

Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad

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

Esther Farnós Amorós

Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

*Abstract**

La indemnizabilidad del daño moral derivado del descubrimiento de la no paternidad sugiere cuestiones interesantes tanto desde el derecho de familia como del derecho de daños. La idea aún extendida de que el primero es un sistema cerrado con sus propias reglas, unida a la propia naturaleza del daño moral, dificulta el establecimiento de criterios uniformes. Así lo evidencian las decisiones judiciales y la doctrina en nuestro y en otros ordenamientos. En este contexto, la sentencia de la AP de Barcelona, Sec. 18ª, de 16.1.2007 (RJC 1/2007) otorga una indemnización de 15.000 € al marido por el daño moral derivado de descubrir que no era el padre de la menor que durante cuatro años había creído hija suya. Este artículo relaciona la presente sentencia con la de la AP de Valencia, Sec. 7ª, de 2.11.2004 (Ar. 1994), que otorgó indemnización en un caso parecido, y con dos sentencias dictadas por la Sala 1ª del TS en 1999, las cuales rechazaron la acción de responsabilidad civil. El artículo sostiene que los remedios de la responsabilidad civil extracontractual son aplicables respecto de los daños derivados de la ocultación de la paternidad de los hijos que se creían propios. Asimismo, algunas de las cantidades abonadas a favor del menor en concepto de alimentos deberían ser restituidas por la vía del enriquecimiento injusto.

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

* Trabajo realizado durante la estancia de investigación en la *Cornell Law School* – University of Cornell (Ithaca, NY), mediante una beca de Postgrado concedida por la “Fundación Caja Madrid” para la realización de la tesis doctoral en EE.UU. (curso 2007/2008). El presente trabajo se emmarca en el proyecto de investigación del área de derecho 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), financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia y dirigido por el Dr. Joan Egea Fernández. La autora de este trabajo agradece a Albert Azagra Malo su colaboración.

Sumario

1. La sentencia de la Audiencia Provincial
 - 1.1. Antecedentes del caso
 - 1.2. El error sobre la paternidad como vicio no invalidante del consentimiento
 - 1.3. Responsabilidad por ocultación negligente de la paternidad
 - 1.4. Determinación y valoración del daño moral
2. Canon de responsabilidad y legitimación pasiva
3. El daño moral en el ámbito de las relaciones familiares
 - 3.1. El daño moral derivado de la ocultación de la paternidad
 - 3.2. Daño moral no indemnizable
4. Posibilidad de restitución de las cantidades pagadas en concepto de alimentos
5. Las acciones de daños entre cónyuges en las jurisdicciones angloamericanas
 - 5.1. Evolución de la regla de inmunidad conyugal
 - 5.2. Aspectos procesales: acción de daños y procedimiento de divorcio
6. Conclusiones
7. Decisiones judiciales
 - 7.1. España
 - 7.2. Estados Unidos de América
 - 7.3. Reino Unido
8. Bibliografía

1. La sentencia de la Audiencia Provincial

1.1. Antecedentes del caso

La sentencia de la AP de Barcelona, Sec. 18ª, de 16.1.2007 (RJC 1/2007, MP: Mª Dolors Viñas Maestre) otorga una indemnización de 15.000 € al marido por el daño moral derivado de descubrir que no era el padre de la menor que había creído hija suya durante cuatro años. Con anterioridad, la sentencia de la AP de Valencia, Sec. 7ª, de 2.11.2004 (Ar. 1994), había fijado una indemnización de 100.000 € por el daño moral sufrido por un marido que descubrió que no era el padre de tres menores. Ambos pronunciamientos se desmarcan de dos sentencias de la Sala 1ª del TS de 1999, que rechazaron la acción de responsabilidad civil con base en diferentes argumentos.

De la sentencia se desprende que el actor y la demandada contrajeron matrimonio en 1982 en régimen de separación de bienes y tuvieron una niña en marzo de 1999. Unos tres años después la pareja puso fin a la relación y por sentencia del JPI de 17.9.2002 se homologó el convenio regulador de la separación. El actor abandonó la vivienda familiar y la demandada continuó la relación afectiva que había mantenido durante el matrimonio con otro hombre. A finales del año 2003 una prueba biológica, que no consta a instancia de quien fue solicitada, atribuyó la paternidad de la menor al compañero de la madre.

El presente litigio se origina en la demanda interpuesta por el aún marido contra la esposa una vez descubierta la no paternidad. En la demanda el actor solicitaba: i) la nulidad del convenio regulador de liquidación de los bienes comunes del matrimonio por error invalidante de su consentimiento; ii) una indemnización de daños morales (*no consta la cuantía*). La sentencia de primera instancia admitió la demanda en la parte relativa a la declaración de nulidad del convenio regulador pero denegó la indemnización de daños morales al no apreciar dolo en la conducta de la demandada.

La APB estima el recurso de la demandada, en el sentido de considerar válido el convenio regulador (FJ 1º); y estima en parte el del actor, a quien concede una indemnización de 15.000 € por el daño moral derivado de creer durante más de cuatro años que era el padre biológico de la menor (FJ 2º).

A continuación se presentan las dos cuestiones discutidas, de las que se analiza con más detalle la segunda. La impugnación de la valoración de los bienes comunes liquidados en convenio regulador, al tener un alcance más procesal, se trata sólo en lo relacionado con la cuestión de fondo que ahora interesa.

1.2. El error sobre la paternidad como vicio no invalidante del consentimiento

El convenio regulador de la separación adjudicó a la esposa la vivienda familiar y al marido la segunda residencia, una plaza de aparcamiento, un garaje y un vehículo. En su demanda, el actor se

opuso al valor atribuido a las viviendas y al mobiliario, y alegó que el vehículo era de su exclusiva propiedad, por lo que debía incluirse en el patrimonio común. Según el hombre, el perjuicio producido por la valoración de los bienes liquidados fue consecuencia del error respecto de la paternidad de la menor.

El JPI consideró la pretensión del actor por lo que respecta a la valoración de la vivienda familiar y declaró la nulidad del convenio, fijando una cantidad (*no consta*) a abonar por la demandada.

La AP revoca el pronunciamiento del JPI en este punto y estima el recurso de apelación interpuesto por la demandada con base en dos razones que, en resumen, son las siguientes:

1. El error no afecta a la valoración de los bienes.
De acuerdo con las disposiciones generales del CC en materia de contratos, para que el error invalide el consentimiento tiene que recaer sobre la sustancia de la cosa objeto de contrato o sobre las condiciones de la misma que hubiesen llevado a celebrarlo (art. 1266, 1º CC). En el caso, no se ha acreditado que la liquidación se hubiese hecho en un sentido diferente de conocer el actor la paternidad biológica de la menor en el momento de suscribir el convenio. Con base en esta falsa creencia, prefirió liquidar la vivienda familiar que aceptar la alternativa consistente en la atribución del uso del bien a la esposa hasta que la menor dejase de estar bajo la guarda materna, de acuerdo con la regla del art. 83.2 a) CF. No obstante, de conocer el actor la verdad biológica, con más razón hubiera optado por la misma solución, dado que la atribución del uso de la vivienda a la madre no hubiese tenido sentido por no ser la menor hija del matrimonio. Finalmente, para el caso que el error se pudiera considerar invalidante, el punto siguiente también impediría que la pretensión del actor prosperara.
2. La liquidación de los bienes comunes fue equitativa.
Por lo que respecta a la titularidad y valoración de los bienes comunes, se acreditó que el vehículo era de los dos cónyuges, a pesar de estar únicamente a nombre del marido; al suscribir el convenio, ambas partes sabían que la valoración de la vivienda familiar no era la real y ninguna de ellas se opuso; y, finalmente, ninguna parte aportó prueba pericial que demostrase que el valor de la segunda residencia era el real, como pretendía el actor.

1.3. Responsabilidad por ocultación negligente de la paternidad

Hasta el momento, la procedencia de indemnizar los daños en casos similares al que nos ocupa sólo se ha planteado sin éxito ante el TS en dos ocasiones (fueron objeto de análisis con motivo del comentario a la sentencia de la AP de Valencia, Sec. 7ª, de 2.11.2004, *InDret* 2/2005, pp. 1-11). A partir

de estas dos sentencias la SAPB excluye, de una parte, la responsabilidad contractual en este tipo de reclamaciones y, de otra, exige dolo en la conducta de la demandada para que proceda la responsabilidad extracontractual (FJ 2º):

En la STS, 1ª, de 22.7.1999 (Ar. 5721) el TS consideró inaplicable el art. 1902 CC al caso por no apreciar dolo en la conducta de la demandada, que conoció la paternidad biológica de su hijo cuando éste ya tenía veinticuatro años (FJ 3º). Por su parte, la STS, 1ª, de 30.7.1999 (Ar. 5726), citada con fecha errónea en la sentencia que ahora comentamos, a pesar de apreciar dolo en la conducta de la esposa (quien, además de impugnar la paternidad de los dos hijos un año después de producirse la separación matrimonial, hizo públicos los hechos al diario “El País”) negó la procedencia de una indemnización con base en a dos argumentos: i) el incumplimiento del deber de fidelidad del art. 68 CC sólo constituye una causa de separación matrimonial -la del art. 82.1 CC en su redacción anterior a la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el CC y la LEC en materia de separación y divorcio- que no genera ningún efecto económico y es independiente de la posible pensión compensatoria del art. 97 CC; ii) otorgar una indemnización por incumplimiento de los deberes derivados del matrimonio, a le amparo del a art. 1101 CC, provocaría una proliferación de demandas reclamando indemnización en estos supuestos (FJ 4).

Excluida la vía contractual por la última de las sentencias del TS, la AP considera que sólo procede otorgar indemnización por aplicación del art. 1902 CC siempre que, de acuerdo con la STS de 22.7.1999 interpretada a contrario, se aprecie dolo en la conducta de la demandada. Por este motivo, la AP pasó a examinar dicha conducta en función del contexto social y las circunstancias del caso. La AP constata la falta de diligencia con base en dos factores, el segundo de los cuales es particularmente gráfico:

- Puesto que la demandada había tenido relaciones sexuales con su marido y con el padre de la menor durante la concepción, debía considerar la posibilidad que la niña fuera hija del último. La sentencia de la AP recrimina especialmente la conducta de la demandada dado que en 1999 la práctica de la prueba biológica era de fácil acceso.
- Durante los primeros años de matrimonio, la esposa se había sometido a un tratamiento de fertilidad sin lograr quedar embarazada, lo que constituía un nuevo indicio para creer que el marido no era el padre biológico de la menor.

No obstante, desmarcándose del requisito del dolo exigido por la STS de 22.1.1999, la AP califica de negligencia constitutiva de responsabilidad extracontractual la omisión de la adopción de medidas dirigidas a determinar la paternidad biológica, pues 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. Determinación y valoración del daño moral

De acuerdo con la jurisprudencia del TS en materia de daño moral, la APB justifica la concesión de una indemnización por la frustración de un proyecto familiar equiparable a “la pérdida definitiva de un ser querido” (FJ 2º):

“(…) 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 sentencia justifica la indemnización al entender que el daño causado al actor se encuentra comprendido en la definición de daño moral que da la STS, 1ª, 22.2.2001 (Ar. 2242), según la cual este daño también 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 6º, ap. 2º). En el caso, el TS fijó una indemnización de 180.000 € a favor del actor y su esposa por la paraplejía sufrida por el primero al caer al vacío tras romperse la barandilla de la terraza del hotel en el que se hospedaban.

Para la prueba de este daño resultan relevantes los documentos aportados por el actor, acreditativos del tratamiento psiquiátrico a que tuvo que someterse. Ante la dificultad de valorar de forma objetiva el daño moral, siguiendo el criterio de la mencionada STS, 1ª, 22.2.2001 (con cita, a su turno, de la jurisprudencia de la Sala 1ª), la AP cuantifica estos daños en función de las circunstancias del caso. En particular, son dos los parámetros que la conducen a fijar una indemnización de 15.000 €: de una parte, los cuatro años transcurridos entre el nacimiento y el conocimiento de la verdad biológica; de la otra, la entidad de la pérdida sufrida por el actor (FJ 3º *in fine*).

2. Canon de responsabilidad y legitimación pasiva

Durante el procedimiento, la demandada mantuvo que había creído que la menor era hija de su marido y que sólo se planteó lo contrario producida la separación, cuando el padre biológico

sospechó de su paternidad por los rasgos físicos de la niña. En estos casos, ante la dificultad de probar que ha existido ocultación puede presumirse que la esposa que mantiene simultáneamente relaciones sexuales con otro hombre y queda embarazada *sabe o puede saber* que existe más de una paternidad posible. En consecuencia, debe hacer todo lo razonable para determinar la paternidad biológica desde el primero momento, evitando así, si es el caso, que se considere padre al marido por el juego de la presunción legal de paternidad matrimonial (arts. 89.1 CF y 116 CC).

La conducta capaz de causar un daño moral susceptible de ser indemnizado debe calificarse de algo más que “el comportamiento o conducta negligente” a qué alude la SAPB (FJ 2º). En ella concurre, al menos, culpa grave. El Tribunal Supremo alemán ha reconocido excepcionalmente el derecho a ser indemnizado cuando la infidelidad se ha acompañado de una intención cualificada de causar daño, así como cuando se ha engañado al marido sobre su no paternidad. Este engaño debe ir más allá de la mera reticencia (FERRER RIBA, 2003, p. 1858; 2001, p. 16). En el caso, es difícil calificar la conducta de la esposa de “mera reticencia”, ya que ésta: i) durante los primeros años de matrimonio se sometió a tratamientos de fertilidad para tener un hijo con su marido; ii) fue consciente de la posibilidad que su marido no fuera el padre biológico de la menor durante cuatro años; iii) no actuó inmediatamente para que se realizaran las pruebas biológicas que hubiesen permitido determinar la paternidad antes de persistir en la ocultación.

En el supuesto concreto, es dudoso que hubiese prosperado una demanda solidaria contra la madre y el padre biológico de la menor. La gravedad de la conducta que origina el daño se predica de la ocultación de la paternidad biológica, por lo que sólo en casos de engaño flagrante y planificado entre la madre y el padre biológico, como el del caso resuelto por la SAPV, Sec. 7ª, de 2.11.2004, se podrá probar que el tercero también era consciente del engaño y que contribuyó al mismo.

3. El daño moral en el ámbito de las relaciones familiares

3.1. El daño moral derivado de la ocultación de la paternidad

En las circunstancias del caso, aceptado que el descubrimiento de la no paternidad resulta indemnizable, nos enfrentamos al problema de valorar la entidad del daño. A diferencia de lo que sucede en el ámbito de los daños patrimoniales, le angustia emocional o el sufrimiento psíquico son de difícil valoración económica. Se trata de daños que afectan a bienes insustituibles o de difícil sustitución, ya que no tienen mercado: *¿qué precio tiene, sino, descubrir que el que has creído hijo tuyo no lo es?* Al respecto, tomamos la definición de daño moral según la cual éste “implica una reducción del nivel de utilidad que ni el dinero, ni bienes intercambiables por éste, pueden llegar a compensar” (GÓMEZ POMAR, 2000, p. 1).

Quizá por la dificultad de valoración económica de este tipo de daño, la SAPB equipara el descubrimiento de la verdad biológica a la pérdida física de los hijos. La equiparación que hace la sentencia de los daños sufridos por el descubrimiento de la verdad biológica con la pérdida física de un ser querido no es nueva, ya que la SAPV, Sec. 7ª, de 2.11.2004 asimiló el descubrimiento de la paternidad biológica respecto de tres menores a la muerte de los mismos:

“(…) 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 10º).

La vida de un hijo que no contribuye económicamente al mantenimiento de la familia por ser menor de edad se encuentra entre los bienes jurídicos cuya pérdida o deterioro se puede compensar con la indemnización por daño moral (GÓMEZ POMAR, 2000, p. 7), como se desprende de la jurisprudencia de la Sala 1ª del TS:

Entre otras sentencias, la de 29.6.2000 (Ar. 5916) confirma la condena a varios profesores de un colegio público y al MEC al pago de 60.000 € a los padres de una niña de cuatro años que murió al caer a un pozo durante una salida escolar al campo; la de 30.12.1999 (Ar. 9496) concede una indemnización de 120.000 € a los padres de una niña de seis años que murió como consecuencia de un falso diagnóstico que motivó que se la interviniera demasiado tarde de apendicitis, condenando solidariamente los médicos que le atendieron, al INSALUD y al Servicio Valenciano de Salud; la de 14.12.1996 (Ar. 8970) confirma la indemnización de 6.000 € a los progenitores no custodios por el sufrimiento psíquico “atenuado” provocado por la muerte de una hija de catorce años en un accidente de karts durante el desarrollo de una actividad organizada por la Diputación Foral de Guipúzcoa, bajo cuya guarda se encontraba la chica; la de 11.3.1996 (Ar. 2415) confirma la condena al INSALUD al pago de una indemnización de 12.000 € a los padres de una menor que murió como consecuencia de la práctica tardía de ecocardiograma tras recibir una coz de una mula; la de 23.2.1996 (Ar. 1587) confirma la condena a una monitora, a la asociación de colonias y a la aseguradora al pago de una indemnización de 9.000 € a los padres de una chica de trece años que murió tras realizar ejercicio físico como consecuencia de las complicaciones de la enfermedad renal crónica que sufría, sobre la que los padres no habían advertido los responsables de las colonias, motivo por el que se aprecia concurrencia de culpas con los responsables de las colonias; la de 5.10.1995 (Ar. 7020) confirma una indemnización de 3.000 € a los padres y a los dos hermanos mayores de edad de un chico de quince años que murió ahogado al cruzar un río nadando mientras estaba bajo la guarda de una granja-escuela de verano, apreciando concurrencia de culpas entre la acción del chico y la conducta de los responsables de la institución, perteneciente a la Diputación Foral de Guipúzcoa; la de 24.2.1993 (Ar. 1251) estima el recurso de la madre de una niña de siete años que murió atropellada por un tren mientras jugaba en una vía férrea urbana de fácil acceso, y condena a RENFE y al Ayuntamiento del municipio al pago de una indemnización de 12.000 €, apreciando concurrencia de culpas con la conducta de la madre; y, finalmente, la de 31.10.1985 (Ar. 5138) confirma la condena a una empresa constructora y a sus trabajadores al pago de 4.500 € al padre de un niño de ocho años que falleció sepultado por un desprendimiento de tierras tras acceder con otros menores al recinto de una obra cerrada de forma incorrecta.

La indemnización de 15.000 € es una cuantía generosa a la vista de las fijadas por la Sala 1ª del TS por el daño moral derivado de la muerte de un hijo menor de edad, así como, en términos generales, por los daños psicológicos:

Aparte de la sentencia que cita la SAPB, entre las de la Sala 1ª del TS que justifican la concesión de una indemnización de daños morales con base en el sufrimiento psíquico destacan las siguientes: la de 9.12.2003 (Ar. 8643), comentada en esta revista (GÓMEZ POMAR, 2004, pp. 1-13), fija una indemnización de 12.000 € a favor de unos padres y su hijo por el daño moral derivado del descrédito, intranquilidad y desasosiego provocado por la expulsión irregular del colegio privado en que el chico estudiaba BUP (FJ 2º); la de 19.10.2000 (Ar. 7733) resuelve un caso en que un hospital no informó de la muerte de un paciente hasta al cabo de ocho días y confirma una indemnización de daños morales de 3.000 € a favor del hijo del difunto, ya que a pesar de que la relación del difunto con la familia se califica de “relajada” existían ciertos vínculos afectivos (FJ 1º); y la de 22.5.1995 (Ar. 4089), que confirma una indemnización de 10.500 € por el daño moral derivados de la inquietud sufrida por un paciente por la asistencia sanitaria deficiente en un primer centro, lo que determinó que consultara otro centro, donde se le diagnosticó el cáncer que padecía y que requirió operación y tratamiento (FJ 2º).

Mientras el TS mantenga los estándares indemnizatorios anteriores, las indemnizaciones que se puedan fijar por el daño moral derivado del descubrimiento de la no paternidad deberían considerar que este descubrimiento, por muy duro que pueda ser, no es igual a la muerte física de un hijo. Esta conclusión es especialmente relevante en aquellos supuestos en los que el demandante ha actuado como padre durante un tiempo considerable y ha visto crecer a los niños (es el caso, p.e., de los hechos que originan las cuatro sentencias de los tribunales españoles citadas en este trabajo). En este contexto, al fijar la indemnización los tribunales deben tener especialmente en cuenta que, pese al conocimiento de la verdad, permanecerán ciertos vínculos afectivos entre el que había sido el padre social y los menores.

La remisión a las circunstancias del caso a que alude la SAPB para valorar el daño moral evidencia que los tribunales encuentran aquí, además de la dificultad intrínseca de cuantificar este tipo de daño, una materia acerca de la cual no existe jurisprudencia. Lo anterior implica que en ocasiones se recurra a cánones como el rechazo social que suscita la conducta de la demandada para fijar la indemnización. Así lo evidencian algunas sentencias de la Sala 1ª del TS (GÓMEZ POMAR, 2004, pp. 10-11) y, en especial, las de protección civil de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen (LUNA YERGA/RAMOS GONZÁLEZ/ FARNÓS AMORÓS, 2003, pp. 2-4). En el caso, sin negar que el daño moral existe y que debe ser reparado, podemos afirmar que nos encontramos ante un nuevo supuesto en el que la cobertura del daño moral también sirve para sancionar comportamientos dolosos o gravemente negligentes que la sociedad considera intolerables.

Para la prueba de este daño devienen relevantes los documentos que acreditan que como consecuencia del descubrimiento de la verdad, el actor tuvo que someterse a tratamiento psiquiátrico. Aquí la partida del daño moral quizás también indemniza de forma subrepticia el daño

patrimonial derivado de este tratamiento, como se argumentó en su momento respecto de la SAPV, Sec. 7ª, de 2.11.2004 (FARNÓS AMORÓS, 2005, pp. 8-10).

3.2. Daño moral no indemnizable

Si tenemos en cuenta la naturaleza de los deberes que genera el matrimonio y los casos resueltos por los tribunales españoles en la materia, el posible daño moral derivado de la mera infidelidad no es indemnizable. De acuerdo con el CF y 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”.

Como hemos comprobado, la STS, 1ª, de 30.7.1999 aclaró que los resultados dañosos que se puedan producir en el ámbito del derecho de familia se someten a sus propias reglas (FJ 4º). La ya comentada SAPV, Sec. 7ª, de 2.11.2004, reiteró expresamente esta tesis:

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

En un sentido parecido se había pronunciado la más explícita SAP Segovia, Sec. única, de 30.9.2003 (Ar. 244422), en un caso en el que la esposa solicitaba una indemnización de daños morales al marido por incumplimiento de los deberes matrimoniales de socorro y ayuda mutuos:

La SAP resuelve el recurso de apelación interpuesto por la esposa contra la SJPI que decretó la separación del matrimonio y desestimó la pretensión indemnizatoria por el sufrimiento padecido como consecuencia del abandono del hogar familiar por parte del marido: “(...) 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 2º).

Las tres sentencias anteriores consideran el derecho de familia como un sistema capaz de resolver los conflictos con sus propias reglas, con lo cual niegan la indemnización por el daño moral derivado de la infracción de alguno de los deberes matrimoniales tipificados en el CF y el CC. Esta postura es coherente con la tesis que aboga a favor de la no indemnización de los errores de elección, con base en la incoercibilidad de los deberes jurídicos que genera el matrimonio (SALVADOR CODERCH/RUIZ GARCÍA, 2000, pp. 45, 62-63).

En este punto, la doctrina española no es uniforme:

- Un sector admite la indemnizabilidad sólo en caso de daños morales autónomos de los derivados de la propia infidelidad, siempre que estén causados por una conducta de especial gravedad o que los daños a derechos del otro cónyuge sean conceptualmente separables de su interés en el mantenimiento del matrimonio y en el respeto de sus reglas (NIETO ALONSO, 2007, p. 10; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, 2006, pp. 157 y ss., y 2004, p. 6; FERRER RIBA, 2003, pp. 1857-1858, y 2001, pp. 15-16). La indemnizabilidad también se defiende con argumentos similares respecto de los cónyuges siempre que exista una intención de causar daño, y de las uniones estables si se constata un comportamiento culpable y que causa rechazo porque lesiona derechos fundamentales del otro conviviente (RODRÍGUEZ GUTIÁN, 2003, pp. 65 y ss.). Con una posible remisión a los tipos penales, también se sostiene la aplicación del arte. 1902 CC respecto de las conductas no tipificadas por el derecho de familia que produzcan daños en este ámbito (ROCA TRIAS, 2000, pp. 537-540 y 561-562).

- Una postura escéptica en relación a la extensión de los remedios de la responsabilidad civil a todos los ámbitos de las relaciones familiares argumenta que tal extensión puede conducir a una proliferación de demandas (LLAMAS POMBO, 2005, pp. 3-4).

- Finalmente, otro sector acepta la indemnizabilidad del daño moral incluso en caso de incumplimiento de los deberes matrimoniales tipificados (DE VERDA Y BEAMONTE, 2007, con quien no compartimos que la infidelidad, en ella misma y siempre que no sea recíproca, puede dar lugar a un daño moral indemnizable del que responderán solidariamente el cónyuge infiel y el tercero que mantuvo relaciones sabiendo o debiendo saber que estaba casado). En esta misma línea, se subrayan los comportamientos oportunistas y los efectos imprevisibles que a largo plazo podría comportar la no indemnizabilidad (CARRASCO PERERA, 2005, p. 1).

4. Posibilidad de restitución de las cantidades pagadas en concepto de alimentos

De los antecedentes de la sentencia no consta que el actor solicitase en su demanda otros daños distintos de los morales derivados del descubrimiento de la no paternidad.

Ninguna de las dos sentencias del TS de 1999 fijó una indemnización en concepto de alimentos pagados por el que se creía padre, ni tan sólo por otro concepto. La de 22.7.1999, en aplicación del art. 1902 CC, insinuó que la recuperación de las cantidades pagadas en concepto de alimentos requiere una conducta dolosa por parte de la demandada:

En aquella ocasión, el exmarido solicitaba en su demanda una indemnización de daños morales por importe de 150.000 €, más 144.000 € por las cantidades pagadas durante quince años en concepto de alimentos al que había creído hijo suyo. El TS desestimó el recurso del exmarido al no apreciar dolo en la conducta de la demandada, quien había descubierto que uno de los hijos no era del matrimonio cuando el chico ya tenía más de veinte años (FJ 4rt. y 6è.).

Las Audiencias se han pronunciado más extensamente sobre esta cuestión:

La ya comentada SAPV, Sec. 7ª, de 2.11.2004, con remisión a los argumentos de la sentencia de instancia y sin mayor argumentación, también consideró que los alimentos de los hijos no pueden ser objeto de restitución, ni tan sólo por parte del compañero de la demandada (FJ 11º). Hay que decir que en el caso existía un documento de reconocimiento de deuda firmada por la demandada una vez producida la separación y conocidos los resultados de las pruebas biológicas, documento que comprendía los alimentos pagados por el marido.

La SAP de Toledo, Sec. 2ª, de 7.11.2003 (Ar. 42414), siguió el criterio de la STS, 1ª, de 22.7.1999. En el caso, el actor solicitaba por la vía del enriquecimiento injusto (art. 1895 CC) 6.000 € por las cantidades que había entregado mensualmente desde la sentencia de separación a la esposa, en concepto de alimentos a la que creía hija y que, a través de un procedimiento posterior de impugnación de paternidad, resultó ser fruto de una relación extramatrimonial. La SAP revocó la SJPI, desestimó la demanda y consideró inaplicable el arte. 1895 CC en este supuesto porque el cobro o su reclamación no se había producido a sabiendas de que se había perdido el derecho a percibir alimentos. Según la sentencia: "(...) 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 relación con las obligaciones de alimentos ya devengadas pero no pagadas derivadas de resoluciones dictadas en proceso de separación, el Auto de la AP de Girona de 9.5.1997 (Ar. 1321) afirmó que dicho deber en ningún caso puede subsistir hasta la sentencia que declara la no paternidad, ya que la aplicación taxativa de esta doctrina podría obligar a pagar una deuda ya devengada a favor de un menor que por sentencia firme posterior resulta no ser hijo del recurrente (FJ Único).

El principio general de no devolución de las cantidades pagadas en concepto de alimentos a los que se creían hijos deriva de la propia regulación de la filiación que, en interés del menor, produce los efectos establecidos en el CF y en el CC desde que rige, aunque después se vea sustituida por otra contradictoria. Esta regulación se relaciona con la configuración legal del derecho-deber de alimentos, según la cual reclamar la devolución de lo pagado es contrario a la naturaleza de los mismos:

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 contexto de las demandas de reclamación de paternidad resueltas por sentencia firme que declara la paternidad no matrimonial son muchas las sentencias que condenan al padre biológico al pago de las cantidades ya devengadas en concepto de alimentos al hijo, a partir de la fecha de interposición de la demanda. A diferencia de los casos analizados en este trabajo, en los primeros la retroactividad en el pago de estas cantidades a partir de la fecha de interposición de la demanda se explica porque no existe una filiación determinada legalmente:

Entre otras, la SAP Madrid, Sec. 24ª, de 11.5.2004 (Ar. 259384), establece 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 3º); 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 2º, 1º); finalmente, la STSJ Navarra, Civil-Penal, de 3.6.1998 (Ar. 5501), sostiene 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 7º).

El principio del interés del menor determina que, por norma general, no proceda la devolución al que se creía padre de las cantidades ya pagadas en concepto de alimentos. De acuerdo con la jurisprudencia que se acaba de citar, en caso que existiese una demanda de reclamación de paternidad contra el verdadero progenitor biológico, el que se creía padre sólo podría solicitar la devolución retroactiva de lo pagado desde la fecha de interposición de la demanda de reclamación de paternidad, alegando enriquecimiento injusto o sin causa por parte del padre biológico. El fundamento legal de esta acción se hallaría en el cobro del indebido (art. 1895 CC). Sin embargo, cuando no existe demanda previa de reclamación de paternidad, los principios de la filiación y la naturaleza de la pensión alimenticia determinan que no se puedan recuperar los alimentos pagados hasta la sentencia que declara la no paternidad.

En supuestos como el que es objeto de este trabajo, donde de acuerdo con lo argumentado en el apartado cuarto la conducta de la madre no puede calificarse de meramente negligente, la totalidad de las cantidades recibidas por ésta a partir de la sentencia firme de separación o divorcio en concepto de pensión alimenticia al “hijo” se podrían recuperar por la vía del art. 1895 CC. Por lo que respecta a las cantidades anteriores a las fijadas en la sentencia de separación o divorcio, si se logra probar dolo en la conducta del padre biológico, éste debería devolver todas las cantidades que como padre hubiese tenido que abonar para el mantenimiento del hijo desde su nacimiento. En cambio, las cantidades abonadas previamente a la sentencia de separación o divorcio no se pueden reclamar a la madre, dado que se presupone que durante el matrimonio ya ha contribuido a los gastos del mantenimiento familiar, a partir de lo que dispone el art. 5.1 CF (art. 1362 o 1438 CC para los cónyuges a los que resulte de aplicación el CC, en función de si el régimen económico del matrimonio es la “sociedad de gananciales” o la separación de bienes).

5. Las acciones de daños entre cónyuges en las jurisdicciones angloamericanas

5.1. Evolución de la regla de inmunidad conyugal

En la actualidad, la mayoría de jurisdicciones de los Estados Unidos recorren al derecho de daños, junto o tras una acción de divorcio, para compensar económicamente a un cónyuge por los daños causados por el otro cónyuge durante el matrimonio. Ello ha sido posible a partir de finales del siglo XX gracias a la abolición de las inmunidades tradicionales que, con base en diferentes argumentos como la intimidad familiar, la unidad del matrimonio y la armonía o paz familiar, prohibían la litigación por daños entre esposos (FERRER RIBA, 2003, p. 1840; y 2001, p. 5). La abolición de la regla de la inmunidad en muchas jurisdicciones estatales ha permitido aplicar las reglas ordinarias del derecho de daños, al menos en los casos de lesiones personales y, con frecuencia, en todo tipo de daños (DOBBS, 2001, p. 752). De forma excepcional, en algunos casos han prosperado las demandas por daños causados por conductas negligentes (HARPER/JAMES/GRAY, 2006, pp. 667-668 y 671-673).

Históricamente el *Common Law* reconocía una serie de acciones de daños, calificadas como “heart-balm actions”, dirigidas a regular las relaciones afectivas y, en particular, a evitar la explotación sexual de la mujer. En general, estas acciones penalizaban el adulterio, el incumplimiento de promesa matrimonial y la seducción respecto de una hija menor de edad. En la actualidad, la mayoría de jurisdicciones han limitado su operatividad o las han abolido [así, p.e., Alabama, Colorado, Florida y Ohio lo hicieron en 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 abolió todas las acciones excepto la de seducción respecto de menores de dieciocho años o incapaces; y Michigan, Minnesota, Nueva Jersey y Virginia lo hicieron en el 2000: Mich. Comp. Laws Ann. §600.2901; Minn. Stat. Ann. §§553.01, 553.02; N.J. Rev. Stat. §2A:23-1; y Va. Code §8.01-220]. No obstante, la litigación sigue abierta en algunos ámbitos, como cuando la infidelidad, más allá de todo daño moral, deriva en un daño físico, p.e. en una enfermedad de transmisión sexual (KRAUSE/MEYER, 2003, pp. 95-97). En estos casos, los tribunales han otorgado indemnizaciones con base en las teorías del fraude, la negligencia o el delito de lesiones: *Meany v. Meany* (1993 La. App. Lexis 3964) se basa en una acción de daños de la exesposa contra su exmarido por transmisión de un herpes genital. Un jurado de Louisiana fijó una indemnización de \$125,000 a favor de la exesposa, de los cuales 7,500 correspondían al “dolor y sufrimiento pasado y futuro”, 50,000 a la “angustia mental pasada y futura”, 10,000 a la “incapacidad permanente”, 50,000 a los “gastos médicos pasados y futuros” y 7,500 a la “pérdida de vida social”. El tribunal de apelaciones de Louisiana revocó la decisión en tanto que la actora no había probado que el demandado conocía o debía haber conocido que sufría una enfermedad de transmisión sexual.

Esta línea se ha visto confirmada recientemente por *John B. V. Sup. Court* (2006 Cal. Lexis 8011), en que el TS de California autorizó a la práctica de ciertas pruebas consideradas relevantes para que prosperara la acción de daños interpuesta por la esposa contra el marido por transmisión negligente del virus del SIDA. Durante el procedimiento previo de divorcio el marido se sometió a un test para detectar la enfermedad, con resultado negativo. No obstante, en contra de la decisión del tribunal de apelación, el TS autorizó únicamente las pruebas relativas a la vida sexual del marido durante los seis meses previos al test, ya que en este período la enfermedad podía no haberse manifestado. En esta decisión, que aún no es definitiva porque se encuentra pendiente de prueba, el TS concluyó que la acción de daños por transmisión negligente del

virus del SIDA no depende sólo del conocimiento actual que se sufre la enfermedad, sino que se extiende a todas aquellas situaciones en las que el demandado podía saber que la sufría.

En la actualidad la atención se centra en el daño moral entre esposos, en particular desde que el TS de Tejas, en el caso *Twyman v. Twyman* (1993 Tex. Lexis 59), confirmó una indemnización de \$15.000 a favor de una mujer en proceso de divorcio por el grave daño moral que le había causado la conducta sexual de su marido:

Sheila Twyman interpuso una acción de divorcio contra William Twyman, a la que más tarde añadió una reclamación de indemnización por el daño moral derivado de la conducta del último al hacerla participar en prácticas sadomasoquistas (“deviate sexual acts”, en los términos de la sentencia), bajo la amenaza de poner fin al matrimonio. El tribunal de apelaciones de Tejas estimó la demanda de la esposa, y el marido impugnó la decisión con base en la idea de la inmunidad conyugal. El TS de Tejas confirmó la sentencia de instancia. En primer lugar, admitió las acciones de daños en divorcio y permitió recuperar en este procedimiento, al menos, los daños derivados de la conducta intolerable del marido (*outrageous marital conduct*). Según el tribunal, para dar lugar a una acción de daños esta conducta tiene que ser tan grave que debe ir más allá de toda decencia posible en una sociedad civilizada: “*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). Esta definición de daños también comprende las situaciones en las que el causante provoca el daño moral de forma imprudente, es decir, cuando *conoce o puede conocer* los posibles daños a terceros y, a pesar de ello, de forma deliberada realiza u omite alguna conducta.

Qué se considera grave en el ámbito de las relaciones matrimoniales debe juzgarse con base en la relación de las partes y en los acuerdos entre ellas, así como en consideración a los remedios disponibles en sede de divorcio. En este sentido, el divorcio sin culpa se opone a menudo a cualquier forma de responsabilidad por daños morales. En *McCulloh v. Drake* (2001 Wyo. Lexis 65), el TS de Wyoming explicitó el alcance de la conducta inadmisible (*outrageous conduct*) justificativa de una acción de daños en el seno de las relaciones matrimoniales:

El caso tiene su origen en un procedimiento de divorcio iniciado ante el tribunal del distrito, en el cual además de las medidas económicas, de distribución de la propiedad y de guarda del hijo común, se discutían los presuntos daños causados por el marido a la esposa durante la relación (agresiones sexuales y lesiones). Al resolver la apelación, el TS de Wyoming autorizó una acción de daños morales independiente del procedimiento de divorcio pero exigió un estándar elevado de gravedad de la conducta denunciada. Según la definición de la acción por causación intencional de daños morales tomada del *Restatement (Second) of Torts* § 46 (1965), el Tribunal determinó que debía probarse que la conducta del demandado fue especialmente grave, intencionada o imprudente en relación a los daños causados, es decir, una conducta tan grave e insoportable que excede los límites de tolerancia en una sociedad civilizada: “*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 propio TS de Wyoming afirmó que la fijación de un estándar tan elevado para valorar la gravedad de la conducta pretende evitar la proliferación de demandas sin fundamento: “*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.*” Se excluyen, por tanto, las acciones de daños fundadas en insultos, amenazas, molestias y opresiones de poca importancia (p. 24). El tribunal consideró que el presunto delito de agresión sexual había prescrito por el transcurso del límite

temporal estatal de cuatro años, confirmó la distribución de la propiedad matrimonial acordada por el tribunal inferior y remitió el caso a la determinación del jurado para el resto de cuestiones.

En los supuestos de mera infidelidad, los tribunales han tendido a negar las reclamaciones por daños morales contra el cónyuge infiel, como ejemplifica *Poston v. Poston* (1993 N.C. App. Lexis 1256):

En este caso, la esposa inició la acción de divorcio y el marido interpuso una doble contrademanda por incumplimiento de contrato matrimonial y por causación dolosa de daños morales derivados de la relación extramatrimonial mantenida por le esposa durante los últimos once años de matrimonio. El tribunal de apelaciones de Carolina del Norte confirmó la decisión del tribunal inferior de desestimar la contrademanda del marido, puesto que los principios de los contratos comerciales no se aplican en sede matrimonial y, en el aspecto que ahora interesa, porque el marido no probó la conducta especialmente grave e intolerable que se requiere para que prospere la acción de daños en estos 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 relación con las acciones de daños morales por falta de información de la esposa al marido sobre la paternidad del hijo que se creía común, la posición de los tribunales estatales no es uniforme. Mientras que algunos tribunales no se han pronunciado, otros han considerado insuficiente esta conducta para justificar una eventual indemnización y, finalmente, otros tribunales han otorgado una indemnización por el daño moral o han permitido juzgar las acciones de daños derivados de la ocultación de la paternidad (DOBBS, 2007, pp. 283-285):

En *Day v. Heller* (2002 Neb. App. Lexis 28), el exmarido interpuso una acción de daños contra la exesposa por fraude y daño moral derivado de descubrir ocho años después del divorcio que no era el padre del niño nacido durante el matrimonio. El exmarido también solicitaba una indemnización por la vía del enriquecimiento injusto, a pagar por el padre biológico del menor (entonces ya el nuevo marido de la madre), por las pensiones de alimentos pagadas al menor a partir de la sentencia de divorcio. La madre alegó que durante doce años había creído que el marido era el padre biológico del menor. El tribunal del distrito desestimó la acción de daños con base en que afectaba a una cuestión que tenía que haberse discutido en el proceso previo de divorcio en que se declaró la paternidad del menor. En cambio, el tribunal de apelaciones de Nebraska revocó la sentencia de instancia y admitió la demanda con el argumento que comprendía una acción diferente, no dirigida a cuestionar la paternidad finalmente establecida, aunque dejó la cuestión pendiente para otra fase del procedimiento.

Por su parte, *Bailey v. Searles-Bailey* (2000 Ohio App. Lexis 3688) se basa en una acción de daños interpuesta por el exmarido contra la exesposa y el compañero de ésta por ocultar la paternidad biológica del menor que el actor creía hijo suyo. El marido descubrió la verdad cuando, después de no poder llegar a un acuerdo con su esposa sobre la custodia del menor durante el procedimiento de divorcio, ésta solicitó la prueba de paternidad al exmarido y al padre biológico. El tribunal inferior admitió la demanda y fijó una indemnización de \$40,000 por los daños morales reparativos y \$5,000 por los punitivos (*compensatory and punitive damages*). El tribunal de apelaciones de Ohio estimó el recurso de los demandados y revocó la decisión de instancia: a pesar de que la ocultación de la paternidad al exmarido se puede considerar una conducta incorrecta o insensible, la misma no alcanza el nivel de gravedad que se requiere para apreciar

responsabilidad 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).

En *Heiner v. Simpson* (2001 Utah Lexis 76), tras veinticinco años de matrimonio la esposa comunicó al marido la relación afectiva que venía manteniendo desde antes de casarse, así como que no era el padre de dos de los cuatro hijos del matrimonio. Producido el divorcio, el exmarido interpuso una acción contra la exesposa por fraude y por el daño moral causado por el descubrimiento de la no paternidad. El tribunal inferior desestimó la demanda y el TS de Utah revocó la decisión y devolvió el caso al tribunal inferior.

En *C.M. v. J.M.* (1999 N.J. Super. Lexis 126), un año después del divorcio el esposo demandó a la pareja de su esposa por el daño moral derivado de la disolución del vínculo económico y emocional que le unía con los dos hijos que hasta antes del divorcio había creído suyos. En su demanda, el exmarido subrayó que la conducta que él consideraba “extrema e intolerable” no era la relación extramatrimonial, que era anterior al propio matrimonio, sino su efecto último en relación a la paternidad de los dos niños. El tribunal superior de Nueva Jersey estimó la pretensión del exmarido y confirmó la procedencia de una acción de daños morales. Según el tribunal, aunque en este tipo de casos no existe un deber jurídico de informar sobre la paternidad biológica, nada impide que pueda prosperar una acción independiente dirigida a compensar el daño moral sufrido por esta conducta, en especial cuando ha implicado una actuación imprudente y deliberada dirigida a ocultar la paternidad de los menores durante tres años. En el caso, el abandono por parte del padre biológico de toda obligación respecto de los dos hijos, mientras estos eran educados y alimentados por el exmarido, se considera “intolerable”.

5.2. Aspectos procesales: acción de daños y procedimiento de divorcio

La indemnización de daños en el seno del matrimonio reintroduce algunos de los problemas que había eliminado la figura del divorcio sin culpa en los EE.UU., al tiempo que plantea nuevos interrogantes procesales (KRAUSE/MEYER, 2003, pp. 269-271; DOBBS, 2001, pp. 759-760). Entre los estados que han permitido a las parejas en proceso de divorcio ejercer una acción de daños por conductas conyugales no hay acuerdo por ahora sobre si el juicio de daños debería unificarse con la acción de divorcio o debería tener lugar de forma separada, ya sea antes o después de que el tribunal haya decidido sobre las cuestiones incidentales, como la distribución de la propiedad o las pensiones:

Así, p.e, entre los casos citados en el apartado precedente, en *Twyman v. Twyman* (1993 Tex. Lexis 59) el TS de Tejas afirmó que desde la abolición de la regla de la inmunidad entre esposos es posible ejercer una acción de daños en un procedimiento de divorcio con base en el dolo o la negligencia, con lo que se evitan dos juicios por los mismos hechos. En cambio, en *McCulloh v. Drake* (2001 Wyo. Lexis 65) el TS de Wyoming consideró que la acción de daños no se podía resolver en el procedimiento de divorcio por la diferente naturaleza de las dos acciones y para evitar la “cosa juzgada”.

En Reino Unido, donde se plantean los mismos interrogantes, a partir del caso *Ganesmoorthy v. Ganesmoorthy* ([2003] 2 FCR 167 CA) se considera que un cónyuge no puede interponer una acción de daños contra un excónyuge si con ello pretende, en realidad, reconsiderar las medidas económicas alcanzadas durante el divorcio (HERRING, 2004, p. 64):

En el caso, después de un matrimonio con episodios de violencia doméstica del marido contra la esposa, se inició un procedimiento de divorcio. Acordadas una serie de medidas económicas como consecuencia del primer procedimiento, la esposa, sin advertir a sus abogados, se asesoró legalmente con terceros para ejercer una acción de daños contra el marido. El tribunal de apelaciones que debía conocer de esta acción consideró que la esposa tenía que informar de su intención de iniciar un segundo procedimiento y que no hacerlo comportaría que el marido fuera juzgado dos veces por los mismos hechos, por lo que desestimó la acción de daños.

En una cuestión preliminar, *P. v. B. (Paternity: Damages for Deceit)* ([2001] 1 FLR 1041), los tribunales ingleses se plantearon si en el ámbito de las relaciones familiares caben las acciones de daños por ocultación de la paternidad biológica. De la cuestión se desprende, *obiter dicta*, que cuando la acción de daños ha sido instada por el marido después de descubrir la verdad biológica, ésta no se puede formular independientemente del procedimiento de divorcio, ya que existiría un doble procedimiento, lo que resulta inadmisibles porque constituye cosa juzgada (par. 33). En tal caso, si el marido descubriese el engaño después de que el tribunal se hubiera pronunciado sobre el mantenimiento del menor, la opción sería recorrer al procedimiento de familia y solicitar una modificación o revocación de medidas:

En *P. v. B. (Paternity: Damages for Deceit)*, la pareja inició la convivencia en 1984. En 1987 la mujer quedó embarazada y aseguró a su compañero que él era el padre del hijo que esperaba, aunque el hombre se había sometido a una vasectomía unos años antes de iniciar la relación. Al nacimiento, el menor fue inscrito como hijo suyo. La relación de pareja se disolvió definitivamente en 1996 y en el 2000 una orden judicial del *Consett County Court* declaró la no paternidad del hombre. Éste interpuso una acción contra la mujer por los daños derivados de haber vivido durante años creyendo ser el padre del menor, daños que valoró en £90.000, correspondientes a los pagos hechos para el mantenimiento de la mujer y el menor desde el nacimiento de éste hasta la disolución de la relación. Para el caso que esta reclamación no prosperase, el actor solicitó una indemnización genérica de daños morales, que la sentencia resume en '*indignity, mental suffering/distress, humiliation*'. Durante el procedimiento ante la *Queen's Bench Division*, la demandada alegó que las acciones de daños no procedían en este contexto, así como que no había existido engaño por su parte porque en realidad creía que su compañero era el padre del menor. El Juez decidió en contra de la mujer y declaró que procedía la acción de daños derivados de engaño porque la no paternidad ya se había establecido en un procedimiento diferente. A pesar de ello, al tratarse de una cuestión preliminar, el tribunal no se pronunció sobre la indemnizabilidad de los daños.

6. Conclusiones

La indemnización del daño moral causado por el descubrimiento de la no paternidad pretende reparar un daño autónomo del que pueda haber causado la infidelidad, que no es indemnizable. En este tipo de casos, la responsabilidad civil resulta de la ocultación de la paternidad biológica al marido.

La dificultad de valoración del daño moral en general, unida a la ausencia de jurisprudencia en estos supuestos en particular, hace necesario establecer criterios lo más objetivos posibles para los casos que se puedan plantear. Los tribunales deberían prescindir de equiparar este daño con la muerte física de un hijo y deberían valorarlo en función de los parámetros que las Audiencias ya han utilizado (en especial, el número de hijos respecto de los cuales se ha ocultado la paternidad y el tiempo que ha durado el engaño), más otros, como la posibilidad de continuar manteniendo ciertos vínculos con los hijos, lo que dependerá sobre todo de la edad que tenían cuando el actor descubrió que no era el padre.

La realidad evidencia que, sin ser habituales, este tipo de reclamaciones no son del todo infrecuentes, por lo que es necesario unificar criterios. En un futuro pronunciamiento, el TS debería explicitar una indemnización orientativa que permitiese valorar el daño moral en este grupo específico de casos, además de considerar la posibilidad de recuperar, por la vía del enriquecimiento injusto, algunas de las cantidades pagadas en concepto de alimentos por quien se creía padre del menor beneficiario. Sin contradecir los principios de la filiación ni la naturaleza propia del deber alimentario, esta acción sería procedente en aquellos casos en que existe engaño u ocultación de la paternidad por parte de uno o de los dos progenitores biológicos.

7. Decisiones judiciales

7.1. España

Tribunal Supremo

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</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

Tribunales Superiores de Justicia

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
TSJ Navarra, Civil-Penal, 3.6.1998	Ar. 1998/5501	Jesús María Rodríguez Ferrero	Carmen G.A. y Laida A.G. c. Francisco Javier C.O.

Audiencias Provinciales

<i>Audiencia, Sección y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
AP Barcelona, 18ª, 16.1.2007	<i>Revista Jurídica de Catalunya - Jurisprudencia</i> , Vol. 1, 2007, pp. 328-333	Mª Dolors Viñas Maestre	Marido c. esposa (<i>no constan identidades</i>)
AP Valencia, 7ª, 2.11.2004	AC 2004 \1994	María del Carmen Escrig Orenga	Carlos V.S. c. Adela R.C. y Francisco L.R.
AP Madrid, 24ª, 11.5.2004	JUR 2004 \259384	Miriam de la Fuente García	Emilia c. Juan Pedro
AP Toledo, 2ª, 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, 3ª, 5.7.2002	JUR 2002 \243519	María Luisa Santos Sánchez	Eudelia L. H. y Marta L. H. c. Leandro P. G.
AP Girona, 2ª, 9.5.1997	AC 1997 \1321	Núria Bassols Muntada	Alberto R.C. c. Elena S.F.

7.2. Estados Unidos de América

<i>Caso</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. Reino Unido

<i>Caso</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. Bibliografía

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 precio de ocultar la paternidad. Comentario a la SAP Valencia, Sec. 7ª, 2.11.2004", *InDret* 2/2005 (www.indret.com), pp. 1-12.

Josep FERRER RIBA (2003), "Relaciones familiares y límites del derecho de daños", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Vol. II (Derecho Civil. Derecho de Obligaciones), Thomson-Civitas, Madrid. Versión preliminar publicada en *InDret* 4/2001 (www.indret.com), pp. 1-21.

Fernando GÓMEZ POMAR, "El coste de educar: expulsar a un alumne no es gratis. Comentario a la STS, 1ª, 9.12.2003", *InDret* 2/2004 (www.indret.com), pp. 1-13.

--, "Daño moral". *InDret* 1/2000 (www.indret.com), pp. 1-14.

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 y Esther FARNÓS AMORÓS, "Publicación de fotografías falsas. Suplantación de la imagen de una conocida modelo. Comentario 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", en 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?", en *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", en Ana DÍAZ MARTÍNEZ (Coord.), *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*, Madrid, Dykinson. Accesible también 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, marzo 2005, pp. 3-4. En el apartado Tribuna del mismo número de la revista se ofrece un resumen comentado de la SAP Valencia, 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", en 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", en 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.