

Indemnització del dany moral derivat d'ocultar la paternitat

Comentari a la SAP Barcelona, Sec. 18a., de 16.1.2007

Esther Farnós Amorós

Facultat de Dret
Universitat Pompeu Fabra

*Abstract**

La indemnitzabilitat del dany moral derivat del descobriment de la no paternitat suggereix qüestions interessants tant des del dret de família com del dret de danys. La idea encara estesa que el primer és un sistema tancat amb les seves pròpies regles, unida a la pròpia naturalesa del dany moral, dificulta l'establiment de criteris uniformes. Així ho posen de relleu les decisions judicials i la doctrina en el nostre i en altres ordenaments. En aquest context, la sentència de l'AP de Barcelona, Sec. 18a., de 16.1.2007 (RJC 1/2007) atorga una indemnització de 15.000 € al marit pel dany moral derivat de descobrir que no era el pare de la menor que durant quatre anys havia cregut filla seva. Aquest article relaciona la present sentència amb la de l'AP de València, Sec. 7a., de 2.11.2004 (Ar. 1994), que atorgà indemnització en un cas paregut, i amb dues sentències dictades per la Sala 1a. del TS l'any 1999, que rebutjaren l'acció de responsabilitat civil. L'article sosté que els remeis de la responsabilitat civil extracontractual són aplicables respecte dels danys derivats de l'ocultació de la paternitat dels fills que es creien propis. Així mateix, algunes de les quantitats abonades a favor del menor en concepte d'aliments s'haurien de restituir per la via de l'enriquiment injust.

Emotional distress compensation resulting from the discovery of false parenthood raises interesting questions from both family law and tort law. The still common idea that the former is a closed system with its own rules makes it difficult to set uniform criteria to handle the issue, as courts rulings and authors have shown in several systems. In this context, the Court of Appeals of Barcelona in January 16, 2007 (1/2007) awarded 15.000 € to a husband for emotional distress resulting from discovering that he was not the father of a minor he had believed to be her daughter during four years. This paper compares this decision to a previous one from the Court of Appeals of Valencia of November 2, 2004 (Ar. 1994), which also awarded compensation in a similar case. In addition, both judgments are contrasted with two 1999 ones of the Spanish Supreme Court, which did not grant revision in similar cases. This paper holds that tort law prescribes damages when lack of parenthood was hidden. Furthermore, some of the amounts paid as alimony under the assumption of parenthood should be recovered as unjust enrichment.

Title: Compensation for Emotional Distress Resulting from Hiding Paternity. Comment on the Judgment of the Court of Appeals of Barcelona of January 16, 2007

Keywords: Paternity; Emotional Distress; Interspousal Immunity; Torts Action; Domestic Relations; Family Law

* Treball realitzat durant l'estada d'investigació a la *Cornell Law School* - University of Cornell (Ithaca, NY), mitjançant una beca de Postgrau concedida per la "Fundación Caja Madrid" per a la realització de la tesi doctoral als EE.UU. (curs 2007/2008). El present treball s'emmarca en el projecte d'investigació de l'àrea de dret civil de la Universitat Pompeu Fabra "Autonomía e imperatividad en la ordenación de las relaciones familiares: los límites a la libertad contractual en la regulación de la convivencia y de sus crisis" (SEJ 2005-08663-C02), finançat pel Ministeri d'Educació i Ciència i dirigit pel Dr. Joan Egea Fernández. L'autora d'aquest treball agraeix a l'Albert Azagra Malo la seva col·laboració.

Sumari

1. La sentència de l'Audiència Provincial
 - 1.1. Antecedents del cas
 - 1.2. L'error sobre la paternitat com a vici no invalidant del consentiment
 - 1.3. Responsabilitat per ocultació negligent de la paternitat
 - 1.4. Determinació i valoració del dany moral
2. Cànon de responsabilitat i legitimació passiva
3. El dany moral en l'àmbit de les relacions familiars
 - 3.1. El dany moral derivat de l'ocultació de la paternitat
 - 3.2. Dany moral no indemnitzable
4. Possibilitat de restitució de les quantitats pagades en concepte d'aliments
5. Les accions de danys entre cònjuges en les jurisdiccions angloamericanes
 - 5.1. Evolució de la regla d'immunitat conjugal
 - 5.2. Aspectes processals: acció de danys i procediment de divorci
6. Conclusions
7. Decisions judicials
 - 7.1. Espanya
 - 7.2. Estats Units d'Amèrica
 - 7.3. Regne Unit
8. Bibliografia

1. La sentència de l'Audiència Provincial

1.1. Antecedents del cas

La sentència de l'AP de Barcelona, Sec. 18a., de 16.1.2007 (RJC 1/2007, MP: Ma. Dolors Viñas Maestre) atorga una indemnització de 15.000 € al marit pel dany moral derivat de descobrir que no era el pare de la menor que havia cregut filla seva durant quatre anys. Amb anterioritat, la sentència de l'AP de València, Sec. 7a., de 2.11.2004 (Ar. 1994), havia fixat una indemnització de 100.000 € pel dany moral patit per un marit que descobrí que no era pare de tres menors. Tots dos pronunciaments es desmarquen de dues sentències de la Sala 1a. del TS de l'any 1999, que rebutjaren l'acció de responsabilitat civil en base a diferents arguments.

De la sentència es desprèn que l'actor i la demandada van contreure matrimoni l'any 1982 en règim de separació de béns i van tenir una nena el març de 1999. Uns tres anys després la parella posà fi a la relació i per sentència del JPI de 17.9.2002 s'homologà el conveni regulador de la separació. L'actor deixà l'habitatge familiar i la demandada continuà la relació afectiva que havia mantingut durant el matrimoni amb un altre home. A finals de l'any 2003 una prova biològica, que no consta a instància de qui va ser sol·licitada, atribuï la paternitat de la menor al company de la mare.

El present litigi té origen en la demanda interposada per l'encara marit contra l'esposa un cop descoberta la no paternitat. En la demanda l'actor sol·licitava: i) la nul·litat del conveni regulador de liquidació dels béns comuns del matrimoni per error invalidant del seu consentiment; ii) una indemnització de danys morals (*no consta la quantia*). La sentència de primera instància admeté la demanda en la part relativa a la declaració de nul·litat del conveni regulador però denegà la indemnització de danys morals en no apreciar dol en la conducta de la demandada.

L'APB estima el recurs de la demandada, en el sentit de considerar vàlid el conveni regulador (FJ 1r.); i estima en part el de l'actor, a qui concedeix una indemnització de 15.000 € pel dany moral derivat de creure durant més de quatre anys que era el pare biològic de la menor (FJ 2n.).

A continuació es presenten les dues qüestions resoltes i s'analitza amb més detall la segona. La impugnació de la valoració dels béns comuns liquidats en conveni regulador, en tenir un abast més processal, es tracta només en allò que té relació amb la qüestió de fons que ara interessa.

1.2. L'error sobre la paternitat com a vici no invalidant del consentiment

El conveni regulador de la separació adjudicà a l'esposa l'habitatge familiar i al marit la segona residència, una plaça d'aparcament, un garatge i un vehicle. En la seva demanda, l'actor s'oposà al valor atribuït als habitatges i al mobiliari, i al·legà que el vehicle era de la seva exclusiva propietat, per la qual cosa no s'havia d'incloure en el patrimoni comú. Segons l'home, el perjudici

produït per la valoració dels béns liquidats va ser conseqüència de l'error respecte de la paternitat de la menor.

El JPI considerarà la pretensió de l'actor pel que fa a la valoració de l'habitatge familiar i declararà la nul·litat del conveni, fixant una quantitat (*no consta*) a abonar per la demandada.

L'AP revoca el pronunciament del JPI en aquest punt i estima el recurs d'apel·lació interposat per la demandada en base a dues raons que, en resum, són les següents:

1. L'error no afecta la valoració dels béns.
D'acord amb les disposicions generals del CC en matèria de contractes, perquè l'error invalidi el consentiment ha de recaure sobre la substància de la cosa objecte de contracte o sobre les condicions de la mateixa que haguessin portat a celebrar-lo (art. 1266, 1r. CC). En el cas, no s'ha acreditat que la liquidació s'hagués fet en un sentit diferent si l'actor hagués conegut la paternitat biològica de la menor en el moment de subscriure el conveni. En base en aquesta falsa creença, preferí liquidar l'habitatge familiar que acceptar l'alternativa consistent en l'atribució de l'ús del bé a l'esposa fins que la menor deixés d'estar sota la guarda materna, d'acord amb la regla de l'art. 83.2 a) CF. No obstant, si l'actor hagués conegut la veritat biològica en aquell moment, amb més raó hagués optat per la mateixa solució, atès que l'atribució de l'ús de l'habitatge a la mare no hagués tingut sentit en no ser la menor filla matrimonial. Finalment, posant per cas que l'error s'hagués pogut arribar a considerar invalidant, el punt següent també impediria, en últim terme, que la pretensió de l'actor prosperés.
2. La liquidació dels béns comuns va ser equitativa.
Pel que fa a la titularitat i valoració dels béns comuns, s'acredità que el vehicle era dels dos cònjuges, per molt que només estigués a nom del marit; en subscriure el conveni, ambdues parts sabien que la valoració de l'habitatge familiar no era la real i cap d'elles s'hi va oposar; i, finalment, cap part aportà prova pericial que demostrés que el valor de la segona residència era el real, com pretenia l'actor.

1.3. Responsabilitat per ocultació negligent de la paternitat

Fins el moment, la procedència d'indemnitzar els danys en casos similars al que ens ocupa només s'ha plantejat sense èxit davant del TS en dues ocasions (van ser objecte d'anàlisi amb motiu del comentari a la sentència de l'AP de València, Sec. 7a., de 2.11.2004, *InDret* 2/2005, pp. 1-11). A partir d'aquestes dues sentències la SAPB exclou, d'una banda, la responsabilitat contractual en aquest tipus de reclamacions i, de l'altra, exigeix dol en la conducta de la demandada per tal que procedeixi la responsabilitat extracontractual (FJ 2n.):

En la STS, 1a., de 22.7.1999 (Ar. 5721) el TS considerarà inaplicable l'art. 1902 CC al cas en no apreciar dol en la conducta de la demandada, que conegués la paternitat biològica del seu fill quan aquest ja tenia

vint-i-quatre anys (FJ 3). Per la seva banda, la STS, 1a., de 30.7.1999 (Ar. 5726), citada amb data errònia en la sentència que ara comentem, malgrat apreciar dol en la conducta de l'esposa (qui, a més d'impugnar la paternitat dels dos fills un any després de produir-se la separació matrimonial, va fer públics els fets al diari "El País") negà la procedència d'una indemnització en base a dos arguments: i) l'incompliment del deure de fidelitat de l'art. 68 CC només constitueix una causa de separació matrimonial -la de l'art. 82.1 CC en la seva redacció anterior a la Llei 15/2005, de 8 de juliol, per la qual es modifiquen el CC i la LEC en matèria de separació i divorci- que no genera cap efecte econòmic i és independent de la possible pensió compensatòria de l'art. 97 CC; ii) atorgar una indemnització per incompliment dels deures derivats del matrimoni, a l'empara de l'art. 1101 CC, provocaria una proliferació de demandes reclamant indemnització en aquests supòsits (FJ 4).

Exclosa la via contractual per la darrera de les sentències del TS, l'AP considera que només es pot atorgar indemnització per aplicació de l'art. 1902 CC sempre que, d'acord amb la STS de 22.7.1999 interpretada a contrari, s'apreciï dol en la conducta de la demandada. Per aquest motiu, l'AP passa a examinar dita conducta en funció del context social i les circumstàncies del cas. L'AP constata la manca de diligència en base a dos factors, el segon dels quals és particularment gràfic:

- Atès que la demandada havia tingut relacions sexuals amb el seu marit i amb el pare de la menor durant la concepció, havia de considerar la possibilitat que la nena fos filla del darrer. La sentència de l'AP reprova especialment la conducta de la demandada en tant que el 1999 la pràctica de la prova biològica era de fàcil accés.
- Durant els primers anys de matrimoni, l'esposa s'havia sotmès a un tractament de fertilitat sense aconseguir quedar embarassada, el que constituïa un nou indicatiu per creure que el marit no era el pare biològic de la menor.

Ara bé, desmarcant-se del requisit del dol exigint per la STS de 22.1.1999, l'AP qualifica com una negligència constitutiva de responsabilitat extracontractual l'omissió de l'adopció de mesures dirigides a determinar la paternitat biològica, en tant que la demandada "pudo y debió sospechar que podía ser otro el padre de la menor":

"(...) La culpa o negligencia a que se refiere el art. 1902 del Código Civil constituye un concepto más amplio que el dolo o intención maliciosa. Puede afirmarse que la señora... no tenía la certeza o no sabía que el padre de la menor no era su marido, pero pudo y debió sospechar que podía ser otro el padre de la menor, al haber mantenido relaciones sexuales con dos personas al tiempo de su concepción y debió adoptar las medidas tendentes a su veraz determinación. La omisión en la adopción de dichas medidas debe calificarse como un comportamiento o conducta negligente a los efectos de lo dispuesto en el art. 1902 del Código Civil, por lo que de su actuación u omisión se deriva responsabilidad extracontractual. (...)" (FJ 2n. *in fine*).

1.4. Determinació i valoració del dany moral

D'acord amb la jurisprudència del TS en matèria de dany moral, l'APB justifica la concessió d'una indemnització per la frustració d'un projecte familiar equiparable a "la pèrdua definitiva d'una persona estimada" (FJ 2n.):

“(…) En el caso de autos se evidencia, sin género de duda, el daño moral causado al demandante por no haberse determinado desde el principio la verdad biológica de la menor, pues durante más de cuatro años, desde que nació en marzo de 1999 hasta que conoció el resultado de las pruebas biológicas a finales de 2003, ha vivido con el convencimiento de que Ana era su hija, habiéndose creado los naturales y lógicos vínculos de afectividad entre ambos, y planteado un proyecto de vida familiar que incluía como es natural a la niña, vínculos y proyecto que 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 padecida. (...)”

La sentència justifica la indemnització en entendre que el dany causat a l'actor es troba comprès en la definició de dany moral que dóna la STS, 1a., 22.2.2001 (Ar. 2242), la qual considera que aquest dany també integra:

“(…) cualquier frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos, por naturaleza o sangre que se dan entre personas allegadas fundamentalmente por vínculos parentales, cuando a consecuencia del hecho ilícito, se ve uno de ellos privado temporal o definitivamente de la presencia o convivencia con la persona directamente dañada por dicho ilícito, (...)” (FJ 6è, ap. 2n.). En el cas, el TS fixà una indemnització de 180.000 € a favor de l'actor i la seva esposa per la paraplegia patida pel primer en caure al buit després de trencar-se la barana de la terrassa de l'hotel en què s'hostatjaven.

Per a la prova d'aquest dany esdevenen rellevants els documents aportats per l'actor que acrediten el tractament psiquiàtric que va haver de rebre. Davant la dificultat de valorar de forma objectiva el dany moral, seguint el criteri de l'esmentada STS, 1a., 22.2.2001 (amb cita, al seu torn, de la jurisprudència de la Sala 1a.), l'AP quantifica aquests danys en funció de les circumstàncies del cas. En particular, són dos els paràmetres que la porten a fixar una indemnització de 15.000 €: d'una banda, els quatre anys transcorreguts entre el naixement i el coneixement de la veritat biològica; de l'altra, l'entitat de la pèrdua patida per l'actor (FJ 3r. *in fine*).

2. Cànon de responsabilitat i legitimació passiva

Durant el procediment, la demandada mantingué que havia cregut que la menor era filla del seu marit i que només es va arribar a plantejar el contrari un cop produïda la separació, quan el pare biològic sospità de la seva paternitat pels trets físics de la nena. En aquests casos, davant la dificultat de provar que ha existit ocultació es pot presumir que l'esposa que manté simultàniament relacions sexuals amb un altre home i queda embarassada *sap o pot saber* que existeix més d'una paternitat possible. En conseqüència, ha de fer tot allò raonable per a determinar la paternitat biològica des del primer moment, evitant així, si és el cas, que es consideri pare el marit pel joc de la presumpció legal de paternitat matrimonial (arts. 89.1 CF i 116 CC).

La conducta capaç de causar un dany moral susceptible de ser indemnitzat s'ha de qualificar de quelcom més que “el comportamiento o conducta negligente” a què al·ludeix la SAPB (FJ 2n.). En ella concorre, com a mínim, culpa greu. El Tribunal Suprem alemany ha reconegut excepcionalment el dret a ser indemnitzat quan la infidelitat s'ha acompanyat d'una intenció

qualificada de causar dany, com quan s'ha enganyat al marit sobre la seva no paternitat. Aquest engany ha d'anar més enllà de la mera reticència (FERRER RIBA, 2003, p. 1858; 2001, p. 15). En el cas, és difícil qualificar la conducta de l'esposa de "mera reticència", ja que aquesta: i) durant els primers anys de matrimoni es sotmeté a tractaments de fertilitat per tenir un fill amb el seu marit; ii) va ser conscient de la possibilitat que el seu marit no fos el pare biològic de la menor durant quatre anys; iii) no actuà immediatament per tal que es realitzessin les proves biològiques que haguessin permès determinar la paternitat abans de persistir en l'ocultació.

En el supòsit concret, és dubtós que hagués prosperat una demanda solidària contra la mare i el pare biològic de la menor. La gravetat de la conducta que origina el dany es predica de l'ocultació de la paternitat biològica, per la qual cosa només en casos d'engany flagrant i planificat entre la mare i el pare biològic, com el del cas resolt per la SAPV, Sec. 7a., de 2.11.2004, es podrà provar que el tercer també era conscient de l'engany i que hi contribuí.

3. El dany moral en l'àmbit de les relacions familiars

3.1. El dany moral derivat de l'ocultació de la paternitat

En les circumstàncies del cas, un cop determinat que el descobriment de la no paternitat resulta indemnitzable, ens enfrontem al problema de valorar l'entitat del dany. A diferència del que succeeix en l'àmbit dels danys patrimonials, l'angoixa emocional o el patiment psíquic són de difícil valoració econòmica. Es tracta de danys que afecten a béns insubstituïbles o de difícil substitució, ja que no tenen mercat: *quin preu té, sinó, descobrir que el que has cregut fill teu no ho és?* Al respecte, prenem la definició de dany moral segons la qual aquest "suposa una reducció del nivell d'utilitat que ni els diners, ni béns intercanviables per diners poden compensar" (GÓMEZ POMAR, 2000, p. 1).

Potser per la dificultat de valoració econòmica d'aquest tipus de dany, la SAPB equipara el descobriment de la veritat biològica amb la pèrdua física dels fills. L'equiparació que fa la sentència dels danys patits pel descobriment de la veritat biològica amb la pèrdua física d'una persona estimada no és nova, ja que la SAPV, Sec. 7a., de 2.11.2004 assimilà el descobriment de la paternitat biològica respecte de tres menors a la mort dels mateixos:

"(...) genera un sufrimiento que puede ser superior al de la muerte de los menores al no poder elaborar el duelo como respuesta a la pérdida sufrida (...). (...) tras el examen de todos los informes, llegamos a la conclusión que ha existido una dolencia que ha sido muy grave, con riesgo para su vida, por sus ideas de suicidio, y todo generado, no por la separación matrimonial, sino por la pérdida de los que consideraba sus hijos, con una entidad semejante a la pérdida física de éstos. (...)" (FJ 10è.).

La vida d'un fill que no contribueix econòmicament al manteniment de la família per ser menor d'edat es troba entre els béns jurídics la pèrdua o deteriorament dels quals es pot compensar amb la indemnització per dany moral (GÓMEZ POMAR, 2000, p. 7), com es desprèn de la jurisprudència de la Sala 1a. del TS:

Entre d'altres sentències, la de 29.6.2000 (Ar. 5916) confirma la condemna a diversos professors d'un col·legi públic i al MEC al pagament de 60.000 € als pares d'una nena de quatre anys que va morir en caure en un pou durant una sortida escolar al camp; la de 30.12.1999 (Ar. 9496) concedeix una indemnització de 120.000 € als pares d'una nena de sis anys que morí com a conseqüència d'un fals diagnòstic que motivà que se la intervingués massa tard d'apendicitis, condemnant solidàriament els metges que l'atengueren, l'INSALUD i el Servei Valencià de Salut; la de 14.12.1996 (Ar. 8970) confirma la indemnització de 6.000 € als progenitors no custodis pel patiment psíquic "atenuat" provocat per la mort d'una filla de catorze anys en un accident de karts durant el desenvolupament d'una activitat organitzada per la Diputació Foral de Guipúscoa, sota la guarda de la qual es trobava la noia; la d'11.3.1996 (Ar. 2415) confirma la condemna a l'INSALUD al pagament d'una indemnització de 12.000 € als pares d'una menor que morí com a conseqüència de la pràctica tardana d'ecocardiograma després de rebre una coça d'una mula; la de 23.2.1996 (Ar. 1587) confirma la condemna a una monitora, a l'associació de colònies i a l'asseguradora al pagament d'una indemnització de 9.000 € als pares d'una noia de tretze anys que morí després de realitzar exercici físic com a conseqüència de les complicacions de la malaltia renal crònica que patia, respecte de la qual els pares no havien advertit els responsables de les colònies, motiu pel qual s'aprecia concurrència de culpes amb els responsables de les colònies; la de 5.10.1995 (Ar. 7020) confirma una indemnització de 3.000 € als pares i als dos germans majors d'edat d'un noi de quinze anys que morí ofegat en creuar un riu nedant mentre estava sota la guarda d'una granja-escola d'estiu, apreciand concurrència de culpes entre l'acció del noi i la conducta dels responsables de la institució, pertanyent a la Diputació Foral de Guipúscoa; la de 24.2.1993 (Ar. 1251) estima el recurs de la mare d'una nena de set anys que morí atropellada per un tren mentre jugava en una via fèrria urbana de fàcil accés, i condemna a RENFE i a l'Ajuntament del municipi al pagament d'una indemnització de 12.000 €, apreciand concurrència de culpes amb la conducta de la mare; i, finalment, la de 31.10.1985 (Ar. 5138) confirma la condemna a una empresa constructora i als seus treballadors al pagament de 4.500 € al pare d'un nen de vuit anys que morí sepultat per un despreniment de terres en accedir amb altres menors al recinte d'una obra tancada de forma incorrecta.

La indemnització de 15.000 € és una quantia generosa a la vista de les fixades per la Sala 1a. del TS pel dany moral derivat de la mort d'un fill menor d'edat, així com, en termes generals, pels danys psicològics:

A banda de la sentència que cita la SAPB, entre les de la Sala 1a. del TS que justifiquen la concessió d'una indemnització de danys morals en base al patiment psíquic destaquen les següents: la de 9.12.2003 (Ar. 8643), comentada en aquesta revista (GÓMEZ POMAR, 2004, pp. 1-13), fixa una indemnització de 12.000 € a favor d'uns pares i el seu fill pel dany moral derivat del descrèdit, intranquil·litat i desassossec provocat per l'expulsió irregular del col·legi privat on el noi estudiava BUP (FJ 2n.); la de 19.10.2000 (Ar. 7733) resol un cas en què un hospital no informà de la mort d'un pacient fins al cap de vuit dies, confirmant una indemnització de danys morals de 3.000 € a favor del fill del difunt, ja que malgrat que la relació del difunt amb la família es qualifica de "relaxada" existien certs vincles afectius (FJ 1r.); i la de 22.5.1995 (Ar. 4089), que confirma una indemnització de 10.500 € pel dany moral derivats de la inquietud patida per un pacient per l'assistència sanitària deficient en un primer centre, el que determinà que consultés un altre centre, on se li diagnosticà el càncer que patia i que requerí operació i tractament (FJ 2n.).

Mentre el TS mantingui els estàndards indemnitzatoris anteriors, les indemnitzacions que es puguin fixar pel dany moral derivats del descobriment de la no paternitat haurien de considerar que aquest descobriment, per molt dur que pugui ser, no és igual a la mort física d'un fill. Aquesta conclusió és especialment rellevant en aquells supòsits en què el demandant ha actuat com a pare durant un temps considerable i ha vist créixer els nens (és el cas, p.e., dels fets que

donen lloc a les quatre sentències dels tribunals espanyols citades en aquest treball). En aquest context, en fixar la indemnització els tribunals han de tenir especialment en compte que, malgrat el coneixement de la veritat, romandran certs vincles afectius entre el que havia estat el pare social i els menors.

La remissió a les circumstàncies del cas a què al·ludeix la SAPB per tal de valorar el dany moral evidencia que els tribunals troben aquí, a més de la dificultat intrínseca de quantificar aquest tipus de dany, una matèria respecte de la qual no existeix jurisprudència. L'anterior implica que de vegades es recorri a cànons com el rebuig social que suscita la conducta de la demandada per tal de fixar la indemnització. Així ho posen de relleu algunes sentències de la Sala 1a. del TS (GÓMEZ POMAR, 2004, pp. 10-11) i, en especial, les de protecció civil dels drets a l'honor, la intimitat i la pròpia imatge (LUNA YERGA/RAMOS GONZÁLEZ/ FARNÓS AMORÓS, 2003, pp. 2-4). En el cas, sense negar que el dany moral existeix i que ha de ser reparat, podem afirmar que ens trobem davant d'un nou supòsit en què la cobertura del dany moral també serveix per sancionar comportaments dolosos o greument negligents que la societat considera intolerables.

Per a la prova d'aquest dany esdevenen rellevants els documents que acrediten que a resultes del descobriment de la veritat, l'actor es va haver de sotmetre a tractament psiquiàtric. Aquí la partida del dany moral potser també indemnitza de forma subreptícia el dany patrimonial derivat d'aquest tractament, com s'argumentà en el seu moment respecte de la SAPV, Sec. 7a., de 2.11.2004 (FARNÓS AMORÓS, 2005, pp. 7 i 9-10).

3.2. Dany moral no indemnitzable

Si tenim en compte la naturalesa dels deures que genera el matrimoni i els casos resolts pels tribunals espanyols en la matèria, el possible dany moral derivat de la mera infidelitat no és indemnitzable. D'acord amb el CF i el CC:

Art. 1.1 CF:

"El matrimoni és una institució que dóna lloc a un vincle jurídic, que origina una comunitat de vida en la qual el marit i la muller han de respectar-se i ajudar-se mútuament i actuar en interès de la família. Els cònjuges han de guardar-se fidelitat i prestar-se socors mutu".

Art. 67 CC:

"Lós cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia".

Art. 68 CC:

"Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo".

Com hem comprovat, la STS, 1a., de 30.7.1999 deixà clar que els resultats danyosos que es puguin produir en l'àmbit del dret de família se sotmeten a les seves pròpies regles (FJ 4rt.). La ja comentada SAPV, Sec. 7a., de 2.11.2004, reiterà expressament aquesta tesi:

“(…) el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro no es susceptible de reparación económica alguna, (...) la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación es la de ruptura del vínculo conyugal. (...)” (FJ 7è.).

En un sentit paregut s’havia pronunciat la més explícita SAP Segòvia, Sec. única, de 30.9.2003 (Ar. 244422), en un cas en què l’esposa sol·licitava una indemnització de danys morals al marit per incompliment dels deures matrimonials de socors i ajuda i mutus:

La SAP resol el recurs d’apel·lació interposat per l’esposa contra la SJPI que decretà la separació del matrimoni i desestimà la pretensió indemnitzatòria pel patiment sofert com a conseqüència de l’abandonament de la llar familiar per part del marit: “(...) Pero ocurre 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 actual, (...) entre tales supuestos no se encuentran los daños causados por infidelidades, abandonos o ausencia de lealtad en las relaciones personales, amistosas o amorosas, pues 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 arts. 67 y 68 y son comprensivos no sólo de lo que materialmente pueda entenderse como alimentación, sino de otros cuidados de orden ético y afectivo, se trata de deberes incoercibles que no llevan aparejada sanción económica alguna -con excepción del deber de alimentos, que en este caso no fue incumplido- sino, como decimos, son contemplados exclusivamente como causa de separación, divorcio y desheredación.” (FJ 2n.).

Les tres sentències anteriors consideren el dret de família com un sistema capaç de resoldre els conflictes amb les seves pròpies regles, amb la qual neguen la indemnització pel dany moral derivat de la infracció d’algun dels deures matrimonials tipificats en el CF i el CC. Aquesta postura és coherent amb la tesi que advoca a favor de la no indemnització dels errors d’elecció, en base a la incoercibilitat dels deures jurídics que genera el matrimoni (SALVADOR CODERCH/RUIZ GARCÍA, 2000, pp. 45, 62-63).

En aquest punt, la doctrina espanyola no és uniforme:

- Un sector admet la indemnitzabilitat només en cas de danys morals autònoms dels derivats de la pròpia infidelitat, sempre que estiguin causats per una conducta d’especial gravetat o que els danys a drets de l’altre cònjuge siguin conceptualment separables del seu interès en el manteniment del matrimoni i en el respecte de les seves regles (NIETO ALONSO, 2007, p. 10; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, 2006, pp. 157 i ss., i 2004, p. 6; FERRER RIBA, 2003, pp. 1857-1858, i 2001, pp. 14-16). La indemnitzabilitat també es defensa amb arguments similars respecte dels cònjuges sempre que existeixi una intenció de causar dany, i de les unions estables si es constata un comportament culpable i que causa rebuig perquè lesiona drets fonamentals de l’altre convivent (RODRÍGUEZ GUITIÁN, 2003, pp. 65 i ss.). Amb una possible remissió als tipus penals, també es sosté l’aplicació de l’art. 1902

CC respecte de les conductes no tipificades pel dret de família que produeixen danys en aquest àmbit (ROCA TRIAS, 2000, pp. 537-540 i 561-562).

- Una postura escèptica en relació a l'extensió dels remeis de la responsabilitat civil a tots els àmbits de les relacions familiars argumenta que dita extensió pot conduir a una proliferació de demandes (LLAMAS POMBO, 2005, pp. 3-4).

- Finalment, un altre sector accepta la indemnitzabilitat del dany moral fins i tot en cas d'incompliment dels deures matrimonials tipificats (DE VERDA Y BEAMONTE, 2007, amb qui no compartim que la infidelitat, en ella mateixa i sempre que no sigui recíproca, pot donar lloc a un dany moral indemnitzable del qual respondran solidàriament el cònjuge infidel i el tercer que hi va mantenir relacions sabent o havent de saber que estava casat). En aquesta mateixa línia, es subratllen els comportaments oportunistes i els efectes imprevisibles que a llarg termini podria comportar la no indemnitzabilitat (CARRASCO PERERA, 2005, p. 1).

4. Possibilitat de restitució de les quantitats pagades en concepte d'aliments

Dels antecedents de la sentència no consta que l'actor sol·licités en la seva demanda altres danys diferents dels morals derivats del descobriment de la no paternitat.

Cap de les dues sentències del TS de 1999 fixà una indemnització en concepte d'aliments pagats pel que es creia pare, ni tan sols per un altre concepte. La de 22.7.1999, en aplicació de l'art. 1902 CC, deixà entreveure que la recuperació de les quantitats pagades en concepte d'aliments requereix una conducta dolosa per part de la demandada:

En aquella ocasió, l'exmarit sol·licitava en la seva demanda una indemnització de danys morals per import de 150.000 €, més 144.000 € per les quantitats pagades durant quinze anys en concepte d'aliments al que havia cregut fill seu. El TS desestimà el recurs de l'exmarit en no apreciar dol en la conducta de la demandada, qui havia descobert que un dels fills no era del matrimoni quan el noi ja tenia més de vint anys (FJ 4rt. i 6è.).

Les Audiències s'han pronunciat més extensament sobre aquesta qüestió:

La ja comentada SAPV, Sec. 7a., de 2.11.2004, amb remissió als arguments de la sentència d'instància i sense major argumentació, també considerà que els aliments dels fills no poden ser objecte de restitució, ni tan sols per part del company de la demandada (FJ 11è.). Cal dir que en el cas existia un document de reconeixement de deute signat per la demandada un cop produïda la separació i coneguts els resultats de les proves biològiques, el qual comprenia els aliments pagats pel marit.

La SAP de Toledo, Sec. 2a., de 7.11.2003 (Ar. 42414), seguí el criteri de la STS, 1a., de 22.7.1999. En el cas, l'actor sol·licitava per la via de l'enriquiment injust (art. 1895 CC) 6.000 € per les quantitats que havia lliurat mensualment des de la sentència de separació a l'esposa, en concepte d'aliments a la que creia filla i que, a través d'un procediment posterior d'impugnació de paternitat, resultà ser fruit d'una relació extramatrimonial. La SAP revocà la SJPI, desestimà la demanda i considerà inaplicable l'art. 1895 CC en aquest supòsit perquè el cobrament o la seva reclamació no s'havia produït sabent que s'havia perdut el dret a percebre aliments. Segons la sentència: "(...) el pago de alimentos entre los años acotados hasta la

sentencia que declara la no paternidad, lo es en cumplimiento de una sentencia que así lo determina; y esas cantidades (o la concreta de la menor cuestionada) lo es en cuanto que nacida dentro del matrimonio goza del carácter de hija de ambos, a quienes se les atribuye su paternidad; y alimentos sobre los que opera el principio jurídico de su no devolución en cuanto a las cantidades percibidas por las mismas. Existe, por tanto, una apariencia de probidad en el derecho al cobro y en la obligación de pago, que necesitaría para que operara contra quien los recibe (y no se olvida que lo son para consumir por quien aparentemente es hijo) que se acreditara la existencia de dolo en la reclamación o mala fe en los momentos periódicos de su percepción para que pudiera operar la posibilidad del reintegro a través del cobro de lo indebido, y los alimentos se deben hasta la sentencia que reconoce que la menor Paula no es hija del actor, en tanto que ni en el presente procedimiento, ni en los anteriores, ha podido ser acreditado que la Sra. S. de la R. actuó con ese dolo o esa mala fe, pues que no ha sido probado que, a priori, conociera que Paula no era hija del Sr. F. V., (...) el derecho a percibir alimentos nace de la relación padre-hijo, y la misma no se extingue hasta el momento que una resolución judicial así lo declare, momento a partir del cual cesará el derecho de alimentos, hasta entonces existente." (FJ 1r.).

En relació a les obligacions d'aliments ja meritades però no pagades derivades de resolucions dictades en procés de separació, la Interlocutòria de l'AP de Girona de 9.5.1997 (Ar. 1321) afirmà que aquest deure en cap cas pot subsistir fins la sentència que declara la no paternitat, ja que l'aplicació taxativa d'aquesta doctrina podria obligar a pagar un deute ja meritat a favor d'un menor que per sentència ferma posterior resulta no ser fill del recurrent (FJ Únic).

El principi general de no devolució de les quantitats pagades en concepte d'aliments als que es creien fills deriva de la pròpia regulació de la filiació que, en interès del menor, produeix els efectes establerts en el CF i en el CC des que regeix, encara que després es vegi substituïda per una altra de contradictòria. Aquesta regulació s'ha de posar en relació amb la configuració legal del dret-deure d'aliments, segons la qual reclamar la devolució d'allò pagat és contrari a la naturalesa dels mateixos:

Art. 102.1 CF:

"La determinació de la filiació no té cap mena d'efectes mentre n'hi ha una altra de contradictòria."

Art. 262 CF:

"Hom té dret als aliments des que es necessiten, però no es poden demanar els anteriors a la data de la reclamació judicial o extrajudicial, degudament provada."

Art. 112, 1r. CC:

"La filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquellos y la Ley no dispusiere lo contrario. (...)".

Art. 148, 1r. CC:

"La obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos; pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda. (...)".

En el context de les demandes de reclamació de paternitat resoltes per sentència ferma que declara la paternitat no matrimonial són nombroses les sentències que condemnen el pare biològic al pagament de les quantitats ja meritades en concepte d'aliments al fill, a partir de la data d'interposició de la demanda. A diferència dels casos que analitzem en aquest treball, en

aquests la retroactivitat en el pagament d'aquestes quantitats a partir de la data d'interposició de la demanda s'explica perquè no existeix cap filiació determinada legalment:

Entre d'altres, la SAP Madrid, Sec. 24a., d'11.5.2004 (Ar. 259384), estableix que "(...) dicha pensión alimenticia ha de producir sus efectos desde que se interpuso la demanda porque el art. 112-1 del CC establece que la filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la ley no dispusiere lo contrario. Por lo que una vez determinada la filiación, es compatible con la obligación impuesta en el art. 148 del CC que establece la obligación de abonar los alimentos desde la fecha de interposición de la demanda" (FJ 3r.); la SAP Santa Cruz de Tenerife, Sec. 3a., de 5.7.2002 (Ar. 243519), afirma: "(...) Por lo que respecta al momento a partir del cual ha de comenzar la obligación de pago de la prestación alimenticia, debe mantenerse la fecha fijada en la resolución apelada, en virtud de lo dispuesto en el artículo 148 del Código Civil, en relación con el párrafo primero del artículo 112 del mismo cuerpo legal (...), y con el párrafo segundo del artículo 128, que, reclamada una filiación (antes, por tanto, de su declaración), permite el establecimiento de alimentos provisionales a cargo del demandado. (...)" (FJ 2n., 1r.); finalment, la STSJ Navarra, Civil-Penal, de 3.6.1998 (Ar. 5501), sosté que "(...) dado que en el ordenamiento foral no existe norma específica al respecto, en lo que afecta a la fecha desde la que son abonables los alimentos, acudir a las del Código Civil como derecho supletorio, arts. 6 y 2.4 del mencionado Fuero Nuevo de Navarra, y entre ellas a las muy concretas de los arts. 112 (...) y 148, (...); lo que viene a significar una limitación al antes indicado efecto retroactivo. (...)" (FJ 7è.).

El principi de l'interès del menor determina que, per norma general, no procedeixi la devolució al que es creia pare de les quantitats ja pagades en concepte d'aliments. D'acord amb la jurisprudència que acabem de citar, en cas que existís una demanda de reclamació de paternitat contra el vertader progenitor biològic, el que es creia pare només podria sol·licitar la devolució retroactiva d'allò pagat des de la data d'interposició de la demanda de reclamació de paternitat, tot al·legant enriquiment injust o sense causa per part del pare biològic. El fonament legal d'aquesta acció es trobaria en el cobrament de l'indegut (art. 1895 CC). Ara bé, quan no existeix demanda prèvia de reclamació de paternitat, els principis de la filiació i la naturalesa de la pensió alimentària determinen que no es puguin recuperar els aliments pagats fins la sentència que declara la no paternitat.

En supòsits com el que és objecte d'aquest treball, on d'acord amb el que s'ha argumentat en l'apartat quart la conducta de la mare no es pot qualificar de merament negligent, la totalitat de les quantitats rebudes per aquesta a partir de la sentència ferma de separació o divorci en concepte de pensió alimentària al "fill" es podrien recuperar per la via de l'art. 1895 CC. Pel que fa a les quantitats anteriors a les fixades en la sentència de separació o divorci, si s'aconsegueix provar dol en la conducta del pare biològic, aquest hauria de retornar totes les quantitats que com a pare hagués hagut d'abonar per al manteniment del fill des del seu naixement. En canvi, les quantitats abonades prèviament a la sentència de separació o divorci no es poden reclamar a la mare, en tant que es pressuposa que durant el matrimoni ja ha contribuït a les despeses del manteniment familiar, a partir del que disposa l'art. 5.1 CF (art. 1362 o 1438 CC per als cònjuges als que resulti d'aplicació el CC, en funció de si el règim econòmic del matrimoni és la "sociedad de gananciales" o la separació de béns).

5. Les accions de danys entre cònjuges en les jurisdiccions angloamericanes

5.1. Evolució de la regla d'immunitat conjugal

En l'actualitat, la majoria de jurisdiccions dels Estats Units recorren al dret de danys, junt o després d'una acció de divorci, per compensar econòmicament un cònjuge pels danys causats per l'altre cònjuge durant el matrimoni. Això ha estat possible a partir de finals del segle XX gràcies a l'abolició de les immunitats tradicionals que, en base a diferents arguments com la intimitat familiar, la unitat del matrimoni i l'harmonia o pau familiar, prohibien la litigació per danys entre esposos (FERRER RIBA, 2003, p. 1840; i 2001, pp. 5-6). L'abolició de la regla de la immunitat en moltes jurisdiccions estatals ha permès aplicar les regles ordinàries del dret de danys, com a mínim, en els casos de lesions personals i, amb freqüència, en tot tipus de danys (DOBBS, 2001, p. 752). De forma excepcional, en alguns casos han prosperat les demandes per danys causats per conductes negligents (HARPER/JAMES/GRAY, 2006, pp. 667-668 i 671-673).

Històricament el *Common Law* reconeixia una sèrie d'accions de danys, qualificades com a "heart-balm actions", dirigides a regular les relacions afectives i, en particular, a evitar l'explotació sexual de la dona. En general, aquestes accions penalitzaven l'adulteri, l'incompliment de promesa matrimonial i la seducció respecte d'una filla menor d'edat. En l'actualitat, la majoria de jurisdiccions n'han limitat l'operativitat o les han abolides [així, p.e., Alabama, Colorado, Florida i Ohio ho van fer el 2005: Ala. Code §§6-5-330, 6-5-331 (2005); Colo. Rev. Stat. Ann. §13-20-202; Fla. Stat. Ann. §771.01; Ohio Rev. Code Ann. §2305.29, que abolí totes les accions excepte la de seducció respecte de menors de divuit anys o incapaces; i Michigan, Minnesota, Nova Jersey i Virgínia ho van fer el 2000: Mich. Comp. Laws Ann. §600.2901; Minn. Stat. Ann. §§553.01, 553.02; N.J. Rev. Stat. §2A:23-1; i Va. Code §8.01-220]. Ara bé, la litigació segueix oberta en alguns àmbits, com quan la infidelitat, més enllà de tot dany moral, deriva en un dany físic, p.e. en una malaltia de transmissió sexual (KRAUSE/MEYER, 2003, pp. 95-97). En aquests casos, els tribunals han atorgat indemnitzacions en base a les teories del frau, la negligència o el delictes de lesions: *Meany v. Meany* (1993 La. App. Lexis 3964) es basa en una acció de danys de l'exesposa contra l'exmarit per transmissió d'un herpes genital. Un jurat de Louisiana fixà una indemnització de \$125,000 a favor de l'exesposa, dels quals 7,500 corresponien al "dolor i patiment passat i futur", 50,000 a l'"angoixa mental passada i futura", 10,000 a la "incapacitat permanent", 50,000 a les "despeses mèdiques passades i futures" i 7,500 a la "pèrdua de vida social". El tribunal d'apel·lacions de Louisiana revocà la decisió en tant que l'actora no havia provat que el demandat coneixia o havia d'haver conegut que patia una malaltia de transmissió sexual.

Aquesta línia s'ha vist confirmada recentment per *John B. V. Sup. Court* (2006 Cal. Lexis 8011), en què el TS de Califòrnia autoritzà la pràctica de certes proves considerades rellevants perquè prosperés l'acció de danys interposada per l'esposa contra el marit per transmissió negligent del virus de la SIDA. Durant el procediment previ de divorci el marit se sotmeté a un test per tal de detectar la malaltia, amb resultat negatiu. No obstant, en contra de la decisió del tribunal d'apel·lació, el TS autoritzà únicament les proves relatives a la vida sexual del marit durant els sis mesos previs al test, ja que en aquest període la malaltia es podia no haver manifestat. En aquesta decisió, que encara no és definitiva perquè es troba pendent de prova, el TS concloué que l'acció de danys per transmissió negligent del virus de la SIDA no depèn només del coneixement actual que es pateix la malaltia, sinó que s'estén a totes aquelles situacions en què el demandat podia conèixer que la patia.

En l'actualitat l'atenció es centra en el dany moral entre esposos, en particular des que el TS de Texas, en el cas *Twyman v. Twyman* (1993 Tex. Lexis 59), confirmà una indemnització de \$15.000 a

favor d'una dona en procés de divorci pel greu dany moral que li havia causat la conducta sexual del seu marit:

Sheila Twyman interposà una acció de divorci contra William Twyman, a la que més tard sumà una reclamació d'indemnització pel dany moral derivat de la conducta del darrer per fer-la participar en pràctiques sadomasoquistes ("deviate sexual acts", en els termes de la sentència), sota l'amenaça de posar fi al matrimoni. El tribunal d'apel·lacions de Texas estimà la demanda de l'esposa, i el marit impugnà la decisió en base a la idea de la immunitat conjugal. El TS de Texas confirmà la sentència d'instància. En primer lloc, admeté les accions de danys en divorci i permeté recuperar en aquest procediment, com a mínim, els danys derivats de la conducta intolerable del marit (*outrageous marital conduct*). Segons el tribunal, per tal de donar lloc a una acció de danys aquesta conducta ha de ser tan greu que ha d'anar més enllà de tota decència possible en una societat civilitzada: "*only when the conduct has been so outrageous in character and so extreme in degree, as to go beyond all possible bounds of decency, as to be regarded as atrocious, and utterly intolerable in a civilized community*" (p. 621). Aquesta definició de danys també comprèn les situacions en què el causant provoca el dany moral de forma imprudent, és a dir, quan *coneix o pot conèixer* els possibles danys a tercers i, tot i això, de forma deliberada realitza o omet alguna conducta.

Què s'ha de considerar greu en l'àmbit de les relacions matrimonials s'ha de jutjar en base a la relació de les parts i als acords entre elles, com també en consideració als remeis disponibles en seu de divorci. En aquest sentit, el divorci sense culpa s'oposa sovint a qualsevol forma de responsabilitat per danys morals. A *McCulloh v. Drake* (2001 Wyo. Lexis 65), el TS de Wyoming explicità l'abast de la conducta inadmissible (*outrageous conduct*) justificativa d'una acció de danys en el si de les relacions matrimonials:

El cas té el seu origen en un procediment de divorci iniciat davant del tribunal del districte, en què a part de les mesures econòmiques, de distribució de la propietat i de guarda del fill comú, es discutien els presumptes danys causats pel marit a l'esposa durant la relació (agressions sexuals i lesions). En resoldre l'apel·lació, el TS de Wyoming autoritzà una acció de danys morals independent del procediment de divorci però exigí un estàndard elevat de gravetat de la conducta denunciada. En base a la definició de l'acció per causació intencional de danys morals presa del *Restatement (Second) of Torts* § 46 (1965), el Tribunal determinà que calia provar que la conducta del demandat va ser especialment greu, intencionada o imprudent en relació als danys causats, és a dir, una conducta tan greu i insuportable que excedeix els límits de tolerància en una societat civilitzada: "*The plaintiff must demonstrate that the defendant's conduct was so "extreme and outrageous" that it exceeded "all possible bounds of decency."*" (p. 25). El propi TS de Wyoming afirmà que la fixació d'un estàndard tan elevat per tal de valorar la gravetat de la conducta pretén evitar la proliferació de demandes sense fonament: "*In coming to this decision, we also identified the responsibility to guard against frivolous litigation. Only situations involving atrocious and outrageous behavior should be compensated; conduct which is merely insulting or offensive should not.*" S'exclouen, per tant, les accions de danys basades en insults, amenaces, molèsties i opressions de poca importància (p. 24). El tribunal considerarà que el presumpte delictes d'agressió sexual havia prescrit pel transcurs del límit temporal estatal de quatre anys, confirmà la distribució de la propietat matrimonial acordada pel tribunal inferior i remeté el cas a la determinació del jurat per a la resta de qüestions.

En el cas de la infidelitat, els tribunals han tendit a negar les reclamacions per danys morals contra el cònjuge infidel, com exemplifica *Poston v. Poston* (1993 N.C. App. Lexis 1256):

En aquest supòsit, l'esposa inicià l'acció de divorci i el marit interposà una doble contrademanda per incompliment de contracte matrimonial i per causació dolosa de danys morals derivats de la relació

extramatrimonial mantinguda per l'esposa durant els darrers onze anys de matrimoni. El tribunal d'apel·lacions de Carolina del Nord confirmà la decisió del tribunal inferior de desestimar la contrademanda del marit, en tant que els principis dels contractes comercials no s'apliquen en seu matrimonial i, en l'aspecte que ara interessa, perquè el marit no provà la conducta especialment greu i intolerable que es requereix perquè prosperi l'acció de danys en aquests casos: "(...) *Liability under this tort arises when the defendant's conduct exceeds all bounds usually tolerated by decent society and the conduct causes mental distress of a various serious kind.*" (p. 851).

En relació a les accions de danys morals per manca d'informació de l'esposa al marit sobre la paternitat del fill que es creia comú, la posició dels tribunals estatals no és uniforme. Mentre que alguns tribunals no s'hi han pronunciat, altres han considerat insuficient aquesta conducta per tal de justificar una eventual indemnització i, finalment, altres tribunals han atorgat una indemnització pel dany moral o han permès jutjar les accions de danys derivats de l'ocultació de la paternitat (DOBBS, 2007, pp. 283-285):

A *Day v. Heller* (2002 Neb. App. Lexis 28), l'exmarit interposà una acció de danys contra l'exesposa per frau i dany moral derivat de descobrir vuit anys després del divorci que no era el pare del nen nascut durant el matrimoni. L'exmarit també sol·licitava una indemnització per la via de l'enriquiment injust, a pagar pel pare biològic del menor (llavors ja el nou marit de la mare), per les pensions d'aliments pagades al menor a partir de la sentència de divorci. La mare al·legà que durant dotze anys havia cregut que el marit era el pare biològic del menor. El tribunal del districte desestimà l'acció de danys en base a què afectava una qüestió que s'havia d'haver discutit en el procés previ de divorci en què es declarà la paternitat del menor. En canvi, el tribunal d'apel·lacions de Nebraska revocà la sentència d'instància i admeté la demanda amb l'argument que comprenia una acció diferent, no dirigida a qüestionar la paternitat finalment establerta, tot i que deixà la qüestió pendent per una altra fase del procediment.

Per la seva banda, *Bailey v. Searles-Bailey* (2000 Ohio App. Lexis 3688) es basa en una acció de danys interposada per l'exmarit contra l'exesposa i el seu company per ocultar la paternitat biològica del menor que l'actor creia fill seu. El marit descobrí la veritat quan, després de no poder arribar a un acord amb la seva esposa sobre la custòdia del menor durant el procediment de divorci, aquesta sol·licità la prova de paternitat a l'exmarit i al pare biològic. El tribunal inferior admeté la demanda i fixà una indemnització de \$40,000 pels danys morals reparatoris i \$5,000 pels punitius (*compensatory and punitive damages*). El tribunal d'apel·lacions d'Ohio estimà el recurs dels demandats i revocà la decisió d'instància: malgrat que l'ocultació de la paternitat a l'exmarit es pot considerar una conducta incorrecta o insensible, aquesta conducta no assoleix el nivell de gravetat que es requereix per tal d'apreciar responsabilitat civil: "*Only the most extreme wrongs, which do gross violence to the norms of a civilized society, will rise to the level of outrageous conduct*" (p. 183).

A *Heiner v. Simpson* (2001 Utah Lexis 76), després de vint-i-cinc anys de matrimoni l'esposa comunicà al marit la relació afectiva que venia mantenint des d'abans de casar-se, així com que no era el pare de dos dels quatre fills del matrimoni. Un cop produït el divorci, l'exmarit interposà una acció contra l'exesposa per frau i pel dany moral causat pel descobriment de la no paternitat. El tribunal inferior desestimà la demanda i el TS d'Utah revocà la decisió i retornà el cas al tribunal inferior.

A *C.M. v. J.M.* (1999 N.J. Super. Lexis 126), un any després del divorci l'espòs demandà la parella de la seva esposa pel dany moral derivat de la dissolució del vincle econòmic i emocional que l'unia amb els dos fills que fins abans del divorci havia cregut seus. En la seva demanda, l'exmarit subratllà que la conducta que ell considerava "extrema i intolerable" no era la relació extramatrimonial, la qual era anterior al propi matrimoni, sinó el seu efecte últim en relació a la paternitat dels dos nens. El tribunal superior de Nova Jersey estimà la pretensió de l'exmarit i confirmà la procedència d'una acció de danys

morals. Segons el tribunal, tot i que en aquest tipus de casos no existeix un deure jurídic d'informar sobre la paternitat biològica, res impedeix que pugui prosperar una acció independent dirigida a compensar el dany moral patit per aquesta conducta, en especial quan ha implicat una actuació imprudent i deliberada dirigida a ocultar la paternitat dels menors durant tres anys. En el cas, l'abandonament per part del pare biològic de tota obligació respecte dels dos fills, mentre aquests eren educats i alimentats per l'exmarit, es considera "intolerable".

5.2. Aspectes processals: acció de danys i procediment de divorci

La indemnització de danys en el si del matrimoni reintrodueix alguns dels problemes que havia eliminat la figura del divorci sense culpa als EE.UU., al temps que planteja nous interrogants processals (KRAUSE/MEYER, 2003, pp. 269-271; DOBBS, 2001, pp. 759-760). Entre els estats que han permès a les parelles en procés de divorci exercir una acció de danys per conductes conjugals no hi ha acord per ara sobre si el judici de danys s'hauria d'unificar amb l'acció de divorci o hauria de tenir lloc de forma separada, ja sigui abans o després que el tribunal hagi decidit sobre les qüestions incidentals, com la distribució de la propietat o les pensions:

Així, p.e, entre els casos citats en l'apartat precedent, a *Twyman v. Twyman* (1993 Tex. Lexis 59) el TS de Texas afirmà que des de l'abolició de la regla de la immunitat entre esposos és possible exercir una acció de danys en un procediment de divorci en base al dol o la negligència, amb la qual cosa s'eviten dos judicis pels mateixos fets. En canvi, a *McCulloh v. Drake* (2001 Wyo. Lexis 65) el TS de Wyoming considerarà que l'acció de danys no es podia resoldre en el procediment de divorci per la diferent naturalesa de les dues accions i per tal d'evitar la "cosa jutjada".

Al Regne Unit, on es plantegen els mateixos interrogants, a partir del cas *Ganesmoorthy v. Ganesmoorthy* ([2003] 2 FCR 167 CA) es considera que un cònjuge no pot interposar una acció de danys contra un excònjuge si amb això pretén, en realitat, reconsiderar les mesures econòmiques assolides durant el divorci (HERRING, 2004, p. 64):

En el cas, després d'un matrimoni amb episodis de violència domèstica del marit contra l'esposa, s'inicià un procediment de divorci. Un cop acordades una sèrie de mesures econòmiques com a conseqüència d'aquest primer procediment l'esposa, sense advertir els seus advocats, s'assessorà legalment amb tercers per tal d'exercir una acció de danys contra el marit. El tribunal d'apel·lacions que havia de conèixer d'aquesta acció considerarà que l'esposa havia hagut d'informar de la seva intenció d'iniciar un segon procediment i que no fer-ho comportaria que el marit fos jutjat dos cops pels mateixos fets, per la qual cosa desestimà l'acció de danys.

En una qüestió preliminar, *P. v. B. (Paternity: Damages for Deceit)* ([2001] 1 FLR 1041), els tribunals anglesos es plantejaren si en l'àmbit de les relacions familiars caben les accions de danys per ocultació de la paternitat biològica. De la qüestió es desprèn, *obiter dicta*, que quan l'acció de danys ha estat instada pel marit després de descobrir la veritat biològica, aquesta no es pot formular independentment del procediment de divorci, ja que existiria un doble procediment, el que resulta inadmissible perquè constitueix cosa jutjada (par. 33). En aquest cas, si el marit descobrís l'engany després que el tribunal s'hagués pronunciat sobre el manteniment del menor, l'opció seria recórrer al procediment de família i sol·licitar una modificació o revocació de mesures:

A *P. v. B. (Paternity: Damages for Deceit)*, la parella inicià la convivència el 1984. L'any 1987 la dona quedà embarassada i assegurà al seu company que ell era el pare del fill que esperava, tot i que l'home s'havia sotmès a una vasectomia uns anys abans d'iniciar la relació. Al naixement, el menor va ser inscrit com a fill seu. La relació de parella es dissolgué definitivament el 1996 i l'any 2000 una ordre judicial del *Consett County Court* declarà la no paternitat de l'home. Aquest interposà una acció contra la dona pels danys derivats d'haver viscut durant anys creient que era el pare del menor, danys que valorà en £90.000, corresponents als pagaments fets per al manteniment de la dona i el menor des del naixement d'aquest fins a la dissolució de la relació. Per al cas que aquesta reclamació no prosperés, l'actor sol·licità una indemnització genèrica de danys morals, que la sentència resumeix en '*indignity, mental suffering/distress, humiliation*'. Durant el procediment davant de la *Queen's Bench Division*, la demandada al·legà que les accions de danys no procedien en aquest context, així com que no havia existit engany per la seva banda perquè en realitat creia que el seu company era el pare del menor. El Judge decidí en contra de la dona i declarà que procedia l'acció de danys derivats d'engany perquè la no paternitat ja s'havia establert en un procediment diferent. Tot i això, en tractar-se d'una qüestió preliminar, el tribunal no es pronuncià sobre la indemnitzabilitat dels danys.

6. Conclusions

La indemnització del dany moral causat pel descobriment de la no paternitat pretén reparar un dany autònom respecte del que pugui haver causat la infidelitat, que no és indemnitzable. En aquest tipus de casos, la responsabilitat civil resulta de l'ocultació de la paternitat biològica al marit.

La dificultat de valoració del dany moral en general, unida a l'absència de jurisprudència en aquests supòsits en particular, fa necessari establir criteris el més objectius possibles per als casos que es puguin plantejar. Els tribunals haurien de prescindir d'equiparar aquest dany amb la mort física d'un fill i haurien de valorar-lo en funció dels paràmetres que les Audiències ja han utilitzat (en especial, el nombre de fills respecte dels quals s'ha ocultat la paternitat i el temps que ha durat l'engany), més alguns d'altres, com la possibilitat de continuar mantenint certs vincles amb els fills, el que dependrà sobretot de l'edat que tenien quan l'actor descobrí que no n'era el pare.

La realitat evidencia que, sense ser habituals, aquest tipus de reclamacions no són del tot infreqüents, per la qual cosa cal unificar criteris. En un futur pronunciament, el TS hauria d'explicitar una indemnització orientativa que permetés valorar el dany moral en aquest grup específic de casos, a més de considerar la possibilitat de recuperació, per la via de l'enriquiment injust, d'algunes de les quantitats pagades en concepte d'aliments per qui es creia pare del menor beneficiari. Sense contradir els principis de la filiació ni la naturalesa pròpia del deure alimentari, aquesta acció seria procedent en aquells casos en què existeix engany o ocultació de la paternitat per part d'un o dels dos progenitors biològics.

7. Decisions judicials

7.1. Espanya

Tribunal Suprem

<i>Sala i Data</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrat Ponent</i>	<i>Parts</i>
1ª, 9.12.2003	Ar. 8643	Alfonso Villagómez Rodil	Ángel Daniel, Antonio y Sara c. Colegio Rías Altas Soc. Coop. Ltda.
1ª, 22.2.2001	Ar. 2242	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	David y Helen C. c. Botafoch, SA y Catalana Occidente, SA
1ª, 19.10.2000	Ar. 7733	Alfonso Villagómez Rodil	Jesús H.B. c. Servicio Valenciano de Salud
1ª, 29.6.2000	Ar. 5916	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	Gregorio A. M. y María Jesús B. M. c. Rubén José C. S. y otros monitores, aseguradora MUSINI y MEC
1ª, 30.12.1999	Ar. 9496	José Almagro Nosete	Pedro C. M. y Ana María C. L. c. INSALUD, Carmen y Ernesto
1ª, 30.7.1999	Ar. 5726	Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa	Alberto V.M. c. María de los Ángeles B.D.
1ª, 22.7.1999	Ar. 5721	Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa	Gustavo R.S. c. María Concepción C.S.
1ª, 14.12.1996	Ar. 8970	Eduardo Fernández-Cid de Temes	José y Elena c. Juan y Diputación Foral de Guipúzcoa
1ª, 11.3.1996	Ar. 2415	Alfonso Villagómez Rodil	Tomás y Agustina c. INSALUD
1ª, 23.2.1996	Ar. 1587	Pedro González Poveda	Amelia c. Colonias MIJAC, aseguradora UMA, Consell de la Joventut de Terrassa y monitores
1ª, 5.10.1995	Ar. 7020	Eduardo Fernández-Cid de Temes	Lupicinio y Carmen c. Diputación Foral de Guipúzcoa
1ª, 22.5.1995	Ar. 4089	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	José Miguel c. Hospital de Baracaldo y Servicio Vasco de Salud
1ª, 24.2.1993	Ar. 1251	Francisco Morales Morales	Rosario c. RENFE y Ayuntamientos de l'Hospitalet de Llobregat
1ª, 31.10.1985	Ar. 5138	Jaime De Castro García	Alberto c. "Promociones Álvarez", Eduardo y otros

Tribunals Superiors de Justícia

<i>Tribunal, Sala i Data</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrat Ponent</i>	<i>Parts</i>
TSJ Navarra, Civil-Penal, 3.6.1998	Ar. 5501	Jesús María Rodríguez Ferrero	Carmen G.A. y Laida A.G. c. Francisco Javier C.O.

Audiències Provincials

<i>Audiència, Secció i Data</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrat Ponent</i>	<i>Parts</i>
AP Barcelona, 18 ^a , 16.1.2007	<i>Revista Jurídica de Catalunya - Jurisprudència</i> , Vol. 1, 2007, pp. 328-333	M ^a Dolors Viñas Maestre	Marido c. esposa (<i>no constan identidades</i>)
AP Valencia, 7 ^a , 2.11.2004	AC 2004 \ 1994	María del Carmen Escrig Orenga	Carlos V.S. c. Adela R.C. y Francisco L.R.
AP Madrid, 24 ^a , 11.5.2004	JUR 2004 \ 259384	Miriam de la Fuente García	Emilia c. Juan Pedro
AP Toledo, 2 ^a , 7.11.2003	JUR 2003 \ 42414	Manuel Gutiérrez Sánchez-Caro	Rosa María S. de la R. c. Fausto F.V.
AP Segovia, única, 30.9.2003	JUR 2003 \ 244422	Pilar Álvarez Olalla	Soledad c. Juan Manuel
AP Santa Cruz de Tenerife, 3 ^a , 5.7.2002	JUR 2002 \ 243519	María Luisa Santos Sánchez	Eudelia L. H. y Marta L. H. c. Leandro P. G.
AP Girona, 2 ^a , 9.5.1997	AC 1997 \ 1321	Núria Bassols Muntada	Alberto R.C. c. Elena S.F.

7.2. Estats Units d'Amèrica

<i>Cas</i>	<i>Tribunal</i>	<i>Ref.</i>
<i>John B. v. Sup. Court</i>	Supreme Court of California	137 P.3d 153
<i>Day v. Heller</i>	Nebraska Court of Appeals	653 N.W. 2d. 475
<i>Heiner v. Simpson</i>	Supreme Court of Utah	23P. 3d 1041
<i>McCulloh v. Drake</i>	Supreme Court of Wyoming	24 P.3d 1162
<i>Bailey v. Searles-Bailey</i>	Court of Appeals of Ohio	746 N.E. 2d 1159
<i>C.M. v. J.M.</i>	Superior Court of New Jersey	726 A2d. 998
<i>Twyman v. Twyman</i>	Supreme Court of Texas	855 S.W.2d 619
<i>Meany v. Meany</i>	Court of Appeal of Louisiana	631 Sonido.2d 14
<i>Poston v. Poston</i>	Court of Appeals of North Carolina	436 S.E. 2d 854

7.3. Regne Unit

<i>Cas</i>	<i>Tribunal</i>	<i>Ref.</i>
<i>Ganesmoorthy v. Ganesmoorthy</i>	Court of Appeal (Civil Division)	[2003] 2 FCR 167 CA [2002] EWCA Civ 1748
<i>P. v. B.</i> (<i>Paternity: Damages for Deceit</i>)	Queen's Bench Division	[2001] 1 FLR 1041 [2001] FAM LAW 422

8. Bibliografia

Ángel CARRASCO PERERA, "El precio de la infidelidad", *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 666/2005 (Tribuna), (BIB 2005\806), p. 1.

José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE, "Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales", *La Ley* 21.3.2007, nº 6676 (www.laley.net).

Dan B. DOBBS (2007), *The Law of Torts* (Pocket Part), Vol. 1, Thomson- West, St. Paul, MN.

-- (2001), *The Law of Torts* (Practitioner Treatise Series), Vol. 1, West Group, St. Paul, MN.

Esther FARNÓS AMORÓS, "El preu d'amagar la paternitat. Comentari a la SAP València, Sec. 7a., 2.11.2004", *InDret* 2/2005 (www.indret.com), pp. 1-11.

Josep FERRER RIBA (2003), "Relaciones familiares y límites del derecho de daños", a *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Vol. II (Derecho Civil. Derecho de Obligaciones), Thomson-Civitas, Madrid. Versió preliminar publicada a *InDret* 4/2001 (www.indret.com), pp. 1-20.

Fernando GÓMEZ POMAR, "El cost d'educar: expulsar un alumne no és gratis. Comentari a la STS, 1a., 9.12.2003", *InDret* 2/2004 (www.indret.com), pp. 1-13.

--, "Dany moral". *InDret* 1/2000 (www.indret.com), pp. 1-15.

Fowler V. HARPER; Fleming JAMES, JR.; Oscar S. GRAY (2006), *Harper, James and Gray on Torts*, 3rd ed., Aspen, NY, Vol. 2.

J. HERRING (2004), *Family Law*, 2nd ed. Pearson-Longman, Essex.

Harry D. KRAUSE; David D. MEYER (2003), *Family Law in a Nutshell*, 4th ed., Thomson-West, St. Paul-MN.

Álvaro LUNA YERGA, Sonia RAMOS GONZÁLEZ i Esther FARNÓS AMORÓS, "Publicació de fotografies falses. Suplantació de la imatge d'una coneguda model. Comentari a la STS, 1a, 25.11.2002", *InDret* 2/2003 (www.indret.com), pp. 1-5.

María Teresa MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, "VI. Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales", a José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE (Coord.) *et al.* (2006), *Daños en el Derecho de familia*, Thomson-Aranzadi, Navarra, pp. 147-177.

-- “¿Cabe la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales?”, a *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales* núm. 15/2004, Aranzadi (BIB 2004\1732), Pamplona, pp. 1-23.

Antonia NIETO ALONSO (2006), “El principio de prevalencia de la verdad biológica en materia de filiación y su superación en el ámbito de la reproducción humana asistida”, a Ana DÍAZ MARTÍNEZ (Coord.), *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*, Madrid, Dykinson. Accessible també a través de: <http://www.vlex.com/vid/376287>, vLex, 2007, pp. 1-40.

Eugenio LLAMAS POMBO, “Editorial: Responsabilidad, infidelidad y paternidad”, *Revista Práctica de Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 25, març 2005, pp. 3-4. En l'apartat Tribuna del mateix número de la revista s'ofereix un resum comentat de la SAP València, Sec. 7a., de 2.11.2004: “Indemnización a favor de quien descubre que tres de los cuatro hijos nacidos durante su matrimonio eran fruto de una relación extraconyugal de su esposa”, pp. 25-34.

Encarna ROCA TRIAS (2000), “La responsabilidad civil en el derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil”, a MORENO MARTÍNEZ, J.A. (coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid.

Alma María RODRÍGUEZ GUTIÁN (2003), “Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho”, *Revista de Derecho Patrimonial*, N° 10, pp. 65-93.

Pablo SALVADOR CODERCH; Juan Antonio RUIZ GARCÍA (2000), “Comentari a l'art. 1 del Codi de Família”, a Joan EGEA FERNÁNDEZ; Josep FERRER RIBA (dir.), *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'Unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*. Tecnos, Madrid.