que una sentencia de impugnación deviene en firme, ya que el resultado de la prueba de ADN es suficientemente fiable (y más actualmente con los avances en la materia) para poder tener una certeza sobre la verdad biológica. Por tanto, debería situarse el inicio del cómputo en el momento en el que tiene conocimiento de los resultados de las pruebas de ADN.

⁸⁰ FARNÓS AMORÓS, E: “Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad”, cit., Pág.38-39.

⁸¹ FARNÓS AMORÓS, E: “Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad”, cit., Pág.39

2.1.1.2.5. *Indemnización por daño moral derivado de la ocultación de la paternidad.*

Una vez que consideramos que estamos ante un ilícito civil que es susceptible de generar la responsabilidad, tendremos que tratar de determinar la magnitud del daño moral y patrimonial causado, y así poder proceder a su cuantificación⁸². Cuestión que no deja de ser compleja, pues es muy complicado cuantificar el daño moral causado ya que estamos hablando de bienes inmateriales (no tienen equivalente en dinero).

Centrándonos en el daño moral, veremos que este constituye una lesión a la integridad psicofísica de la persona, puede encontrarse integrado tanto por los daños biológicos, los causados a la salud psíquica, como los daños existenciales que se derivan de las modificaciones negativas que se hayan producido en la vida del cónyuge⁸³.

Como ya hemos apuntado anteriormente, la doctrina española no es unánime a la hora de reconocer la indemnización del daño moral que se deriva del incumplimiento del deber de fidelidad. Entre la doctrina podemos destacar las siguientes posturas al respecto⁸⁴:

- i. Un sector doctrinal, dentro del cual se encuadran autores como NIETO ALONSO o GARCÍA MARÍN, viene a admitir que sí que cabe indemnizar, pero solo en el caso de daños morales autónomos derivados de la propia infidelidad, y siempre que estos se hayan generado por una conducta de especial gravedad, o que los daños que se han producido a los derechos del otro cónyuge sean conceptualmente separables de su interés en el mantenimiento del matrimonio y en el respeto a sus reglas.
- ii. Otra postura, dentro de la que se sitúa LLAMAS POMBO, se muestra más suspicaz en relación a la aplicación de la responsabilidad civil a todos los ámbitos de las relaciones familiares ya que esta aplicación puede suponer un aumento considerable de demandas.
- iii. Añadiéndose a las posturas anteriores, otros autores vienen a considerar que sí que cabe la indemnización del daño moral incluso en caso de incumplimiento de los deberes matrimoniales, dentro de los cuales se encuentra el deber de fidelidad (VERDA BEAMONTE), de cuyos daños serán responsables solidariamente tanto el cónyuge infiel

⁸² PÉREZ GALLEGO, cit., 2015, pág. 160.

⁸³ PÉREZ GALLEGO, cit., 2015, pág. 161.

⁸⁴ FARNÓS AMORÓS, E.: "El precio de ocultar la infidelidad", InDret, 2005, pág.12.

como el tercero que mantuvo relaciones a sabiendas de que la otra persona se encontraba casada, poniéndose de manifiesto los efectos imprevisibles que podría comportar la no indemnizabilidad (CARRASCO PERERA).

No obstante, MARTIN CASALS Y RIBOT consideran que lo complejo es saber dónde situar la línea que separa lo indemnizable de lo no indemnizable, y qué fundamento justifica la indemnización o resarcimiento⁸⁵. Pues bien, para MARTIN CASALS, para que exista el daño moral deben concurrir dos características:

- a. La lesión de un derecho de la personalidad.
- b. Y que se vea afectada la esfera psicofísica.

Por tanto, según este autor, debe ser considerado daño moral a la afectación de la esfera psicofísica que es consecuencia de la lesión de un derecho o bien de la personalidad. Este planteamiento lo que hace es separar de la perspectiva del daño moral todos aquellos supuestos en los que no concurren estas notas, ya que se considera que el derecho no debe intervenir en los casos en los que el daño es mínimo, en aquellos en los que la consecuencia dañosa no es grave. Además se subraya la dificultad de probar la existencia de tal daño y, sobretudo, la problemática a la hora de valorar los mismos, así como el peligro de partir de ficciones que hagan que el número de demandas y de la cuantía por la que se pueda demandar aumenten notoriamente⁸⁶.

A mi modo de ver creo que sí que es indemnizable el daño moral cuando se vulnere un derecho de la personalidad (honor, intimidad, integridad psíquica y física etc.) con independencia de que dicho daño se produzca en el seno del ámbito familiar, ya que solo por el hecho de que se produzca en el ámbito de las relaciones familiares no significa que este daño pueda quedar impune. Y en conformidad con lo que afirma MARTIN CASALS, esta lesión a un derecho de la personalidad, sobretudo en el caso del honor o integridad moral, suele afectar a la esfera psicológica de la persona que sufre el daño. Un claro ejemplo de ello, sería como el que hasta ese momento se consideraba el padre biológico de los niños sufre *“un trastorno por estrés post traumático crónico”* irreversible debido a que descubre la inexistencia del vínculo biológico, y esto *“genera un sufrimiento que puede ser superior al de la muerte de los menores al no poder elaborar duelo como respuesta a la pérdida sufrida”* (SAP Valencia de 2 de noviembre de 2004).

⁸⁵ MARTÍN CASALS, M., RIBOT IGUALADA, L.: “Daños en el derecho de familia: un paso adelante, dos atrás”, ADC, nº64, 2011, pág.504.

⁸⁶ PÉREZ GALLEGO, cit., 2015, pág.163.

En lo que respecta al quantum indemnizatorio, como ya hemos adelantado, la cuantificación del daño moral es una de las cuestiones que mayores problemas plantean el Derecho español ya que en los últimos años nuestros tribunales han reconocido su resarcimiento, empleando para ello diversos criterios⁸⁷. Las Audiencias han concedido indemnizaciones por este concepto, indemnizaciones que oscilan entre los 12.000 y los 35.000 euros por hijo cuya paternidad biológica permaneció oculta.

Esta línea jurisprudencial la encabeza la SAP de Valencia de 2 de Noviembre de 2004 vino a cuantificar la indemnización en 100.000 euros, ya que en este caso el tribunal vino a equipar el daño a la pérdida física de los tres hijos.

Este criterio también es seguido por la SAP de Barcelona de 16 de Enero de 2007. En esta sentencia se fija el daño moral en 15.00 euros, al considerar que los vínculos de afectividad con la menor y el proyecto de vida familiar “(...) *se han visto mutilados como consecuencia de la verdad biológica impuesta, causando una pérdida de afectos y un vacío emocional que puede considerarse equivalente o muy próximo a la pérdida definitiva de un ser querido, además del sentimiento de profunda frustración que ha generado en el demandante la situación parecida (...)*”.

El mismo criterio siguen las Sentencias de las AP de Valencia de 5 de septiembre de 2007 y la de Cádiz de 3 de Abril de 2008. En la primera, el tribunal decide reducir la cantidad de la indemnización concedida en el tribunal de primera instancia, decisión que basa en corto periodo de convivencia con el menor (que no llega a ser superior al año) y en la convicción de que el hijo no era suyo, convicción que tuvo casi desde el nacimiento del menor. Por ello, se reduce la cantidad de 100.000 euros a la de 12.000 euros. Esta indemnización se concede por los daños morales “*en el duelo de la pérdida de un hijo de lo que nunca se recuperara*”. En la segunda sentencia, el tribunal vino a cifrar en 35.000 euros los daños psicológicos y morales, a pesar de que la relación no duró más de un año⁸⁸.

La SAP de Murcia de 18 de Noviembre de 2009 estimó que “*ha generado un daño moral que debe ser resarcido (...) en el importe de 15.000 € frente a los 120.000 que se reclamaban en la demanda*”. Para fijar esta indemnización por daño moral reduciendo de forma considerable la cantidad pedida, el tribunal argumento lo siguiente:

- El hecho de que el hijo fuera mayor de edad.

⁸⁷ MARTIN CASALS, M. Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982 en Centenario del código civil, tomo II, Madrid, 1990.

⁸⁸ PÉREZ GALLEGO, cit., 2015, pág.164.

- La difícil relación entre el padre “no biológico” y el hijo. A lo que se suma la escasa convivencia entre ambos de apenas 6 años.
- En el momento de la separación no se cumplió el régimen de visitas.
- Y el cuadro depresivo que sufrió el demandante cuando le comunico que pensaba interponer la demanda de impugnación.

El planteamiento que siguen estas Audiencias parte de un concepto de filiación de base exclusivamente genética, que asume que una vez que se demuestra o que se prueba la verdadera paternidad biológica del menor, la relación paterno-filial con el que hasta ese momento creía su padre desde el punto de vista social, legal y psicológico se rompe de forma definitiva⁸⁹. Esta mención de la mayoría de las Audiencias a “*la pérdida de un ser querido*”, en la que se considera que la relación afectiva y personal entre hasta ese momento hijo y el hombre que hasta entonces fue considerado padre biológico, debería de dar paso a criterios objetivos que tomaran en consideración: la gravedad del daño y la mayor o menor gravedad de la conducta del causante. Es por ello, que debería de tenerse en cuenta en estos casos: el número de hijos respecto de los cuales se ocultó la paternidad, el tiempo de convivencia, es decir la duración del engaño, y la conducta de la demandada^{90,91}.

También respecto a la cuantificación, cabe destacar la sentencia de 23 de Julio de 2009. En esta sentencia se pone de manifiesto que “*aun cuando hubiesen concurrido los presupuestos de la responsabilidad extracontractual, no podría prosperar la acción, pues a diferencia de lo acordado en la sentencia, debe de cuantificarse la cantidad que se reclama por exigirlo el art 219 de la LEC*”. Este argumento fue reforzado por el Tribunal Supremo que “*impone la exacta cuantificación del importe de las condenas económicas interesadas, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o, cuando menos, la clara fijación de las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que esta consista en una pura operación aritmética*”. Por tanto, esta sentencia, al no cuantificarse la cantidad y no establecerse las bases para su cuantificación procede a estimar el recurso de la demandada liberándola de pagar la cantidad reclamada.

De la anterior sentencia, podemos, por tanto, concluir que aun cumpliendo todos los requisitos para que nazca la responsabilidad civil extracontractual del art 1902 del CC, se puede llegar a perder ese

⁸⁹ Este planteamiento ha sido criticado en los ordenamientos anglosajones. También ha sido cuestionado por la SAP de Pontevedra de 13 de Diciembre de 2006.

⁹⁰ Estos criterios son acordes a los propuestos en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL), que vienen a establecer en relación al daño no patrimonial que “*se tendrán en cuenta todas las circunstancias del caso, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño. El grado de culpa del causante del daño sólo se tendrá en cuenta si contribuye al daño de la víctima de modo significativo*”.

⁹¹ FARNÓS AMORÓS, E: “Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad”, cit.,Pág41-42

derecho de resarcimiento si no cuantificamos la cantidad o no fijamos las bases para su cuantificación de acuerdo con lo que establece el art 219 de la LEC. En este punto, se pone de manifiesto la importancia que tiene dicha cuantificación, y las consecuencias injustas, a mi modo de ver, que puede llegar a tener no cumplir con este requisito.

2.1.1.2.6. El resarcimiento de los daños patrimoniales por gastos de manutención y educación de los hijos.

La restitución de las prestaciones alimenticias que fueron satisfechas por el padre no biológico, junto con la compensación del daño moral, es una de las cuestiones más problemáticas que se derivan del hecho de impugnar la paternidad⁹².

Las sentencias del TS de 1999 consideraron que no cabía ningún tipo de indemnización para el padre no biológico por los gastos en concepto de alimentos que abonó por el que en su momento creía su hijo. En concreto, la STS de 22 de Julio, ante la reclamación del padre no biológico del dinero pagado en concepto de alimentos a favor de quien resultó no ser hijo suyo, da a entender que habría accedido a tal reclamación en aplicación del art 1902, que puede hacerse extensivo al doble ámbito patrimonial y moral, si hubiera concurrido una conducta dolosa por parte de la mujer⁹³.

A partir de este momento, las Audiencias no van a seguir un criterio unánime en cuanto a la posibilidad de restitución de las cantidades pagadas en concepto de alimentos por el padre no biológico a favor de los hijos que con posterioridad resultan no serlo⁹⁴. Distinguimos, así varias posturas:

- a) Unas sentencias sostienen que la reclamación de los alimentos abonados a quien se creía hijo, debe realizarse por el cauce del art 1895 del CC⁹⁵. Es decir, reclamar los alimentos por la vía del cobro de lo indebido.

La SAP de Cádiz de 3 de abril de 2008 estimó que el actor no puede reclamar a la madre la restitución del dinero pagado en concepto de alimentos durante el matrimonio, puesto que ambos cónyuges deben de contribuir al levantamiento de

⁹² FARNÓS AMORÓS, E: “Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad”, cit., Pág.43

⁹³ ECHEVARRIA DE RADA, T.: “La responsabilidad por infidelidad conyugal”, cit., pág.9.

⁹⁴ ECHEVARRIA DE RADA, T.: “La responsabilidad por infidelidad conyugal”, cit., pág.9

⁹⁵ Este artículo viene a hacer referencia al cobro de lo indebido. Este artículo viene a decir de manera literal lo siguiente: “Cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla”.

las cargas del matrimonio de acuerdo con lo establecido en el art 1318 del CC⁹⁶, pero sí que admite que los alimentos que han sido pagados tras la sentencia de separación deben ser restituidos por las reglas del cobro de lo indebido.

La SAP de León de 2 de Enero de 2007 vino a considerar que *“tras la resolución que puso fin a la crisis familiar existe, sin embargo, una suma cuyo destino aparece expresa y directamente determinado al pago de los alimentos de la menor, lo que provoca que el análisis deba ser diferente. Que los alimentos hayan sido ya consumidos no parece que sea razón obstativa alguna, para que se proceda a su devolución si es que fueron satisfechos por quien no resultaba obligado a prestarlos. Por su parte, al menos en el caso de autos, el hecho de que el menor haya sido finalmente reconocido por su verdadero padre y que éste mantenga una relación sentimental estable con la madre en la actualidad hace que la menor no se vea aparentemente afectada por la reclamación que por éste concepto se articula contra su madre. En definitiva, se trata de una simple aplicación de las reglas del cobro de lo indebido”*.

- b) Otras sentencias vienen a sostener que la reclamación de los alimentos abonados a quien se creía hijo, debe de realizarse por el cauce del art 1902 del CC⁹⁷.

La SAP de Baleares de 20 de Septiembre de 2006 vino a rechazar que la madre tuviera que devolver el dinero pagado por el ex marido por la vía del enriquecimiento injusto. En concreto, lo que se deniega en la sentencia es la restitución de las cantidades pagadas en concepto de alimentos con base en la falta de prueba de la conducta dolosa o culposa de la mujer respecto del conocimiento de la verdad biológica.

- c) Y, finalmente, hay otras sentencias que consideran que en tanto no se declare que el que hasta ese momento era el padre no es en realidad el padre biológico, no es de aplicación el cobro de lo indebido, pues hasta entonces los alimentos eran debidos⁹⁸.

⁹⁶ El art 1318 del CC viene a establecer que “Los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio”.

⁹⁷ PÉREZ GALLEGO, cit., 2015, pág.168.

⁹⁸ PÉREZ GALLEGO, cit., 2015, pág.168.

La SAP de Toledo de 7 de Noviembre de 2002 viene a considerar que para que se pueda reclamar el cobro de lo indebido es preciso que haya una resolución judicial que reconozca que la hija no es del actor, pero mientras esta no exista tal resolución no se puede reclamar la restitución de las cantidades pagadas en concepto de alimentos con fundamento en el art 1895 del CC.

En la misma línea que en el caso anterior la SAP de Granada de 13 de Junio de 2014 al igual que la SAP de Ciudad Real de 29 de Febrero de 2012 establecen que *“consta que el menor fue inscrito como hijo matrimonial de los hoy litigantes (filiación matrimonial, artículos 115 y 116 del Código Civil), con las consecuencias que de ello deriva el ordenamiento jurídico, relación paterno - filial que se extiende hasta que la misma resulta destruida por resolución judicial en contrario. La obligación de prestar alimentos al hijo encuentra su fundamento legal sustantivo en el artículo 143.2º del Código Civil como deber emanado, no ya de la patria potestad, sino de la filiación misma. La sentencia recaída en este tipo de procesos es constitutiva de una determinada situación de estado, por lo que el proceso es el medio esencial para crear, modificar o extinguir dicha situación, esto es, esa filiación no deja de tener efectos jurídicos, en particular el de alimentos que ahora nos interesa, sino desde que así lo señala una sentencia judicial. Quiere ello decir que hasta que tal acontece existe deber de prestación de alimentos al hijo y por tanto los pagos realizados lo son con causa, título o como obligación legal, lo que hace imposible el éxito de la acción ejercitada, quebrando de esa forma todo el discurso argumental del recurso de apelación. Argumento que ya fue expuesto en la propia Sentencia de instancia al señalar que la relación paterno- filial no dejó de ser efectiva hasta tanto recayó sentencia en proceso de impugnación de la filiación. De este modo, en tanto no se declara que el presunto padre ha resultado no serlo, la obligación de alimentos existe y no resulta de aplicación la institución de cobro de lo indebido, pues hasta entonces, los alimentos son debidos. Se trata, en definitiva, de un pago realizado a su hijo con sustrato en una obligación legal”*

Esta última postura es por la que se inclina la Sala del Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de abril de 2015. En esta se viene a estimar que no es de aplicación el cobro de lo indebido, pues hasta la declaración judicial por la que se declara que no existe relación paterno-filial, los alimentos eran debidos. En este punto, la sentencia viene a destacar que no nos encontramos ante una situación normal en la que el pago de lo indebido genera un derecho de crédito a favor de la persona que hubiese pagado

indebidamente, que es la prevista en el art 1895 del CC, ya que *“no se pueden aplicar sin más sus requisitos”*⁹⁹ en materia de alimentos para conceder legitimación al alimentante, que alimentó a una hija que luego se demostró que no era suya, para que se le restituya lo abonado, y pasiva a quien nunca recibió el dinero para sí, es decir, para integrarlo en su patrimonio, sino para aplicarlo a la alimentación de la hija común, como tampoco para considerar que hubo error al pagarlos”. Por tanto, la acción que se debió de ejercitar no era la del cobro de lo indebido del art 1895 del CC sino que la acción más idónea sería la del art 1902 del CC¹⁰⁰.

La Sala del Tribunal Supremo va a postularse a favor de la no restitución de los alimentos percibidos con efectos retroactivos. La no restitución o devolución *“tiene su origen en la vieja sentencia de 18 de abril de 1913, que confirma la línea jurisprudencial de las sentencias de 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1897, que establecieron que los alimentos no tienen efectos retroactivos, “de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida”. No se devuelven los alimentos como tampoco se devuelven los demás efectos asociados a estos derechos y obligaciones propias de las relaciones de los padres con sus hijos mientras se mantengan”*.

En definitiva, el Tribunal Supremo considera que es de aplicación a este supuesto de reclamación de alimentos prestados la acción del art 1902 del CC, siempre y cuando esta tenga como fundamento un daño vinculado a la infidelidad de la madre y el consiguiente nacimiento de un hijo que ha sido considerado como un hijo matrimonial hasta que se descubre lo contrario y se impugna la filiación, limitándose así los efectos de la resolución judicial que declare la filiación extramatrimonial¹⁰¹.

En este punto, estimo conveniente hacer alusión al voto particular de esta sentencia que viene a rechazar el planteamiento anteriormente expuesto. En este se argumenta lo siguiente:

- En primer lugar, *“no se trata de una devolución de alimentos que han sido consumidos sino de una reclamación de lo indebidamente satisfecho en tal concepto; que se dirige no contra el alimentista sino contra*

⁹⁹ Los requisitos para el pago de lo indebido sería los siguientes:

1. Un pago efectivo hecho con la intención de extinguir una deuda o de cumplir un deber jurídico (pago que hay que probar).
2. Inexistencia de obligación entre el que paga y el que recibe, y, por consiguiente, falta de causa en el pago, que puede ser indebido subjetivamente, cuando existiendo el vínculo relacione a personas distintas de la que da y de la que recibe el pago, u objetivamente, cuando falta la relación de obligaciones entre solvens y accipiens, bien porque jamás ha existido la obligación o porque aún no ha llegado a constituirse o porque, habiendo existido la deuda, ya esté pagada o extinguida.
3. Error por parte del que hizo el pago; error que ha de ser probado, salvo en los casos en que lo presume.

¹⁰⁰ A esta conclusión también se llegó en las sentencias de 22 de julio de 1999 y de 14 de julio de 2010, aunque estas no responden a supuestos iguales.

¹⁰¹ PÉREZ GALLEGO, cit., 2015, pág.171.

las personas que están obligados a prestar los alimentos “(los verdaderos progenitores) que tendrán que prestar dichos alimentos de forma solidaria.

- En segundo lugar, que en relación con lo establecido en el art 1895, el art 1901 del CC establece una presunción de error en el pago cuando se entregó una cosa que nunca se debió. Como sucede en este caso en concreto, el demandante, a la hora de suscribir un convenio por el que se compromete al pago de 300 € para satisfacer las necesidades de la que se consideraba su hija, sufrió un vicio en la voluntad por un error causado por la demandada, ya que esta ocultó la verdadera paternidad. A esto se añade que el hecho de que se dictara una resolución reconociendo la existencia de la obligación de pagar alimentos no significa que el vicio quede subsanado.
- En tercer lugar, se argumenta que “aunque el derecho de alimentos quede integrado, a su vez, en la relación de patria potestad y su peculiar régimen legal, no es menos cierto que por ello pierda su carácter genuinamente patrimonial que se deriva de su propia naturaleza, sobre todo cuando su toma de razón no es otra que el carácter debido o indebido de su pago; cuestión claramente diferenciable de la función o finalidad asistencial que personalmente informa a la obligación de prestar alimentos respecto de los hijos”.
- Finalmente cierra sus argumentos con el siguiente, que a mi modo de ver es el más esclarecedor, diciendo lo siguiente: el comportamiento de la madre “*constituyó una vulneración frontal y directa al principio de buena fe, ya que convenció a su marido para que se sometiera a un tratamiento de fertilidad, para acto seguido, tener relaciones extramatrimoniales que dieron lugar al nacimiento de su hija. Comportamiento doloso, que debe de reforzar la pretensión restitutoria que se reclama*”, ya que en caso contrario se estaría premiando “*la impunidad de actuación y la ausencia de responsabilidad*” de ambos progenitores.

De acuerdo con lo expuesto, podemos concluir que aunque ambos argumentos utilizados en esta sentencia del TS son válidos y tienen cierto sentido, parece más razonable no descartar la posibilidad de aplicar el cobro de lo indebido, aun cuando se considere por la mayoría de la Sala que sería más correcta la aplicación del art 1902 del CC.

2.2. La responsabilidad civil de los padres biológicos frente a los hijos.

En los supuestos en los que la madre decide hacer creer al hijo que el padre biológico es su marido, o en los casos en los que el padre biológico, a sabiendas de que cabe la posibilidad de que los hijos sean suyos, opta por guardar silencio, son supuestos de difícil solución. Cabe señalar, en este punto, que no hay por parte de los tribunales una respuesta directa a esta cuestión, es decir que vienen a resolver sobre la indemnización que reclaman los padres no biológicos pero no concretan en ningún momento a cerca de las acciones que podría o que tendría derecho a poner el menor por la ocultación de la verdadera paternidad.

Algunos autores, como MARTIN CASALS Y RIBOT han estimado que sería un desacierto que se admitieran demandas del propio hijo contra la madre y su padre biológico por la “pérdida” del que creía hasta ese momento su padre, basando dicho razonamiento su razonamiento en que la ley concede legitimación a ambos progenitores para impugnar la filiación. La madre en este caso actuaría como representante legal del hijo (art 765.1 LEC), y el padre biológico actuaría en su propio nombre¹⁰².

Cabe señalar, en este punto, que si los tribunales han estimado que cabría una indemnización al padre no biológico por los daños morales que supone la pérdida del vínculo con el que hasta ese momento consideraba su hijo, así como por los gastos de manutención o de alimentos que tuvo que abonar¹⁰³. Parece lógico también que se le reconozca este derecho al hijo (ya sea menor o no) que hasta ese momento creía que dicha persona era su padre biológico.

Las acciones que pudiera ejercer el hijo para que se indemnice por el daño moral causado podrían encontrar fundamento en la pérdida del vínculo afectivo que supone conocer que el que hasta ahora consideraba su padre en realidad no lo es, pudiendo afectar, en algunos supuestos, de modo grave a la integridad psíquica del hijo. Por tanto, en lo que se refiere al reconocimiento de acciones indemnizatorias por el daño moral causado al menor, estas tendrían su fundamento en una ruptura del vínculo paterno-filial que podría equivaler a la pérdida física del padre, ya que el vínculo que les unía posiblemente no lo tenga con el que es su padre biológico.

Ahora bien, esta acción prosperará si efectivamente se inflige un daño emocional o afectivo en el hijo; un ejemplo de ello sería la SAP de Coruña de 8 de Noviembre de 2010 en la que se consideró que

¹⁰² MARTIN-RIBOT, M., RIBOT, J. “Daños en el derecho de familia: un paso adelante, dos atrás”, ADC, nº64,2011 pág.558.

¹⁰³ A modo de ejemplo de los casos en los que se reconoce al padre la indemnización por daño moral podemos señalar la sentencia AP de Cádiz de 3 de Abril de 2008 en la que se tiene en cuenta el sufrimiento psicológico del padre y la imposibilidad de seguir manteniendo una relación con los que consideraba sus hijos.

los lazos afectivos se habían roto por parte de la chica con anterioridad a la demanda de impugnación de la filiación paterna.

En lo que se refiere a la reclamación por alimentos, en principio podemos pensar que los hijos pueden reclamar a su padre biológico por los daños patrimoniales que este le hubiera ocasionado al no pagarle la pensión de alimentos cuando correspondía. En este punto se nos plantea una cuestión: ¿en base a que precepto podría ejercitar esta acción? Descartando el cobro de lo indebido (acción que no tiene cabida porque el que realizó el pago fue el padre no biológico) parece posible ejercitar la acción sobre la base del artículo 1902 (“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado.”) ya que por la omisión del deber de alimentos puede haberle causado un daño patrimonial. Ahora bien ¿de verdad se produce un perjuicio patrimonial? Es esta cuestión la que hace que dudemos de si cabe la posibilidad de reclamar por los alimentos debidos ya que los alimentos han sido proporcionados por el padre no biológico hasta que se ha demostrado su no paternidad por lo que no ha sufrido perjuicio alguno, en tal caso el perjuicio sería el que sufre el padre no biológico. Por tanto, el hijo tendrá derecho a reclamar los alimentos desde el momento en el que se conoce su verdadera paternidad sobre la base del deber de prestar alimentos del art 142 y ss. del CC.

2.3. Derecho comparado.

En el Derecho alemán, la jurisprudencia es bastante concisa a la hora de negar la posibilidad de aplicar normas de responsabilidad extracontractual cuando existe normativa concreta de Derecho de familia al respecto, salvo cuando ha habido intención de causar daño.

En cambio, en el Derecho francés sí que existe normativa que reconoce de forma expresa el derecho a que se reparen los daños ocasionados por el divorcio. Aunque se reconoce la posibilidad de aplicar la cláusula general de responsabilidad (art 1382 *Code*) para conceder la indemnización por otros daños que no tienen nada que ver con los que se producen a raíz de un divorcio.

En el ordenamiento italiano sí que se aplicarían normas generales de responsabilidad civil¹⁰⁴, y al igual que sucede en nuestro ordenamiento, también se ha planteado dudas en torno al tema de la imputación. En este punto hay varias posturas al respecto:

¹⁰⁴ En el art 2043 del CC italiano viene a establecer lo siguiente: “cualquier acto doloso o culposo que cause un daño injusto a terceros, obliga al que lo ha realizado a resarcir el daño”.

- Algunos autores se inclinan por que se situé dentro de los ilícitos dolosos el ilícito familiar, es decir que se requiere que haya dolo a la hora de causar el daño para que genere responsabilidad. Entre estos autores estarían CARINGELLA y CATERBI.
- Otros autores estiman que es indiferente el dolo o la culpa para que surja la responsabilidad. Entre estos autores destaca PILLA.
- También hay autores que vienen a fijar el criterio de imputación en función del interés lesionado:
 - Si el bien en cuestión ocupa una de las primeras posiciones de la escala del sistema (integridad, capacidad de procreación, dignidad, libertad de movimiento), bastara la culpa.
 - Ahora bien, si este es de otro tipo (bienestar espiritual, delicadeza, confidencialidad), habrá que exigir dolo¹⁰⁵.

Al igual que sucede en nuestro país, en el caso italiano tampoco existe un criterio claro al respecto. Las sentencias más recientes no exigen la existencia de dolo para conceder las indemnizaciones por los daños causados. Es por ello, que podemos deducir que al no haber una manifestación expresa sobre la cuestión se podría conceder esta indemnización en el caso de que la conducta sea culposa.

¹⁰⁵ BOTTA, R., GIOVETTI, G.: "Diritto di famiglia", en AAVV: La colpa nella responsabilità civile, Torino, 2006, pp. 92 y ss.

3. CONCLUSIONES.

En primer lugar, aunque la doctrina mayoritaria considera que el incumplimiento por uno de los cónyuges del deber de fidelidad no es indemnizable, a lo largo de mi trabajo se puede extraer que en muchos supuestos la indemnización concedida no deja de desvincularse del todo del deber de fidelidad (que en principio por sí solo no sería indemnizable) ya que en muchos casos, o en la mayoría de los casos, dicha infidelidad va seguida del nacimiento de los hijos que no son matrimoniales, y a lo que se suma la ocultación de la verdadera paternidad, y cuando esto sucede muchos tribunales se han mostrado proclives a conceder este tipo de indemnizaciones por daños morales basados en el art 1902 (responsabilidad extracontractual). Aunque, sí que es cierto, que jurídicamente hablando, sería más correcto que los tribunales solamente resolvieran sobre las cantidades que deben de ser pagadas en concepto de alimentos.

Sin embargo, y como hemos podido ver, aunque sí que se conceden este tipo de indemnizaciones por daños morales, no hay una respuesta uniforme en cuanto a la determinación y cuantía de los daños, dado que su naturaleza no es homogénea. Por ello, el daño moral tendrá una cuantificación variable dependiendo de las constancias del caso (siempre que se pruebe de manera directa o indirecta dicho daño).

En segundo lugar, en relación con los daños patrimoniales indemnizables, dentro de los cuales se encontraría el pago de los alimentos pagados al hijo que hasta ese momento consideraba suyo, así como los gastos procesales que se derivan del proceso de impugnación de la paternidad o del de divorcio, en algunos casos, veremos que existen varias posturas al respecto: la vía de cobro de lo indebido o la vía de responsabilidad extracontractual. En este trabajo se defiende que la postura más acertada no es la que sigue el TS en su sentencia de 24 de abril de 2015 (que es la del art 1902) sino la postura que se adopta en su voto particular por dos magistrados: D. ANTONIO SALAS CARCELLER y don FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO (que sería la postura del enriquecimiento injusto del 1895).

En tercer lugar, dentro de los requisitos del art 1902 del CC (nexo causal, causa, imputación objetiva...) el requisito que desde mi punto de vista más problemas plantea es el de la imputación subjetiva. Como se ha expuesto a lo largo del trabajo unas sentencias estiman que es necesario el dolo y en otras se aplica el criterio de culpa en sentido amplio. Pues bien, la postura que han adoptado algunas Audiencias Provinciales (que consideran que el daño también puede ser resarcible si hay culpa o negligencia) es la más correcta, siendo la postura que ha adoptado el TS demasiado rígida y nada flexible ya que en este caso únicamente se limitaría a reconocer la aplicación del art 1902 solo en caso de que hubiese conducta dolosa. Los argumentos utilizados por las Audiencias son bastante convincentes, en el sentido de que la

mera omisión de la información o la falta de actuación para esclarecer las dudas puede llegar a producir el mismo efecto que si la conducta es calificada de dolosa, es decir produce consecuencias similares tales como: sufrimiento por la pérdida de la relación paterno- filial, menoscabo del honor, padecimientos o sufrimientos similares a la pérdida de un ser querido etc.

En definitiva, estimo que falta un pronunciamiento por parte del TS que fije unos criterios uniformes aplicables en este tipo de casos, cada vez más frecuentes en el ámbito familiar, y que no tienen una respuesta contundente y clara por parte de los tribunales ya que hay diversos planteamientos al respecto, sobre todo en lo referente al requisito de la imputación subjetiva y a la vía por la que reclamar la indemnización (art 1895 o 1902 del CC)

4. TABLA DE SENTENCIAS CITADAS.

Sala u órgano	Fecha de la resolución	Referencia
SAP (Toledo)	7 de Noviembre de 2002	JUR 2003/42414
SAP (Segovia)	30 de Septiembre de 2003	JUR 2003/244422
SAP (Valencia)	2 de Noviembre 2004	AC 2004/1994
SAP (Balears)	20 de Septiembre de 2006	JUR 2006/279261
SAP (León)	2 de Enero de 2007	JUR 2007/59972
SAP (Barcelona)	16 de Enero de 2007	S 40/2007
SAP (Valencia)	5 de Septiembre 2007	JUR 2007/340366
SAP (Cádiz)	3 de Abril de 2008	JUR 2008/234675
SAP (Barcelona)	28 de Noviembre de 2008	JUR 2009/7273
SAP (León)	30 de Enero de 2009	S 39/2009
SAP (Barcelona)	23 de Julio 2009	JUR 2009/464365
SAP (Madrid)	15 de Octubre de 2010	JUR 2011/17650
SAP (A Coruña)	8 de Noviembre de 2010	AC 2010/2303
SAP (Ciudad Real)	29 Febrero de 2012	JUR 2012/117132
SAP (Granada)	2 de Enero de 2007	JUR 2014/258799
STS	2 de Diciembre de 1946	RJ 1996/8938
STS	30 de Julio de 1999	RJ 1999/6580
STS	14 de Junio de 2001	RJ 2001/4973
STS	10 de Febrero de 2006	RJ 2006/674
STS	30 de Junio de 2009	RJ 2009/5490
STS	28 de Octubre 2009	RJ 2009/5817
STS	14 Julio de 2010	S 445/2010

STS	24 de Abril de 2015	JUR 2015/2684
-----	---------------------	---------------

5. BIBLIOGRAFÍA.

LIBROS Y REVISTAS:

ALGARRA PRATS, E.; *“Incumplimiento de los deberes conyugales y responsabilidad civil. La responsabilidad civil en las relaciones familiares”*, Dykinson, Madrid, 2012.

CARDENAS VILLAREAL, H., GONZALEZ VERGARA, P.; “Notas entorno a la prueba del daño moral: intento de sistematización”, FDCP, vol. 37, 2007.

CASADO ANDRÉS, B; “El concepto de daño moral, bajo el prisma de la jurisprudencia”, RIDYJ, n°9, 2015.

DE ANGEL YAGÜEZ, R.; *“Elementos o presupuestos de la responsabilidad civil”* en *“Tratado de la responsabilidad civil”*, Dir. SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., Bosch, Barcelona, 2008.

DIEZ-PICAZO, I.; *“Sistema de derecho civil”*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 2016.

ECHEVARRIA DE RADA, T.: “La responsabilidad por infidelidad conyugal”, La Ley, n°8, 2015, pág.1.

FARNÓS AMORÓS, E.: “El precio de ocultar la infidelidad”, InDret, n° 279 2005.

FARNÓS AMORÓS, E: “Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad”, DPC, n° 15, 2011.

FERRER RIBA, J *“Relaciones familiares y límites del derecho de daños”* en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez- Picazo, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

FERRER RIBA, J.: “Relaciones familiares y límites del Derecho de daños”, InDret, 2001.

LASARTE, C., *“Derecho de familia”*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

MARÍN GARCIA DE LEONARDO, M.T: *“¿Cabe indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales?”*, Aranzadi, n°15, 2004.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T; *“Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales”* en *“Daños en el derecho de familia”*, Dir. DE BEREDA Y BEAMONTE, J.R, Thomson-Aranzadi, Cizur menor, 2006.

MARTIN CASALS, M. Y RIBOT, J.: “Daños en el derecho de familia: un paso adelante, dos atrás”, ADC, nº 64, 2011.

MARTIN CASALS, M. “*Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982 en Centenario del código civil*”, tomo II, Madrid, 1990.

PALACIOS GONZALEZ, M.D; “*Responsabilidad civil y Derecho de daños*”, Juruá editorial, Lisboa, 2013.

PÉREZ GALLEGO, R.: “Nuevos daños en el ámbito del derecho de familia: los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica”, RDC, nº3, 2015.

REGLERO CAMPOS, L. F “*La prescripción de la acción de reclamación de daños*” en “*Tratado de la responsabilidad civil*”. Dir. REGLERO CAMPOS.L.F, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

ROCA TRIAS, E., “*La responsabilidad en el Derecho de Familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil*” en “*Perfiles de responsabilidad civil en el nuevo milenio*”, Dir. MORENO MARTINEZ, J.A, Dykinson, Madrid, 2000.

ROMERO COLOMA, A.M, “Problemática jurídica de las indemnizaciones entre cónyuges (y ex cónyuges)”, Diario la ley, nº7008, 2008.

ROMERO COLOMA, A.M; “*Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*”, BOSCH, Barcelona, 2009.

SANTOS BRIZ, J.; “*La reparación de daños*”, en “*Tratado de la responsabilidad civil*”, Tomo I, Dir. SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., Bosch, Barcelona, 2008.

VIVAS TESÓN, I; “*Daños en las relaciones familiares*” en “*Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad Civil*”, edit.um, Murcia, 2011

ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, L.; ZARRALUQUI NAVARRO; E; “*Las reclamaciones de daños entre familiares*”, Bosch, Barcelona, 2015.

RECURSOS ELECTRONICOS:

<http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEA MtMSbF1jTAAAUmJi2NDtbLUouLM DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmjJOcSoAn1Qb0DUAAAA=WKE> (Consulta: 9 de Marzo de 2018)

<http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEA MtMSbF1jTAAAUMjI2NDtbLUouLM DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAn1Qb0DUAAAA=WKE> (Consulta: 9 de Marzo de 2018)

<https://www.iberley.es/temas/responsabilidad-contractual-extracontractual-60139> (Consulta el 11 de Marzo de 2018)

<http://www.leyesyjurisprudencia.com/2017/09/diferencia-entre-dano-emergente-y-lucro.html> publicado por Àlex Plana Paluzie septiembre 14, 2017. (Consulta: 16 de Marzo de 2018)

www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/dano-emergente-y-lucro-cesante/at.../file (Consulta: 17 de Marzo 2018)

<http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/danos/danos-continuados-y-danos-permanentes> (última consulta: 28 de Abril 2018)

<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/el-territorio-de-la-antijuridicidad-en-la> (última consulta: 28/03/2018)

NAVARRO GONZÁLEZ, C.; Paternidad dudosa: las acciones de filiación y el daño derivado de la ocultación dolosa. <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/familia/paternidad-dudosa-las-acciones-de-filiacion-y-el-dano-derivado-de-la-ocultacion-dolosa> (última consulta: 28 de Abril 2018).