

1.6. Responsabilidad civil

Responsabilidad civil y consecuencias derivadas del incumplimiento del deber de fidelidad: una cuestión de género

*Civil liability and consequences for breaching
the duty of fidelity: a gender issue*

por

ESTHER MONTERROSO CASADO

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad a Distancia de Madrid

RESUMEN: La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018 establece que el incumplimiento del deber de fidelidad no genera una indemnización por daño moral, incluso en el supuesto de ocultación de la paternidad biológica de un hijo nacido como matrimonial.

Este artículo analiza, en primer lugar, la evolución de las consecuencias jurídicas del deber de fidelidad desde el derecho romano a la actualidad, que pone de relieve la desigualdad de trato sufrida por la mujer. A continuación, se examina la regulación legal y se realiza un exhaustivo análisis de las resoluciones dictadas en este ámbito, que, tal y como señala el Tribunal Supremo, constituye una de las cuestiones más complejas y de mayor actualidad en la doctrina científica y en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, con posiciones contrarias. El trabajo concluye con el análisis del criterio de dicha sentencia, que supone un paso hacia la no discriminación de la mujer en el incumplimiento de los deberes conyugales.

ABSTRACT: *The recent Supreme Court decision of November 13th, 2018, establishes that the breach of the duty of fidelity does not generate compensation for moral damages, even in case of concealment by the wife of the biological paternity of a child born during the marriage.*

This article analyses, in the first place, the evolution of the legal consequences of the duty of fidelity from Roman law to the present, and the unequal treatment suffered by women. Next, legal regulation is examined and an exhaustive analysis of the judgements issued is carried out. As stated by the Supreme Court, it is one of the most complex and topical issues in the scientific doctrine and in the jurisprudence of the Provincial Courts, with opposing positions. This work concludes with the analysis of the criterion of this sentence, which is a step towards the non-discrimination of women in the breach of conjugal duties.

PALABRAS CLAVES: Responsabilidad civil. Daño moral. Deber de fidelidad.

KEY WORDS: Civil liability. Moral damage. Duty of fidelity.

SUMARIO: I. LA EVOLUCIÓN DEL DEBER DE FIDELIDAD EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO: I.1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS: DEL ADULTERIO AL DIVORCIO. I.2. EL DEBER DE FIDELIDAD EN LA REGULACIÓN ACTUAL. I.3. LA CUESTIÓN DE GÉNERO EN EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE FIDELIDAD.—II. LAS CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE FIDELIDAD: II.1. LA DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN DAÑO MORAL. II.2. LA DETERMINACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LA OCULTACIÓN DE LA PATERNIDAD BIOLÓGICA.—III. EL CRITERIO DE LA SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2018, UN PASO HACIA LA NO DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER EN EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES CONYUGALES: III.1. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. III.2. DENEGACIÓN DE LA DEVOLUCIÓN DE ALIMENTOS ABONADOS CON MOTIVO DE LA PRESUNCIÓN DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL. III.3. DESESTIMACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS MORALES DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE FIDELIDAD.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. LA EVOLUCIÓN DEL DEBER DE FIDELIDAD EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

El incumplimiento del deber de fidelidad ha sufrido importantes reformas legales, fruto de las transformaciones sociales y de la voluntad de los poderes públicos de regular la institución del matrimonio. Las consecuencias de cometer adulterio han variado según el periodo histórico, y la ideología y los valores de la época y el lugar. La muerte, el repudio, la infamia, el exilio, la reclusión en conventos, las sanciones económicas, el derecho a contraer nuevo matrimonio, la pena de adulterio o la acción de divorcio han sido utilizados como remedios jurídicos ante esa situación, que afecta a la estabilidad de la institución matrimonial y puede llegar a crear una incertidumbre acerca de la paternidad de los hijos nacidos. Antes de situarnos en el análisis de la reciente sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de noviembre de 2018 sobre esta materia, resulta preciso repasar la desigualdad de trato sufrida por la mujer y la evolución de las consecuencias jurídicas del deber de fidelidad para comprender mejor esta resolución que, prescindiendo de los juicios de moralidad, podría marcar un significativo avance en este ámbito.

I.1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS: DEL ADULTERIO AL DIVORCIO

La doble moral de exigencia respecto a la infidelidad de hombres y mujeres se ha venido estableciendo conforme a los estándares clásicos. Como veremos a continuación, ya desde el Derecho romano se observan estas marcadas diferencias de género. El adulterio de una esposa siempre era considerado un delito, que podía acarrear la muerte, pero el adulterio de un esposo solo lo era si se cometía con mujeres casadas, sin que se permitiera directamente a la mujer su procesamiento (solo podía actuar su padre, su familia o una tercera persona) y sin que se contemplara como castigo la muerte del marido infiel¹. El divorcio (repudio) fue, de hecho, la solución proporcionada a la esposa para estos casos.

Desde su fundación, Roma se esforzó por proyectar una imagen perfecta del matrimonio y la familia romana, siendo el rol de la mujer el de una *materfamilia*. Romulo promulgó una ley para impedir el adulterio², imponiendo graves consecuencias que podían conllevar la pena de muerte de la esposa infiel, además de la pérdida de la dote, en un juicio ante un consejo de familia. De este modo, si el marido encontraba a su mujer en *flagrante delicto* en su propia casa tenía la facultad de acabar con su vida³. Ahora bien, debía matar tanto a su amante como a su esposa porque si solo mataba a uno de ellos podía ser acusado de asesinato⁴. Sin embargo, la infidelidad del marido no se castigaba ni con la muerte ni económicamente⁵.

A finales de la República romana se produce una decadencia de la autoridad moral y del comportamiento sobrio, como consecuencia de las largas ausencias de los hombres durante las guerras, que ocasionó que las mujeres del periodo clásico abandonaran el recato tradicional, el pudor y la castidad⁶. Como consecuencia, Augusto se propuso restaurar las buenas costumbres de la República, promulgando leyes que preservaran la moralidad y la castidad de la mujer casada, restaurando la imagen ideal de los hogares de la antigua familia romana. La *Lex Iulia de adulterii coercendis* fue expresamente aprobada para castigar las relaciones extramatrimoniales, fundamentalmente, de las mujeres⁷. El adulterio se consideró como un crimen, una ofensa pública, que comportaba, además de la tacha de infamia, un castigo económico que suponía la pérdida de la mitad de la dote, de un tercio del patrimonio y el exilio⁸. El esposo no podía matar legalmente a la esposa, debía divorciarse de ella y luego enjuiciarla por adulterio⁹.

La regulación del adulterio en la *Lex Iulia* fue enmendada en el año 9 dC. por la *Lex Papia Poppaea*, pero posteriormente cayó en desuso. Revivió con su reincorporación al *Sententiae de Julius Paulus Prudentissimus* (Paulus) y, más tarde, en el *Corpus iuris civilis*¹⁰. Las llamadas leyes julias sobreviven hasta el siglo VI, en la recopilación de Justiniano en el Digesto. Con Justiniano, la mujer condenada por ese delito debía ser recluida en un monasterio, permitiéndosele al marido su perdón en un plazo de dos años, lo que posibilitaba el regreso al domicilio conyugal, ya que de lo contrario su encierro lo era a perpetuidad¹¹.

También en esta época las normas establecían una desigualdad de trato que favorecía al marido infiel. La mujer no podía acusar a su marido de este delito ante el juez seglar (Código 9,9, 1, que posteriormente recogerá las Partidas) porque se consideraba que esta no sufría daño ni deshonra por el adulterio de su marido. Sin embargo, se consideraba que el marido sí sufría dicha deshonra, susceptible de daño «si quedaba embarazada, pues un extraño vendría a suceder en sus bienes, afectando con ello, además, a los intereses de los hijos legítimos»¹².

El delito de adulterio aparecerá recogido en el Código de las Siete Partidas (Libro 7, Título 17), redactado en la Corona de Castilla durante el reinado de Alfonso X. Las Partidas desarrollaron las consecuencias legales del delito de adulterio, distinguiendo si era sorprendida en flagrante delito o no. En el primer caso, podía dar muerte en ese momento al cónyuge y a su amante, salvo que fuera un hombre al que se debiera reverencia, poniendo en ese caso a ambos en manos de la justicia; en el segundo caso, tras la condena, la mujer era azotada y recluida en un monasterio, y para el cómplice se decretaba la pena de muerte¹³.

En el Fuero Juzgo y el Fuero Real se posibilitaba que el marido ofendido pudiera acabar con la vida de la adúltera y su cómplice, sin que se le pudiera imponer una pena por ello, salvo que matara solo a uno de ellos, ya que a ambos se les debía dar el mismo trato¹⁴. Además, conllevaba la pérdida de sus bienes como respuesta a los daños y perjuicios derivados de su conducta. Tanto en el

Fuero Real como en Partidas se establecía que la mujer podía defenderse de tal acusación, probando que su marido también había cometido adulterio; si bien, esta posibilidad fue derogada por el Ordenamiento de Alcalá, recogiéndose en el Ordenamiento de Montalvo y, posteriormente, en la Nueva Recopilación y la Novísima¹⁵.

La pena establecida para la adúltera en el Fuero Real fue reproducida en la Nueva Recopilación (8,20,1) y en la Novísima (12,28,1), aunque con el paso del tiempo los maridos fueron conformándose con la reclusión de su mujer¹⁶. Un auto de Felipe V (Nueva Recopilación 8,8, auto 2) prohibió los duelos y satisfacciones privadas y el Código penal de 1822 acabó con el derecho de matar a los adúlteros, imponiendo como pena la pérdida de los derechos en la sociedad conyugal y la reclusión por el tiempo que considerara el marido, con un máximo de diez años¹⁷.

El Código penal de 1870 recogió la llamada venganza de la sangre como pena por adulterio, que facultaba al cabeza de familia (padres y maridos) a matar a sus hijas y esposas en caso de infidelidad manifiesta, así como a los hombres que yacían con ellas, fuera del matrimonio. Este privilegio, eliminado con el paso del tiempo¹⁸, fue reintroducido por la dictadura de Franco, tras la Guerra Civil, como medida de defensa de la familia, y no fue eliminado del Código penal hasta 1963, es decir, hace tan solo 56 años.

La figura del marido como cabeza de familia y la necesidad de la licencia marital permanecieron en nuestro ordenamiento hasta la reforma del Código civil llevada a cabo por la Ley 14/1975, de 2 de mayo. Tras ella, la capacidad de obrar de la mujer no queda restringida por el matrimonio (art. 62) ni se atribuye al marido su representación, a menos que se le confiera voluntariamente (art. 63). De este modo, el deber de obediencia de la esposa hacia el marido se sustituyó por un deber de mutuo respeto, quedando despenalizado el adulterio mediante la Ley 22/1978, de 26 de mayo¹⁹. También se derogó el artículo 84, número 7, del Código civil que afirmaba que no podían contraer matrimonio los adúlteros que hubiesen sido condenados por sentencia firme.

Finalmente, con la introducción del divorcio, mediante la Ley 30/1981, de 7 de julio, amparándose en el artículo 32 de la Constitución, se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil. La infidelidad pasó a constituir una causa de separación, hasta que la Ley 15/2005, de 8 de julio, suprimió el principio de causalidad en la separación y el divorcio. Es decir, tras la referida reforma, al no ser preciso manifestar causa alguna, carece de eficacia la alegación de este incumplimiento en un proceso matrimonial. De este modo, la fidelidad se engloba entre los deberes legales de los cónyuges como criterio moral y social, sin que lleve aparejada consecuencias legales.

I.2. EL DEBER DE FIDELIDAD EN LA REGULACIÓN ACTUAL

Los artículos 67 y 68 de Código civil enumeran una serie de deberes y derechos entre los cónyuges de diversa índole, que determinan la relación patrimonial y personal en el matrimonio: el respeto, la ayuda y el socorro mutuo; la obligación de actuar en interés de la familia; la fidelidad; y la obligación de convivencia. Los cónyuges, por lo tanto, están obligados a guardarse fidelidad.

El ordenamiento proporciona a los cónyuges la facultad de divorcio o de separación como medida ante la desaparición de la *affectio maritalis*. En el primer caso, el divorcio como solución definitiva a la crisis matrimonial con la ruptura del vínculo y, en el segundo caso, el de la separación, con la ruptura

de la convivencia conyugal, pero permaneciendo la unión matrimonial. Esta posibilidad ha sido objeto de diversos cambios, fundamentalmente a través de dos importantes reformas. La llevada a cabo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, que admite la disolución del matrimonio por divorcio sin necesidad de la previa separación de hecho o judicial. Y la acontecida por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que ha introducido una nueva redacción de los artículos 82 (que diez años antes la Ley 15/2005 había dejado sin contenido) y 87, permitiendo la separación y el divorcio extrajudicial. De este modo, se permite a los letrados de la Administración de Justicia decretar y a los notarios otorgar mediante escritura pública la separación o el divorcio en supuestos de mutuo acuerdo en los que no existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores.

I.3. LA CUESTIÓN DE GÉNERO EN EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE FIDELIDAD

El análisis de la evolución del deber de fidelidad durante el matrimonio y la regulación de las consecuencias de su incumplimiento revelan el interés de los poderes públicos para salvaguardar la institución del matrimonio²⁰. La posición del marido infiel ha sido inmensamente más favorable que la de la esposa desleal, ya que el papel social de estas, en una sociedad dominada por los hombres, ha venido justificando esos dobles estándares. Todo ello a pesar de dos factores: el origen de la infidelidad, que radica en numerosas causas, y que pueden ser imputables a uno, otro o ambos miembros de la pareja (conflictos interpersonales y familiares, crisis matrimoniales, violencia, trastornos psicológicos, etc.); y la elevada cifra de personas que han sido infieles a sus parejas, especialmente en el caso de los hombres (más propensos al reconocimiento). De hecho, la infidelidad masculina ha quedado alejada de la preocupación social, como demuestra el hecho de que las cifras actuales de consumo de prostitución femenina entre hombres (entre un 27,3% a un 39%, según los últimos estudios²¹) no sean objeto de medida alguna o de censura legal: ni existe obligación de reconocer estas infidelidades ni dan derecho a indemnización alguna por el daño moral generado.

De este modo, el estándar de comportamiento moral ha sido distinto para los hombres que para las mujeres. En la actualidad, resulta incuestionable para nuestros tribunales que la infidelidad de un hombre no surte daños patrimoniales ni morales resarcibles por el hecho de la infidelidad en sí, lo que constituiría una clara infracción del artículo 14 de la Constitución y un nuevo modo de criminalización de la mujer si aceptamos que este hecho pueda ser sancionado en el caso de las mujeres. A este respecto, es preciso recordar, por un lado, que el que la infidelidad de la mujer pueda conllevar el nacimiento de un hijo no biológico del marido es un efecto de la propia infidelidad, siendo probable que desconozca la paternidad real; y, por otro lado, que el imponer solo a la mujer un canon de diligencia que le obligue a confesar su infidelidad, además de ser discriminatorio, afecta, en último extremo, al interés del menor y a la propia unidad familiar.

El hecho de que la mujer pueda engendrar una nueva vida es sustancial a su género. Si admitimos, y no nos cuestionamos, la posibilidad de ejercitar una acción de responsabilidad civil contra la mujer en caso de infidelidad si queda embarazada, y no admitimos, en ningún caso, que la misma se pueda interpolar contra un hombre, implicaría que solo esta debe afrontar el abono de una indemnización por infidelidad (no olvidemos que la fecundación es un efecto de la misma), lo que sin duda resulta más que cuestionable desde una perspectiva

de género. Si fuera así, solo la mujer sería objeto de repulsa y de sanciones económicas con motivo de su infidelidad. Muchas resoluciones de las Audiencias Provinciales han venido castigando a la mujer por negligencia, en unos casos por el propio efecto de la infidelidad, y en otros por vulneración del deber de información o por la falta de realización de pruebas de ADN (que implicaría que la mujer pudiera, y debiera, obligar al posible padre a que accediera a la toma de muestras para realizar la prueba, o al reconocimiento de la infidelidad al marido para que practicara el análisis genético).

También se ha planteado la posibilidad de indemnización por «pérdida de oportunidad» cuando se produce la ocultación de la paternidad en los supuestos de presunción matrimonial del hijo²². Esta postura abriría también una vía a la solicitud de una indemnización por daño moral al resto de los familiares del menor (hermanos, abuelos, tíos o primos) y allegados, tanto del esposo como del padre biológico. Por otro lado, téngase en cuenta que la mera ocultación del incumplimiento del deber de fidelidad también genera una pérdida de oportunidad, por lo que, si se admitiera, debería ser exigible a ambos cónyuges. En este sentido, la mujer que no hubiera conocido de la infidelidad del esposo también ha perdido la oportunidad de privación de determinadas expectativas, ya que se hubiera encontrado en una situación fáctica idónea para acudir al divorcio de conocer este hecho. Una vez más, resurge la cuestión de género y no resulta adecuado acudir a la doctrina de la pérdida de la oportunidad como instrumento para facilitar la estimación de demandas por daños que deben ser indemnizados, aunque existan circunstancias con elementos causales de difícil valoración. No se debe establecer una doble exigencia moral y sancionar jurídicamente solo a la mujer. La falta de diligencia debe aplicarse a la propia infidelidad matrimonial, y no a los efectos de la misma.

La cuestión que se aborda a continuación es si estos supuestos, que pertenecen al ámbito familiar, generan responsabilidad civil. Si analizamos las posiciones doctrinales²³, no existe unanimidad sobre si cabría entablar una acción de responsabilidad por daño moral, es decir, si esos daños deben ser indemnizables. Tampoco las resoluciones judiciales, como analizaremos con detenimiento a continuación, mantienen una respuesta uniforme ni establecen unos criterios claros para determinar su cuantía. No obstante, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de fecha 13 de noviembre de 2018 ha denegado la existencia de responsabilidad civil por daños morales en el ámbito familiar y, concretamente, en el caso de ocultación de la paternidad, asegurando que constituye «una de las cuestiones, no solo de mayor complejidad, sino de mayor actualidad del derecho de familia, tanto en el ámbito de la doctrina científica, como en el de las Audiencias Provinciales y en el derecho comparado, con posiciones contrarias sobre la aplicación de la normativa propia de la responsabilidad civil extracontractual a las relaciones de familia, algo que hasta hace no mucho tiempo ha sido ajeno al derecho de daños, posiblemente para preservar estas relaciones y porque no era fácil, como ocurre con los alimentos, encajarla en nuestro sistema».

II. LAS CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE FIDELIDAD

II.1. LA DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN DAÑO MORAL

Como señala el Tribunal Supremo, en sentencia de 23 de octubre de 2015, el daño moral consiste en «un menoscabo tanto del ámbito moral en estricto

sentido, como del ámbito psicofísico; identificándose con los sufrimientos, padecimientos o menoscabos que no tienen directa o secuencialmente una traducción económica». De este modo, es posible obtener una indemnización por los daños morales sufridos en determinados supuestos, como son los casos en los que la persona sufra un dolor físico por las lesiones producidas, cuando se vulneren sus derechos personales (su honor o consideración social) o se sufra la pérdida de la compañía y el afecto de un ser querido. Se trata de un daño de carácter extrapatrimonial, que originariamente (hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, reguladora del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen) era excluido por no ser valorable económicamente. Actualmente, aunque se admite el resarcimiento de este daño, en el ámbito del derecho de familia resulta cuestionable.

Si consideramos que la infidelidad ocasiona un daño moral, el dejar de amar también implicaría dicho daño. Ese dolor, angustia, aflicción física o espiritual o padecimiento es un estado psicológico consecuencia del daño ocasionado por la ruptura. Obviamente, resulta indiscutible el daño provocado a la persona que deja de recibir esa atención y cuidado, pero esa desvinculación emocional implica una circunstancia personal, que escapa del propio control de la persona, por lo que en ningún caso podría constituir un acto ilícito que genere la posibilidad de reclamar una indemnización por el daño sufrido, de conformidad con el artículo 1902 del Código civil.

Tampoco se ha considerado la posibilidad de solicitar una indemnización por responsabilidad contractual ya que, si bien puede pensarse en la fidelidad conyugal como una obligación contractual, con origen en el contrato de matrimonio, constituye simplemente un criterio moral, sin que se pueda «comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar» (STS de 30 de julio de 1999). Del mismo modo, en el caso de contraer matrimonio canónico, la promesa de amar y respetar al cónyuge durante el resto de la vida entraña una intención futurible, que tampoco constituiría una obligación legal o un compromiso contractual derivado de dicha manifestación de voluntad en el ámbito civil.

El fracaso de una relación conyugal, por tanto, no constituye una base legal para exigir su reparación en virtud del daño sufrido. No hay ilícito, ni culpa imputable, por la falta de afecto ni responsabilidad por el fracaso matrimonial. De lo contrario sería exigible la obligación moral de amar a una persona durante toda la vida, por el hecho de contraer matrimonio. Durante el transcurso de la vida de las parejas, las circunstancias cambian a la par que los impulsos afectivos, razón por la que nuestro Código civil posibilita la solicitud de la separación o el divorcio como remedio. Incluso también respalda la posibilidad de obtener una pensión por desequilibrio económico (art. 97). Ahora bien, en ningún caso se establece el derecho a una indemnización derivada del daño moral por dicha solicitud, ni por ningún motivo que la haya podido ocasionar, incluyendo la infidelidad. Cuestión distinta sería que se incurriera en una conducta delictiva por atentar contra la integridad física o psíquica (por ejemplo, en el caso de violencia doméstica), o la salud (como sucedería en el contagio doloso de una enfermedad venérea) del cónyuge²⁴.

Aunque se pueda considerar la infidelidad como una conducta socialmente reprobable, en la actualidad no justifica que la víctima deba ser indemnizada²⁵. De lo contrario, se generaría un colapso en los tribunales, al mismo tiempo

que una prueba diabólica sobre la culpa de los cónyuges en la imputación de su responsabilidad. Además, la dificultad de calcular los daños, el escaso poder disuasorio de la acción de responsabilidad para prevenir vulneraciones de los deberes matrimoniales y el efecto puramente redistributivo de riqueza entre los cónyuges que tendrían estas acciones (que no permite la suscripción de un seguro para tales casos), sin duda, constituyen otros motivos para descartar dicha posibilidad²⁶, que generaría una excesiva patrimonialización del derecho de familia. La máxima de Ulpiano de «neminen laedere» no debería extenderse a la autonomía de la voluntad de las personas en este ámbito familiar, que implicaría no solo dicha patrimonialización, sino una violación del derecho a la privacidad.

II.2. LA DETERMINACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LA OCULTACIÓN DE LA PATERNIDAD BIOLÓGICA EN LA JURISPRUDENCIA

Nuestro Tribunal Supremo ha analizado en cuatro ocasiones el incumplimiento del deber de fidelidad en relación a la ocultación de la paternidad biológica, si bien en dos de ellas no llega a entrar en el fondo de la cuestión por considerar prescrita la acción (SSTS de 22 y 30 de julio de 1999, 14 de julio de 2010 y 18 de junio de 2012). Por un lado, la STS de 22 de julio de 1999, que denegaba la responsabilidad por daño moral, al no resultar dolosa la conducta de la esposa, que desconocía la verdadera paternidad biológica del hijo, señalando que los supuestos de aplicación del artículo 1902 del Código civil originan una reparación por el daño causado, que se extiende al doble ámbito patrimonial y moral, pero que no resulta aplicable a este caso «en el que, como ha quedado razonado, no era posible hacer aplicación del meritado precepto, debido a no haberse apreciado una conducta dolosa en el comportamiento atribuido a la señora». Por otro lado, la STS de 30 de julio de 1999, resuelta tan solo unos días después, prescindía del dolo y manifestaba que «el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro, no es susceptible de reparación económica alguna, lo cual, origina la imposibilidad de atribuir al Tribunal *a quo* haber infringido, en el aspecto estudiado, los artículos 67 y 68 del Código civil, en relación en el 1101 del mismo...», pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial conllevaría indemnización.

En las resoluciones de las Audiencias Provinciales se observan distintos pronunciamientos. En algunas se desestima la indemnización por daño moral por los siguientes motivos:

- Se había asumido la paternidad conociendo el hecho previo de la infidelidad. En este sentido, la SAP de Pontevedra, Sección 6.^a, de 22 de septiembre de 2016 considera que no hay daño moral porque el padre, conociendo que el hijo no era suyo, siguió viviendo con la madre y permitió la inscripción en el Registro Civil, de modo que voluntariamente asumió la paternidad.
- Se considera que no existió dolo en la ocultación de la paternidad. Así lo recogen diversas resoluciones, entre ellas: la SAP de Sevilla, Sección 6.^a, de 9 de julio de 2015, que concluye que no existe prueba alguna que permita afirmar que la esposa sabía a ciencia cierta que no era el padre de su hijo y que se lo ocultara intencionadamente; la SAP de León, Sección 2.^a, de 23 de noviembre de 2012, que entiende que «lo verdaderamente determinante para que surja el derecho a una indemnización es el dolo del o de los demandados a la hora de ocultar, de forma continuada, la verdadera filiación del menor»; la SAP de A

Coruña, Sección 3.^a, de 8 de noviembre de 2010, en cuanto considera que «no hay base suficiente para hablar de dolo»; la SAP de Burgos, Sección 2.^a, de 16 de febrero de 2007, que no considera acreditada que la actuación de la demandada fuera dolosa en ocultación de la paternidad, ni que la relación extramatrimonial de la madre hubiese sido duradera; la SAP de Pontevedra, Sección 3.^a, de 13 de diciembre de 2006, porque tampoco resulta probada la conducta dolosa en la actuación de los demandados, en cuanto conocedores de la situación e intencionadamente encubridores o disimuladores de la misma en perjuicio del actor; o la SAP de Barcelona, Sección 18, de 22 de julio de 2005, dado «que no puede, ni debe, confundirse la realidad de la situación de infidelidad conyugal, con la del conocimiento de que la hija nacida constante matrimonio no hubiere sido concebida por el hoy actor».

• Se desestima bien por prescripción de la acción de responsabilidad civil o bien por caducidad para ejercitarse la impugnación de la filiación, como sucede en los supuestos enjuiciados por la SAP de Pontevedra Sección 6.^a, de 2 de junio de 2017, y la SAP de Madrid, Sección 22.^a, de 20 de abril de 2018.

Resultan más abundantes las resoluciones que se han pronunciado a favor de la pretensión ejercitada, estimando la responsabilidad extracontractual de la madre por el daño moral ocasionado al marido. Entre otras, las SSAP de Ciudad Real, Sección 2.^a, de 23 abril de 2018; de Cádiz, Sección 5.^a, de 13 de junio de 2017; de Valencia, Sección 6.^a, de 16 octubre de 2017; de Cantabria, Sección 2.^a, de 3 de marzo de 2016; de Sevilla, Sección 6.^a, de 9 de julio de 2015; de Jaén de 9 de marzo de 2015; de Madrid, Sección 9.^a, de 9 mayo de 2014; de Cádiz, Sección 8.^a, de 16 de mayo de 2014; de Asturias, Sección 5.^a, de 18 de mayo de 2012; de León, Sección 1.^a, de 30 de enero de 2009; de Murcia, Sección 5.^a, de 18 de noviembre de 2009; de Cádiz, Sección 2.^a, de 3 de abril de 2008; de León, Sección 1.^a, de 2 de enero de 2007; de Barcelona, Sección 18.^a, de 16 de enero de 2007; o de Valencia, Sección 7.^a, de 5 de septiembre de 2007 y de 2 de noviembre de 2004. E, incluso, en alguna sentencia se condena no solo a la esposa, sino también al padre biológico, por ocultar la paternidad al perjudicado (SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.^a, de 16 octubre de 2009) o por enriquecimiento injusto (SAP de León, Sección 1.^a, de 2 de enero de 2007, por mantenerse al margen del cuidado y de los alimentos del menor).

Los motivos de admisión de la responsabilidad civil por daño moral tienen su razón de ser, en unos casos, en que se considera acreditado el dolo y, en otros supuestos, porque se imputa la responsabilidad por culpa derivada de la omisión de la diligencia debida en la averiguación de la paternidad del hijo cuando se han mantenido relaciones sexuales simultáneas con el cónyuge y un tercero. A tal efecto, se determina que si bien la infidelidad conyugal no es indemnizable, «sí lo es la procreación de un hijo extramatrimonial con ocultamiento a su cónyuge» (SSAP de Cádiz, Sección 8.^a, de 16 de mayo de 2014, que recoge lo señalado por las SAPP de Valencia, Sección 7.^a, de 5 de septiembre de 2007 y de 2 de noviembre de 2004). De esta manera, se considera aplicable el artículo 1902 Código civil por el incumplimiento del deber de información. Entre las sentencias más recientes, se encuentra la SAP de Ciudad Real, Sección 2.^a, de 23 de abril de 2018, que considera que existe un daño que debe ser indemnizado cuando se descarta la paternidad de unos hijos con los que se ha convivido durante varios años en el seno matrimonial, considerando que «no se trata tanto de que la infidelidad o la ocultación sean sancionables económicamente sino en la medida que determinan la apariencia de un estado que genera unos indudables lazos afectivos con una

prole, con la que se convive durante años y que finalmente se frustra, lo que, sin duda, genera un vacío afectivo y una pérdida palmaria. El daño sufrido no puede ser una mera suposición, pues no hay un vínculo más estrecho que el generado entre padres e hijos. Su derrumbe produce necesariamente una afectación psicológica, un golpe emocional. No se trata tanto de castigar la infidelidad, el incumplimiento de deberes o la ocultación sino de reparar el daño que se ha generado a otra persona, pudiendo haberse evitado. No se sanciona tampoco una determinada actitud procesal en un determinado proceso previo (que allí debió sancionarse o evitarse). Hay, sin duda, desengaño, frustración, y afectación de la imagen y consideración social no ser padre de quienes pública y legalmente lo era. Debe ponerse el énfasis en la indemnización de un daño que indudablemente ha producido la conducta de la demandada».

Algunas sentencias van más allá, perfeccionando el nivel de diligencia exigida a la mujer en estos supuestos de infidelidad, al considerar que existe negligencia de la madre si no se practican pruebas de ADN (exigiendo, por lo tanto, una obligación de hacer que entrañaría, como ya hemos visto, un consentimiento previo del posible padre para que acceda a su realización o la confesión de la infidelidad al marido para que pueda practicarla). En este sentido, se pronuncian las SSAP de Barcelona, Sección 18, de 3 de abril de 2008, que condena a la mujer por la falta negligente en la práctica de pruebas de filiación extramatrimonial; y de 16 de enero de 2007, que establece la existencia de negligencia porque «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». En esta misma línea, la SAP de Valencia, Sección 6.^a, de 16 de octubre de 2017 estima que la demandada incurre en conducta negligente «al menos cuando sabiendo que mantiene relaciones sexuales ajena al matrimonio y queda embarazada, aun cuando no conoce ciertamente quien sea el padre, sí tiene que dudar de la paternidad, una conducta apropiada pasaría por resolver la duda, si la tiene, antes de que simplemente se considere padre al marido por la presunción de paternidad matrimonial del artículo 116 del Código civil , manteniendo además a este en la creencia de que es el padre». Y, del mismo modo, se pronuncia la SAP de Cantabria, Sección 2.^a, de 3 de marzo de 2016. Posiblemente la resolución más extrema de todas las analizadas sea la de la SAP de Cádiz, Sección 8.^a, de 16 de mayo de 2014, que señala «no es necesaria la concurrencia de una conducta adicional al mero mantenimiento de relaciones simultáneas con ambos hipotéticos progenitores que advere una intención dolosa en orden a atribuir una paternidad irreal al marido, si al resultar embarazada sigue ocultando al marido su infidelidad» y, al mismo tiempo, considera que el deber de infidelidad se trata de un auténtico deber jurídico, ya que la garantía institucional del matrimonio es un derecho fundamental recogido en la propia Constitución, sin que no exista sanción específica en nuestro ordenamiento al incumplimiento del deber de fidelidad, «pero si como consecuencia de la infidelidad resulta un embarazo, la sanción civil viene por el hecho de no manifestarla tras comprobar por métodos científicos cuál fuera la verdadera paternidad». Esa reflexión de la Audiencia resulta tan excesiva respecto al nivel de diligencia exigido, que invitaría a la mujer a plantearse el aborto, en caso de duda de la paternidad tras una infidelidad, para evitar el castigo económico y la pérdida de sus bienes, lo que sin duda nos transportaría a épocas pretéritas en las que la mujer ha sido objeto de las máximas sanciones legales por este hecho, a la par que el establecimiento de una doble moral de exigencia respecto a la infidelidad cometida por un hombre.

Por último, y una vez que estas resoluciones han determinado la existencia de responsabilidad, la cuantificación económica del daño moral para paliar el sufrimiento, por su propia naturaleza, es complicada. De hecho, si analizamos con detenimiento algunas de las sentencias dictadas, los criterios que se tienen en cuenta (principalmente, los años de convivencia con el menor) no coinciden, resultando cifras muy dispares. De este modo, en ocasiones, los daños se valoran en 50.000 euros (SAP de Valencia, Sección 7.^a, de 2 de noviembre de 2004, al determinarse la no filiación de tres hijos tenidos por propios dentro del matrimonio; o SAP de Barcelona, Sección 17.^a, de 30 de mayo de 2016, por los cuatro años de convivencia con la menor, y las lesiones y secuelas por el trastorno depresivo sufrido); 40.000 euros (SAP Ciudad Real, Sección 2.^a, de 23 de abril de 2018); 30.000 euros (SAP de Cantabria, Sección 2.^a, de 3 de marzo de 2016 o SAP de León, Sección 1.^a, de 2 de enero de 2007, que condena también solidariamente al padre biológico); 21.199 euros (SAP de Cádiz, Sección 8.^a, de 16 de mayo de 2014); 15.000 euros (SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 16 de enero de 2007, por la ocultación durante cuatro años); 12.000 euros (SAP de Valencia, Sección 6.^a, de 16 de octubre de 2017, por el impacto emocional, la esterilidad del demandante y la duración de la situación de la filiación mantenida durante más de nueve años); 4.000 euros (SAP de Madrid, Sección 9.^a, de 9 mayo de 2014, por estar vigente el matrimonio, sin existir separación de hecho entre los cónyuges); o 3.000 euros (SAP de Asturias, Sección 5.^a, de 18 de mayo de 2012, en un supuesto de pareja de hecho y escaso lapso de tiempo sumido en el error; así como en la SAP de Barcelona, Sección 1.^a, de 19 de marzo de 2018, por la frustración generada, confirmando las dudas que ya se tenían al respecto, ya que antes del nacimiento de la menor hacía más de un año que las partes estaban separadas y no había existido relación alguna entre ellas). Alguna resolución, además, señala que, en estos casos, no es preciso aportar un informe pericial psicológico, «ya que el daño es patente, palpable y fácilmente deducible de la propia experiencia humana y dignidad personal» (SAP de Ciudad Real, Sección 2.^a, de 23 de abril de 2018).

III. EL CRITERIO DE LA SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2018, UN PASO HACIA LA NO DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER EN EL INCUMPLIMENTO DE LOS DEBERES CONYUGALES

La reciente sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de noviembre de 2018, de la que ha sido Ponente el Excmo. Sr. SEIJAS QUINTANA, ha estimado el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.^a, de 13 de junio de 2017 en la que se planteaba si procedía la responsabilidad civil por daños morales derivados de la infidelidad conyugal y de la ocultación de la paternidad. Durante la vigencia del matrimonio habían nacido tres hijos (en 1992, 1994 y 1997), separándose los cónyuges, en virtud de sentencia en 2001 y, posteriormente, decretándose el divorcio, en 2009. Entre las medidas se estableció una prestación de alimentos en favor de los tres hijos de 700 euros mensuales y el pago por mitad del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda. Tras un proceso de filiación, en el que se declaró la no paternidad del segundo de los hijos, nacido en 1994, el marido formuló una demanda frente a quien había sido su mujer, en la que la reclamaba 35.000 euros en concepto de pensiones de alimentos abonados a su hijo, tras las sentencias de separación y divorcio; la mitad de los gastos abonados para la determinación de la paternidad; y 70.000 euros por daños morales.

La Audiencia Provincial de Cádiz, considera indemnizable el daño moral causado porque «se ha producido una ocultación dolosa al marido con el propósito de beneficiarse de las cantidades que tenía obligación de abonar en concepto de alimentos, lo que determina que se deban devolver aquellos que pagó y que se le indemnice en 15.000 euros por los daños morales ocasionados («dada la situación de clara frustración y desasosiego de quien durante mucho tiempo ha tenido relación, contacto y cariño con quien pensaba que era su hijo, para luego enterarse que se trataba de un hijo ajeno», lo que le habría influido hasta el punto de haber estado de baja por daños psicológicos)».

En el recurso de casación, la progenitora del menor argumenta que no ha existido dolo porque tuvo conocimiento de este hecho en el proceso de filiación, a resultas de la prueba biológica realizada, de modo que no habría existido engaño u ocultación, por lo que la infidelidad que dio lugar al nacimiento del hijo no sería como tal indemnizable.

A continuación, se analizan las tres cuestiones planteadas en el recurso.

III.1. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

La primera de las alegaciones efectuada por la demandada en el recurso de casación ante el Tribunal Supremo fue la prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual, conforme a los artículos 1968.2 y 1969 del Código civil, por entender que el plazo debe iniciarse en el momento en que el actor supo que el menor no era su hijo con los resultados del primer estudio genético. Sin embargo, el Tribunal desestima el recurso por entender que «la fijación de *dies a quo*, para computar el plazo prescriptivo de la acción, ha de determinarla el juez de instancia con arreglo a las normas de la sana crítica»; entendiendo, en este sentido, que el plazo debe ser computado desde la sentencia por la que cesa la presunción de paternidad y se practica la inscripción en el Registro.

En este sentido, y a propósito de este pronunciamiento, no deben confundirse el plazo de un año de prescripción de la acción de responsabilidad civil con el de caducidad de la acción de impugnación de la filiación. Conviene recordar, a este respecto, que precisamente la filiación matrimonial consiste en la filiación de un hijo nacido de aquellos padres vinculados matrimonialmente, estando por lo tanto casados entre sí (art. 108) y que, constante el mismo, se presume la paternidad del marido (art. 116), es decir, se entiende que el hijo ha sido concebido dentro del matrimonio y, por lo tanto, se presume como tal cuando el nacimiento ha ocurrido «después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges». Esta presunción precisamente se basa en los deberes de convivencia y fidelidad (arts. 68 y 69) y admite prueba en contrario, que podrá llevarse a efecto mediante acciones de investigación e impugnación de la paternidad. De este modo, téngase en cuenta que la paternidad no constituye un hecho cierto tangible, a diferencia de la maternidad (que sí es tangible y susceptible de prueba directa ya que existe un parto), es por ello que la presunción de la paternidad se determina por la fecha de la concepción derivada de las obligaciones inherentes al matrimonio (concretamente, de la fidelidad y la cohabitación)²⁷.

Cuando el marido, pese a conocer el hecho del nacimiento de quien ha sido inscrito como hijo suyo, desconoce su falta de paternidad biológica, el cómputo del plazo de un año para el ejercicio de la acción de impugnación comienza a

contar desde que tuviera tal conocimiento (art. 136. 2.^º tras la STC 138/2005, de 26 de mayo, en cuanto que comporta que el plazo no comience hasta que el marido conozca que no es el progenitor biológico²⁸) o bien «desde que pudo saber que su mujer le fue infiel»²⁹. Esta precisión, en la práctica, resulta relevante porque caducaría la acción tras ese lapso temporal si el marido, conociendo de la infidelidad de su mujer no impugna su filiación. En este sentido, por ejemplo, la SAP de Madrid, Sección 22.^a, de 20 de abril de 2018 considera que la acción para ejercitar la impugnación de la filiación no puede dejarse a la libre discrecionalidad del marido y determina que el plazo no surge exclusivamente cuando se obtiene la verdad biológica, ya que en una discusión previa la madre del menor le había manifestado que no era el padre de aquél, «no obstante lo cual deja transcurrir el tiempo marcado por la ley para ejercitarse la acción de impugnación de filiación, sin iniciar con la diligencia debida, las correspondientes gestiones para obtener las pruebas necesarias que avalaran su pretensión impugnatoria, y asimismo deja transcurrir desde esa fecha, prácticamente un año sin actividad alguna de carácter procesal, lo que contraviene en conjunto, las exigencias de la seguridad jurídica representada por la estabilidad del estado civil del menor y determina en rigor la estimación de la caducidad de la acción ejercitada». Del mismo modo sucede cuando el progenitor reconoce al menor, con pleno conocimiento de que no era hijo propio, sin error ni coacción alguna, aunque alegue que dicho reconocimiento se llevará a cabo por la insistencia de su mujer para que tuviera los mismos apellidos que su hermano. En dicho caso, la SAP de Pontevedra, Sección 6.^a, de 2 de junio de 2017 estima que desde dicho reconocimiento ha transcurrido un plazo superior al año establecido para la caducidad por el artículo 136 Código civil.

Sin embargo, en esta sentencia, el Tribunal Supremo no resuelve sobre el plazo de caducidad de la acción de impugnación, sino sobre el plazo de prescripción del ejercicio de la acción de responsabilidad civil, sujeta a la prescripción de un año, de conformidad con el artículo 1968.2 del Código civil, cuyo *dies a quo* se entiende que debe situarse en el momento en el que cesa la presunción de paternidad por sentencia y se realiza la inscripción; y no desde el conocimiento de los resultados del estudio genético.

III.2. DENEGACIÓN DE LA DEVOLUCIÓN DE ALIMENTOS ABONADOS CON MOTIVO DE LA PRESUNCIÓN DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL

El Tribunal Supremo resuelve también la cuestión de la solicitud de devolución de alimentos abonados para el sustento del hijo, que dejó de serlo a partir de la acción de impugnación de la filiación. Estima la improcedencia de la obligación de restituir los alimentos abonados con motivo de la presunción de la filiación matrimonial. Dicha cuestión anteriormente fue resuelta por la STS de 24 de abril de 2015, en el sentido de negar que procediera su devolución, aunque en ese caso se resolviera con base en el artículo 1895 del Código civil, relativa al cobro de lo indebido y, en esta ocasión, conforme al artículo 1902, como un daño indemnizable por alimentar a ese hijo y no integrar esa cantidad en su patrimonio.

Los argumentos que utiliza el Alto Tribunal en este pronunciamiento son: En primer lugar, el niño se inscribe como matrimonial, conforme a los artículos 113 y 116 del Código civil, por lo que desde ese momento se aplican las normas de protección a la familia personales y patrimoniales, donde se incluye la obliga-

ción de alimentos. En segundo lugar, estos alimentos, integrantes de los deberes propios de la patria potestad, han surtido sus efectos durante la vida del niño, impidiendo que pueda solicitarse su devolución por el hecho de que no coincide la paternidad biológica con la formal. Además, se apoya para sostener su posición en la antigua sentencia de 18 de abril de 1913, según la cual, los alimentos no tienen efectos retroactivos, «de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades parenterias de la vida». Al igual que no se devuelven el resto de los efectos de las relaciones de los padres con sus hijos, tampoco se devuelven los alimentos. En consonancia con lo expresado, el padre, además de cumplir con su obligación de alimento, también cumplió con el resto de las obligaciones asociadas a la paternidad (velar por los hijos, tenerlos en su compañía, educarlos, formarlos, representarlos y administrar sus bienes), por lo que estos pagos se realizaron «como consecuencia de una obligación legalmente impuesta entre quien pagaba y quien se beneficiaba de dicha prestación» ya que, conforme al artículo 112 del Código civil, la filiación produce sus efectos desde que tiene lugar y «es efectiva hasta que se destruye esta realidad biológica mediante sentencia dictada en proceso de impugnación de la filiación matrimonial».

III.3. DESESTIMACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS MORALES DERIVADOS DEL INCUMPLIMENTO DEL DEBER DE FIDELIDAD

En la reciente sentencia de 13 de noviembre de 2018, el Tribunal Supremo aborda el complejo problema de la responsabilidad civil por daños morales en el ámbito familiar y, en concreto, en el supuesto de ocultación de la paternidad, que tilda de cuestión compleja, de actualidad y no pacífica. Como hemos analizado previamente, en los últimos años, las Audiencias Provinciales han resuelto numerosos supuestos relativos a la cuestión de si procede o no una indemnización por daños morales por la ocultación de la paternidad biológica de hijos nacidos durante el matrimonio, sin que haya existido un criterio uniforme al respecto.

Aunque, con anterioridad, el Tribunal Supremo había dictado dos sentencias, ya analizadas y con criterios distintos (SSTS de 22 y de 30 de julio de 1999), en esta ocasión se inclina expresamente por la doctrina expuesta por la sentencia de 30 de julio de 1999 y prescinde de la conducta dolosa en la ocultación de la paternidad del hijo, que recoge la sentencia de 22 de julio de 1999.

Los argumentos esgrimidos para estimar el recurso de casación y descartar la aplicación del artículo 1902 del Código civil son los siguientes:

En primer lugar, no niega que este tipo de conducta pueda causar un daño, sino que ese daño sea indemnizable «mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual, a partir de un juicio de moralidad indudablemente complejo y de consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar».

En segundo término, acota el daño indemnizable derivado del artículo 1902 del Código civil a los supuestos que «no tienen su origen en el incumplimiento de los deberes propios del matrimonio, como es el deber de fidelidad del artículo 68 del Código civil, sino en la condición de persona afectada por la acción culposa o negligente de quien lo causa». Además, advierte que este tipo de conductas tienen respuesta en la normativa que regula la separación y el divorcio, como ya puso de relieve la sentencia de 30 de julio de 1999, la cual no contempla la indemnización de un daño moral en caso de infidelidad o de ocultación de la

paternidad. En este sentido, apunta que «se trata de unos deberes estrictamente matrimoniales y no coercibles jurídicamente con medidas distintas, como ocurre con la nulidad matrimonial, a través de una indemnización al cónyuge de buena fe —artículo 98 del Código civil—. Con una regulación, además, tan específica o propia del derecho de familia, que permite obtener, modificar o extinguir derechos como el de la pensión compensatoria del artículo 98 del Código civil, o decidir sobre la custodia de los hijos habidos de la relación matrimonial, al margen de esta suerte de conductas, pues nada se dice sobre las consecuencias que en este ámbito tiene la desatención de los deberes impuestos en el artículo 68 del Código civil».

Y, por último, añade que, aunque no se ha puesto en relación el daño con la infidelidad matrimonial, sino con la occultación de los efectos de la misma, lo que lleva a esta es ese incumplimiento del deber de fidelidad.

IV. CONCLUSIONES

La reciente sentencia Tribunal Supremo, de 13 de noviembre de 2018 supone un paso hacia delante a favor de la no discriminación de la mujer por incumplimiento del deber de fidelidad, lo que implica una ruptura con numerosas sentencias de las Audiencias Provinciales que han venido estimando la existencia de una responsabilidad extracontractual de la madre por el daño moral ocasionado por la procreación de un hijo extramatrimonial, en unos casos, por considerarse probado el dolo por occultación de la paternidad y, en otros, por culpa derivada de la omisión de pruebas biológicas en la averiguación de la paternidad del hijo.

El daño moral generado a uno de los cónyuges como consecuencia de una infidelidad conyugal no es susceptible de reparación económica, incluso aunque apareje la occultación de la paternidad biológica de un hijo nacido como matrimonial. El Tribunal Supremo no niega que este tipo de conductas sea susceptible de causar un daño, sino que sea indemnizable mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil, a partir de un juicio de moralidad complejo y de consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar. Las respuestas legales a la infidelidad hay que encontrarlas en la normativa reguladora del matrimonio mediante la separación o el divorcio, la cual no contempla una indemnización del daño moral en los supuestos de incumplimiento de los deberes estrictamente matrimoniales.

También en esta sentencia se reitera la doctrina jurisprudencial que deniega la devolución de alimentos percibidos por un hijo derivado de la inscripción matrimonial de la filiación, ya que la misma constituye una obligación que integra la patria potestad. La aplicación de las normas de protección de la familia personales y patrimoniales, entre las que se encuentra el deber de alimentos, deben cumplirse para alimentar a ese menor, sin que pueda solicitarse su devolución por el hecho de que no coincide la paternidad biológica con la formal. Del mismo modo, tampoco se devuelven los demás efectos asociados a estos derechos y obligaciones propias de las relaciones de los padres con sus hijos.

Esta sentencia nos invita a realizar una reflexión sobre la igualdad entre hombres y mujeres. No debería aplicarse una doble moral y exigencia jurídica respecto a la infidelidad matrimonial cometida por unos y otros. A ambos cónyuges se les deben exigir los mismos deberes jurídicos en el matrimonio y su incumplimiento habría de ser objeto de la misma sanción civil, sin que el efecto que produce la infidelidad en la mujer merezca una mayor reprobación jurídica, ya que ello constituiría una discriminación por cuestión de género.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BARCELÓ DOMENECH, J. (2012). El criterio de imputación de la responsabilidad civil en el ámbito familiar. En J. A. Moreno Martínez (coord.). *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Madrid: Dykinson, 79-128.
- BELHADJ BEN GÓMEZ, C. (2015). Ocultación de paternidad y daños morales, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 97-106.
- CATALÁ RUBIO, S. (coord.), *Evolución del derecho de familia en Occidente*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha.
- COLLANTES DE TERÁN, M.^a J. (1996). El delito de adulterio en el derecho general de Castilla. *Anuario de Historia del Derecho español*, núm. 66, 201-228.
- DE LA IGLESIA MONJE, M.^a I. (2017). El daño moral derivado de la ocultación por la esposa de la paternidad del hijo matrimonial. *RCDI*, núm. 760, 921-936.
- EDWARDS, C. (1993). *The Politics of Immorality in Ancient Rome*, Cambridge: Cambridge University Press.
- ESPÍN ALBA, I. (2016). Daño moral por ocultación de la verdadera paternidad y responsabilidad parental, *RCDI*, núm. 758, 3461-3482.
- FARNÓS AMORÓS, E. (2005). El precio de ocultar la paternidad. Comentario a la SAP Valencia, Sec. 7.^a, 2 de noviembre de 2004. *InDret*, núm. 2 (disponible en: http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=783&pdf=279_es.pdf).
- FERRER RIBA, J. (2001). Relaciones familiares y límites del derecho de daños. *InDret* (disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=235463&orden=0&info=link>).
- JACOBS, A. (2015). Maritus v Mulier: The double picture in adultery laws from Romulus to Augustus. *Fundamina*, vol. 21, núm. 2, 276-288.
- LÓPEZ DE LA CRUZ, L. (2010). El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales, *InDret*, núm. 4 (disponible en: http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=1424&pdf=783_es.pdf).
- MALDONADO DE LIZALDE, E. (2002). Lex Iulia de Maritandis Ordinibus. Leyes de familia del emperador César Augusto. *Anuario mexicano de Historia del Derecho*, núm. 14, 535-645.
- MONTERROSO CASADO, E. (2018). *Derecho de Familia*, Madrid: CEF.
- MURILLAS ESCUDERO, J.M. (2015). La responsabilidad civil extracontractual por daños morales en la relación conyugal. *REDUR*, núm. 13, 111-127.
- ORERO REVERT, J.A. (2006). Del matrimonio romano al matrimonio actual. En S. Catalá Rubio (coord.). *Evolución del derecho de familia en Occidente*. Universidad de Castilla-La Mancha, 49-74.
- PÉREZ GALLEGOS, R. (2015). Nuevos daños en el ámbito del derecho de familia: los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica. *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3, 141-175 (disponible en: <http://mreg.es/ojs/index.php/RDC>).
- QUINTANO RÍPOLLÉS, A. (1955). El uxoricidio como parricidio privilegiado. *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 8, núm. 3, 495-512.
- ROCA TRÍAS, E. (2000). La responsabilidad civil en el derecho de familia. Venturas y desventuras de los cónyuges, padres e hijos en el mundo de las responsabilidad civil. En J.A. Moreno Martínez (coord.). *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Madrid: Dykinson, 533-563.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.^a (2011). De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio (A propósito de la STS de 14 de julio de 2010). *Diario La Ley*, núm. 7582.

RODRÍGUEZ ORTIZ, V. (2007). La disolución del vínculo conyugal y otras formas de separación entre los cónyuges en la historia del Derecho castellano. *Anuario de Historia del Derecho español*, núm. 77, 615-706.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS, Sala Civil, de 13 de noviembre de 2018.
- STS, Sala Civil, de 23 de octubre de 2015.
- STS, Sala Civil, de 24 de abril de 2015.
- STS, Sala Civil, de 18 de junio de 2012.
- STS, Sala Civil, de 14 de julio de 2010.
- STS, Sala Civil, de 30 de julio de 1999.
- STS, Sala Civil, de 22 de julio de 1999.

SENTENCIAS DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES:

- SAP de Ciudad Real, Sección 2.^a, de 23 de abril de 2018.
- SAP de Madrid, Sección 22.^a, de 20 de abril de 2018.
- SAP de Barcelona, Sección 1.^a, de 19 de marzo de 2018.
- SAP de Valencia, Sección 6.^a, 16 de octubre de 2017.
- SAP de Cádiz, Sección 5.^a, de 13 de junio de 2017.
- SAP de Pontevedra Sección 6.^a, de 2 de junio de 2017.
- SAP de Pontevedra, Sección 6.^a, de 22 de septiembre de 2016.
- SAP de Barcelona, Sección 17.^a, de 30 de mayo de 2016
- SAP de Cantabria, Sección 2.^a, de 3 de marzo de 2016.
- SAP de Sevilla, Sección 6.^a, de 9 de julio de 2015.
- SAP de Jaén de 9 de marzo de 2015.
- SAP de Cádiz, Sección 8.^a, de 16 de mayo de 2014.
- SAP de Madrid, Sección 9.^a, de 9 de mayo de 2014.
- SAP de León, Sección 2.^a, de 23 de noviembre de 2012.
- SAP de Asturias, Sección 5.^a, de 18 de mayo de 2012.
- SAP de A Coruña, Sección 3.^a, de 8 de noviembre de 2010.
- SAP de Murcia, Sección 5.^a, de 18 de noviembre de 2009.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.^a, de 16 de octubre de 2009.
- SAP de León, Sección 1.^a, de 30 de enero de 2009.
- SAP de Cádiz, Sección 2.^a, de 3 de abril de 2008.
- SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 3 de abril de 2008.
- SAP de León, Sección 1.^a, de 2 de enero de 2007.
- SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 16 de enero de 2007.
- SAP de Burgos, Sección 2.^a, de 16 de febrero de 2007.
- SAP de Valencia, Sección 7.^a, de 5 de septiembre de 2007.
- SAP de Pontevedra, Sección 3.^a, de 13 de diciembre de 2006.
- SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 22 de julio de 2005.
- SAP de Valencia, Sección 7.^a, de 2 de noviembre de 2004.

NOTAS

¹ JACOBS, A. (2015). Maritus v Mulier: The double picture in adultery laws from Romulus to Augustus. *Fundamina*, vol. 21, núm. 2, 282.

² JACOBS, A. (2015), *op. cit.*, 277 y 278; y RODRÍGUEZ ORTIZ, V. (2007). La disolución del vínculo conyugal y otras formas de separación entre los cónyuges en la historia del Derecho castellano. *Anuario de Historia del Derecho español*, núm. 77, 625.

³ EDWARDS, C. (1993). *The Politics of Immorality in Ancient Rome*, Cambridge: Cambridge University Press, 38.

⁴ JACOBS, A. (2015). *op. cit.*, 282. Sin embargo, se le imponía un castigo más indulgente que a otros asesinos, como una condena al exilio o a trabajos forzados, porque su acto de venganza era considerado como «un resultado de gran molestia y sufrimiento», 283.

⁵ En la República temprana, la esposa no tenía derecho a vengarse de su marido, ni llevarlo ante un consejo familiar ni siquiera a divorciarse o a que se le impusiera un castigo o multa. JACOBS, A. (2015), *op. cit.*, 278-283.

⁶ MALDONADO DE LIZALDE, E. (2002). Lex Iulia de Maritandis Ordinibus. Leyes de familia del emperador César Augusto. *Anuario mexicano de Historia del Derecho*, núm. 14, 539.

⁷ EDWARDS, C. (1993), *op. cit.*, 36.

⁸ ORERO REVERT, J.A. (2006). Del matrimonio romano al matrimonio actual. En S. Catalá Rubio (coord.). *Evolución del derecho de familia en Occidente*. Universidad de Castilla-La Mancha, 65 y 66. La lista de sanciones podía llegar a incluir las siguientes: la infamia, que comportaba la pérdida de la ciudadanía y la pérdida de dignidad (es decir, la reducción de su estatus al de una prostituta); la pérdida de un tercio de su propiedad (patrimonio separado) y la confiscación de la mitad de su dote; el exilio a una isla que no sea la de su amante; la pérdida del derecho a contraer un matrimonio válido nuevamente; la pérdida de parte de su derecho a heredar; y la incapacidad de declarar en los tribunales [JACOBS, A. (2015), *op. cit.*, 284].

⁹ En el caso de que el marido no persiguiera el delito, podría hacerlo su *paterfamilia* o cualquier miembro mayor de veinticinco años en un plazo de cuatro meses, lo que ocasionaba que la adúltera pudiera salir a la luz. JACOBS, A. (2015), *op. cit.*, 284.

¹⁰ JACOBS, A. (2015), *op. cit.*, 281.

¹¹ ORERO REVERT, J.A. (2006), *op. cit.*, 66.

¹² COLLANTES DE TERÁN, M.^a J. (1996). El delito de adulterio en el derecho general de Castilla. *Anuario de Historia del Derecho español*, núm. 66, 204.

¹³ *Id.*, *íd.*, 219.

¹⁴ En el Fuego Real 4,7,3 la adúltera podía ser acusada por cualquier persona, salvo que mediara el perdón de su marido mientras que en las Partidas esta facultad estaba reservada al marido y familiares; y en el caso de perdón debía respetarse la decisión del marido (*íd.*, 218 y 219).

¹⁵ COLLANTES DE TERÁN, M.^a J. (1996), *op. cit.*, 214.

¹⁶ *Íd.*, *ib.*, 221.

¹⁷ *Íd.*, *ib.*, 222 y 223.

¹⁸ El Código Penal de 1928 redujo esa posibilidad, el Código Penal de 1932 prescindió del parricidio «honoris causa» y el Código Penal de 1939 castigó con pena de destierro al marido que matara a cualquiera de los adúlteros, no así si les provocara lesiones. Véase QUINTANO RIPOLLÉS, A. (1955). El uxoricidio como parricidio privilegiado. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 8, núm. 3, 495 y 496.

¹⁹ Mediante la Ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento, se suprimió la rúbrica del capítulo VI del título IX del Código Penal y se derogaron los artículos 449 y 452, así como también el último párrafo del artículo 453 del Código Penal. Los citados artículos del Código Penal hacían referencia a la pena de prisión menor (de seis meses y un día a seis años) que correspondían al adulterio; al carácter privado delito, que solo imponía pena por querella del marido agraviado; y al perdón que podía otorgar el marido agraviado a ambos culpables.

²⁰ CATALÁ RUBIO, S. (2006), *op. cit.*, 328.

²¹ Según la última Encuesta Nacional sobre Salud y Hábitos Sexuales del INE (2003), un 27,3% de los varones encuestados han pagado por sexo alguna vez (*Boletín Informativo*

vo del Instituto Nacional de Estadística, núm. 4, 2004, 4 (en: www.ine.es/revistas/cifraine/cifine_sida0704.pdf). Este porcentaje se incrementa al 39%, según el Informe de Naciones Unidad sobre la globalización del crimen (2010), respecto a la industria del sexo y el pago de estos servicios en España.

²² DE LA IGLESIA MONJE, M.^a I. (2017). El daño moral derivado de la ocultación por la esposa de la paternidad del hijo matrimonial. *RCDI*, núm. 760, 928.

²³ Véanse, entre otros, ROCA TRÍAS, E. (2000). La responsabilidad civil en el derecho de familia. Venturas y desventuras de los cónyuges, padres e hijos en el mundo de las responsabilidad civil. En J. A. Moreno Martínez (coord.). *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Madrid: Dykinson, 533-563; FERRER RIBA, J. (2001). Relaciones familiares y límites del derecho de daños. *InDret* (disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=235463&orden=0&info=link>); LÓPEZ DE LA CRUZ, L. (2010). El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales. *InDret*, núm. 4 (disponible en: http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=1424&pdf=783_es.pdf); RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.^a (2011). De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio (A propósito de la STS de 14 de julio de 2010). *Diario La Ley*, núm. 7582; BARCELÓ DOMENECH, J. (2012). El criterio de imputación de la responsabilidad civil en el ámbito familiar. En J. A. Moreno Martínez (coord.), *op. cit.*, 79-128; MURILLAS ESCUDERO, J.M. (2015). La responsabilidad civil extracontractual por daños morales en la relación conyugal. *REDUR*, núm. 13, 111-127; PÉREZ GALLEGOS, R. (2015). Nuevos daños en el ámbito del derecho de familia: los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica. *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3, 141-175 (disponible en: <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>); ESPÍN ALBA, I. (2016). Daño moral por ocultación de la verdadera paternidad y responsabilidad parental. *RCDI*, núm. 758, 3461-3482; BELHADJ BEN GÓMEZ, C. (2015). Ocultación de paternidad y daños morales. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 97-106; o DE LA IGLESIA MONJE, M.^a I. (2017), *op. cit.*, 921-936.

²⁴ ROCA TRÍAS (2000), *op. cit.*, 552-553; FERRER RIBA, J. (2001), *op. cit.*, 16.

²⁵ En la misma línea se sitúa la doctrina: «Si la infracción del deber de fidelidad genera la obligación de reparar los daños causados, los costes del matrimonio (y los de las relaciones sexuales extramatrimoniales con persona casada) se encarecerían notablemente. De otro lado, la propuesta no parece viable ni *de lege data* ni *de lege ferenda*: desde el primer punto de vista, el incumplimiento del deber de fidelidad solo da lugar a una causa de separación, y corresponderá a la sentencia de separación establecer los efectos patrimoniales de la crisis; desde el segundo, implicaría reconocer valor económico a un nuevo derecho, el derecho a ser amado en exclusiva; admitiría una indemnización por daños morales en un contrato y, finalmente, acumularía a las consecuencias patrimoniales de la separación, nulidad o divorcio, la indemnización por daños y perjuicios» (FARNÓS AMORÓS, E. (2005). El precio de ocultar la paternidad. Comentario a la SAP Valencia, Sec. 7.^a, 2 de noviembre de 2004. *InDret*, núm. 2, 6, con cita de SALVADOR CODERCH y RUIZ GARCÍA, disponible en: http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=783&pdf=279_es.pdf).

²⁶ FERRER RIBA, J. (2001), *op. cit.*, 14.

²⁷ MONTERROSO CASADO, E. (2018). *Derecho de Familia*, Madrid: CEF, 188.

²⁸ La doctrina jurisprudencial viene señalando, tras la STC de 138/2005 (que declara inconstitucional el inicio del plazo), que la determinación del *dies a quo* para el ejercicio de la acción de impugnación de la filiación matrimonial, «se coloca en la existencia de un principio de prueba, conocido por la parte impugnante, porque de otra forma, la presunción de paternidad, inicialmente *iuris tantum*, pasaría a convertirse en *iuris et de iure*, lo que no parece haber querido la ley» (SSTS de 2 de diciembre de 2013 y de 20 de febrero de 2012).

²⁹ DE LA IGLESIA MONJE, M.^a I. (2017), *op. cit.*, 923.