

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

Imposición de paternidad al marido: ¿La relación matrimonial como fundamento para excluir la responsabilidad por daños? (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018)

VERÓNICA NEVADO CATALÁN
Ayudante no Doctor
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

El Tribunal Supremo, mediante sentencia del Pleno de 13 de noviembre de 2018, ha rechazado la aplicación del artículo 1902 CC a las reclamaciones de responsabilidad interpuestas por quien descubre no ser el padre biológico de uno de sus supuestos hijos. A juicio del TS, la conducta de la esposa consistente en ocultar la verdadera paternidad al marido debe encontrar respuesta exclusivamente en la normativa reguladora del matrimonio. Así, en la medida en que se prevé la separación o el divorcio, pero no la indemnización por infidelidad con ocultación de la verdad biológica y pérdida del vínculo de filiación tras su impugnación, el TS descarta la aplicación del remedio indemnizatorio para reparar el daño moral del demandante. Tampoco se estima la acción de responsabilidad extracontractual ejercitada frente a la madre por el daño patrimonial consistente en las cantidades que el actor abonó en cumplimiento del deber de manutención del hijo durante los años en que estuvo legalmente determinada la filiación.

PALABRAS CLAVE

Atribución indebida de paternidad. Daños intrafamiliares. Responsabilidad civil extracontractual. Daño moral. Alimentos. Filiación paterna.

**Misattributed paternity within marriage:
Excluding tortious liability on the ground of marital tie?
(Comment on the Judgment of the Spanish Supreme
Court dated 13 November 2018)**

ABSTRACT

The Spanish Supreme Court, in a recent Judgment dated 13 November 2018, and rendered in Plenary Session, dismisses claims for damages arising from misattributed paternity filed by the man who discovers not been the biological father of his child. The Court holds that legal consequences to wife's behavior can only come from marriage's regulation, through divorce or legal separation. Thus, considering that dissolution of marriage is regulated, but no compensation is specifically provided in case of marriage infidelity followed by misattributed paternity, the Court denies applying the tort law remedy to compensate moral damages suffered by the plaintiff. Likewise, the Supreme Court dismisses the lawsuit against the mother for the patrimonial damage consisting of the amounts paid by the claimant in order to maintain the child over the years in which he remained the legal father.

KEYWORDS

Misattributed paternity. Interspousal torts. Tort liability. Moral damage. Maintenance payments. Legal fatherhood.

SUMARIO: I. *Situación jurisprudencial previa a la sentencia del Tribunal Supremo.*—II. *Hechos del caso.*—III. *Cómputo del plazo de prescripción.*—IV. *Daño moral por atribución de paternidad.* 1. Sobre la vulneración de derechos fundamentales. 2. ¿Es la infidelidad la conducta dañosa? 3. Aplicación exclusiva y excluyente de la normativa reguladora del matrimonio. 4. Argumentos de carácter moral. En particular, la protección del grupo familiar.—V. *Daño patrimonial por el pago de la pensión de alimentos.*—VI. *Conclusiones.*—VII. *Bibliografía.*

I. SITUACIÓN JURISPRUDENCIAL PREVIA A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en la sentencia del Pleno, de 13 de noviembre de 2018¹, sobre la reclamación de responsabilidad extracontractual planteada por quien descubre no ser el padre biológico de uno de sus supuestos hijos. Con anterioridad a esta sentencia, habían sido cinco las

¹ STS 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5158).

reclamaciones planteadas ante el TS que se fundamentaban, al igual que en el presente caso, en la ocultación o el engaño sobre la verdadera filiación biológica de uno o varios hijos. En los cuatro primeros casos se habían ejercitado acciones de responsabilidad, contractual o extracontractual, y se reclamaban indemnizaciones por los daños morales o patrimoniales, mientras que en la última ocasión se resolvió sobre una acción por cobro de lo indebido.

Por lo que respecta a las cuatro acciones de responsabilidad planteadas, el TS solo llegó a pronunciarse sobre el fondo en los dos primeros casos, siendo en ambos rechazada la pretensión resarcitoria². Es importante señalar que los argumentos empleados por el TS en cada uno de los pronunciamientos fueron sustancialmente distintos, lo que se explica por los diferentes cauces utilizados³.

En el primer caso, resuelto mediante la sentencia de 22 de julio de 1999, se reclamaba una reparación por la responsabilidad extracontractual en que habría incurrido la demandada al dejar creer al actor que era el padre biológico de uno de los hijos matrimoniales que tenían en común. El TS rechazó las pretensiones del demandante porque no apreció una conducta dolosa de la demandada tendente a ocultar la verdadera paternidad. La importancia de esta sentencia es indiscutible, no solo porque fue la primera en la que el TS resolvió una reclamación de responsabilidad por atribución indebida de paternidad, sino porque el particular criterio adoptado ha sido determinante en los sucesivos pronunciamientos de las Audiencias⁴. Así, mediante una interpretación *a contrario* de la decisión del TS, la estimación de estas reclamaciones, por lo general, se ha hecho depender de la apreciación de dolo en la conducta de la demandada.

En cuanto a la segunda sentencia, de 30 de julio de 1999, la pretensión indemnizatoria no se fundaba en la eventual responsabilidad extracontractual, sino que el TS tuvo que pronunciarse sobre una reclamación de responsabilidad *contractual*. No se resolvió, pues, sobre la aplicación del artículo 1902 CC, sino sobre el artículo 1101 CC. Aunque en esta ocasión la pretensión indemnizatoria también fue desestimada, lógicamente, fueron distintas las razones esgrimidas por el TS. Al tratarse de una demanda de responsabilidad contractual, el actor fundaba su pretensión en la infracción de un deber por parte de la demandada, como era el deber matrimonial de fidelidad. Al TS le bastó señalar la improcedencia de indemnizar por el incumplimiento de deberes conyugales para desestimar la reclamación, pues, si bien es cierto que se había producido un engaño sobre la paternidad, la acción ejercitada solo encontraba su fundamento en la infracción del deber legal de fidelidad.

Años después se plantearon ante el TS las otras dos reclamaciones de responsabilidad, derivadas también del descubrimiento de la falta de paterni-

² Se trata de las sentencias de 22 de julio de 1999 (RJ 1999, 5721) y de 30 de julio de 1999 (RJ 1999, 5726).

³ Como apuntan DE VERDA Y BEAMONTE, *Diario La Ley*, 2007, p. 1666, y BARCELÓ DOMÉNECH, 2012, p. 112, aunque en ambas sentencias se resolvieron reclamaciones por hechos similares, y pese a que en ambas se negó la indemnización, el TS no sentó jurisprudencia en el sentido del artículo 1.6 CC porque es diferente la fundamentación en uno y otro caso, de modo que no concurre la necesaria reiteración de la *ratio decidendi*.

⁴ Respecto de la aquella sentencia, señalaba ROCA TRÍAS, 2000, p. 561, que resultaba muy discutible que, pese a la aplicación del artículo 1902 CC se exigiese el dolo de la demandada. A su juicio, si el TS directamente hubiese negado la aplicación del artículo 1902 CC en el ámbito familiar, la decisión también hubiese sido discutible, pero al menos el argumento habría tenido mayor peso. Como se verá, esto es lo que ha sucedido en la sentencia objeto de este comentario, pues el TS se ha alejado del criterio inicial para decantarse por la inaplicación del artículo 1902 CC.

dad biológica. Sin embargo, el Tribunal no entró al fondo porque apreció la prescripción de las acciones ejercitadas⁵.

Por último, en una sentencia más reciente, el TS volvió a pronunciarse sobre unos hechos similares, esta vez para desestimar una acción de cobro de lo indebido por la que el actor reclamaba la devolución de las pensiones de alimentos abonadas para el mantenimiento de una hija⁶. Aunque no se resolvió una reclamación de responsabilidad civil, este pronunciamiento también constituye un antecedente relevante por su influencia en la nueva sentencia del TS.

Por su parte, las Audiencias Provinciales venían estimando algunas de las reclamaciones de responsabilidad, pero sin que existiesen para ello criterios uniformes. Por lo general, se ha condicionado la estimación de las reclamaciones a la concurrencia de dolo, requisito que se ha extraído de una interpretación *a contrario* de la STS de 22 de julio de 1999. También se han dictado sentencias, aunque minoritarias, en las que se ha cuestionado la necesidad de una ocultación dolosa, desmarcándose alguna Audiencia del criterio del TS por no ser el dolo un requisito que se desprenda del artículo 1902 CC⁷.

Incluso entre las sentencias de las Audiencias que seguían el criterio del TS se aprecian importantes diferencias a la hora de valorar si concurre dolo en la ocultación. El Supremo, en su sentencia de 22 de julio de 1999, no consideró suficiente la existencia de dudas sobre la paternidad biológica, sino que exigió para calificar como dolosa la conducta de la madre la acreditación de un «conocimiento pleno y total certidumbre». Se trata de un criterio muy restrictivo que no siempre ha sido aplicado por las Audiencias. Mientras que en algunas sentencias se ha flexibilizado la apreciación de este requisito, en otras se ha negado su concurrencia pese a la existencia de fuertes indicios. Un ejemplo de las primeras puede encontrarse en la SAP Cantabria de 3 de marzo de 2016⁸, y de las segundas en la SAP Murcia de 22 de marzo de 2018⁹.

⁵ Son las sentencias de 14 de julio de 2010 (RJ 2010, 5152) y de 18 de junio de 2012 (RJ 2012, 6849).

⁶ STS 24 de abril de 2015 (RJ 2015, 1915).

⁷ Así, las sentencias de la AP de Barcelona 16 de enero de 2007 (JUR 2007, 323682) y la AP de Cádiz 3 de abril de 2008 (JUR 2008, 234675) consideraron suficiente la concurrencia de culpa o negligencia.

⁸ En la SAP Cantabria 3 de marzo de 2016 (AC 2016, 799) se aprecia la concurrencia de dolo tras señalar la Audiencia que debe dudarse de la paternidad cuando se han mantenido relaciones extramatrimoniales. Asimismo, se afirma que «una conducta apropiada le obliga a resolver la duda, cuando la tenga, antes de que simplemente se considere padre al esposo por el juego de la presunción de paternidad matrimonial». Seguidamente, la Audiencia se refiere al dolo del artículo 1269 CC, como «las palabras o maquinaciones insidiosas con el objetivo de mover la voluntad de la otra parte, inducida por el error provocado» y considera acreditada su concurrencia. En el caso enjuiciado, la madre informó a la hija cuando ésta tenía 11 o 12 años y omitió comunicárselo al marido hasta el momento de la crisis conyugal. No obstante, parece que la decisión de la Audiencia habría sido la misma de no contar con estos datos, pues se muestra favorable a considerar dolosa la ocultación cuando la demandada hubiese tenido dudas y no un conocimiento cierto sobre la falta de paternidad. Así, se aprecia la concurrencia de dolo porque «la madre ya conocía desde el embarazo que el actor no era el padre de su hija o que la paternidad era, en el mejor de los casos, francamente dudosas». También se muestra más flexible que el Supremo la Audiencia Provincial de Cádiz que, en la sentencia de 13 de junio de 2017 (JUR 2017, 221073), considera probado el dolo de la demandada por haberse allanado ante la impugnación de la paternidad por el marido. Aunque este pronunciamiento es revocado por la sentencia que es objeto de este comentario, el TS no ha necesitado pronunciarse sobre la concurrencia de dolo.

⁹ En el caso resuelto por la SAP Murcia 22 de marzo de 2018 (JUR 2018, 151429) había sido la demandada quien, en un momento de crisis matrimonial, manifestó al marido sus dudas sobre la paternidad de una de las hijas. Además, consta el testimonio de la doc-

Ante la disparidad de criterios existente en las Audiencias, se antojaba necesaria una nueva intervención del TS que permitiese una cierta unificación. Así las cosas, se interpuso el recurso de casación que dio lugar a la sentencia que aquí se comenta. El recurso se planteó contra el pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Cádiz de 13 de junio de 2017¹⁰ que había condenado a indemnizar los daños morales y patrimoniales en un caso de ocultación de la verdadera paternidad. De este modo, se abría ante el TS la oportunidad de volver a pronunciarse casi veinte años después sobre estos supuestos. En primer lugar, cabía la posibilidad de que mantuviese la exigencia de dolo, en cuyo caso debería concretar el modo de apreciación de este requisito y, tal vez, justificar el fundamento jurídico. Otra posibilidad habría sido corregir el criterio restrictivo empleado en la sentencia de 22 de julio de 1999 para decantarse por una aplicación del artículo 1902 CC no condicionada a la concurrencia de dolo. Sin embargo, el TS ha optado por una tercera posibilidad al variar su criterio en el sentido opuesto, negando en todo caso la aplicación del artículo 1902 CC a estas reclamaciones entre cónyuges, con independencia de si concurre dolo o culpa de la demandada.

Antes de pasar a analizar los argumentos empleados por el TS para inaplicar el artículo 1902 CC y, en consecuencia, rechazar las pretensiones del actor, conviene señalar brevemente los hechos del caso y el iter procesal.

II. HECHOS DEL CASO

Los cónyuges D. Marino y Dña. Juliana tuvieron tres hijos nacidos constante matrimonio en los años 1992, 1994 y 1997. Un tiempo después, la pareja pone fin a la convivencia y en 2001 se dicta sentencia de separación, por la que se aprueba el convenio regulador. Entre otras cuestiones, se establece el deber del padre de abonar una pensión de alimentos para los hijos equivalente al 45% de los haberes líquidos que pudiera percibir.

Años después, D. Marino descubre no ser el padre biológico del segundo de los tres hijos. Aunque no se especifica cómo se produce este descubrimiento o por qué aparecen las primeras sospechas, sí consta que D. Marino se somete en 2008 a una prueba de paternidad y, tras comprobar la ausencia de vínculo biológico, interpone demanda de impugnación de la filiación. Paralelamente se tramita el proceso de divorcio, que se resuelve antes que el proceso sobre la filiación. La sentencia que decreta el divorcio se dicta en el año 2009 y fija en 700 € la pensión de alimentos para los tres hijos que el exmarido debe satisfacer mensualmente.

El 9 de noviembre de 2010 recae sentencia estimatoria de la demanda de impugnación de la filiación y un año después, el 9 de noviembre de 2011,

tora que realizó las pruebas biológicas, quien afirmó que los demandados (la madre y el padre biológico), al someterse a dicha prueba, no manifestaban ninguna duda sobre su resultado y que estaban allí solo para corroborar algo que ya sabían. Pese a lo anterior, la Audiencia considera que no se ha acreditado el dolo, «sin que pueda deducirse que el mero lapso temporal entre la concepción y las iniciativas de la madre permita imputarle una actuación dolosa, pues consta que en la época de la concepción mantenía relaciones sexuales con el esposo, sin protección» y añade que «las apreciaciones subjetivas de la testigo no desvirtúan las conclusiones anteriores, pues de lo que se trata es de acreditar una actuación dolosa clara y terminante desde el primer momento, no la existencia de dudas».

¹⁰ SAP Cádiz 13 de junio de 2017 (JUR 2017, 221073).

D. Marino interpone papeleta de conciliación. El acto de conciliación se celebra el 13 de junio de 2012 y, exactamente un año después, el 13 de junio de 2013, se interpone por la representación de D. Marino demanda frente a Dña. Juliana. Se le reclama una indemnización de 70.000 € por los daños morales, la devolución de las cantidades pagadas en concepto de alimentos para el hijo desde el momento de la separación y la mitad del gasto en que incurrió el actor para realizar la prueba de paternidad.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de San Fernando estima la excepción de prescripción y desestima íntegramente la demanda. A juicio del Juzgado, el *dies a quo* del plazo anual de prescripción se sitúa en el momento en que el demandante tuvo conocimiento de que el menor no era su hijo, lo que sucedió en 2008, cuando se realizó privadamente la prueba de paternidad.

El pronunciamiento de la instancia es recurrido en apelación y la Audiencia Provincial de Cádiz, mediante sentencia de 13 de junio de 2017, estima el recurso y condena a la demandada a abonar 15.000 € en concepto de daño moral, 45.971,5 € por las pensiones alimenticias satisfechas por el actor y 522,88 € por los gastos correspondientes al 50% del coste de la prueba de paternidad. A diferencia del Juzgado, la Audiencia no aprecia la prescripción de la acción porque fija el *dies a quo* en el momento en que adquirió firmeza la sentencia que estimó la impugnación de la paternidad. Antes de que hubiese transcurrido un año desde esa fecha, el plazo se interrumpió y volvió a iniciarse tras la celebración del acto de conciliación, por lo que la acción se considera ejercitada en plazo.

Contra esta sentencia se interpone recurso de casación y el TS casa y revoca la sentencia de la Audiencia, absolviendo a la demandada de todas las pretensiones. Son tres las cuestiones sobre las que se pronuncia el TS: la fijación del *dies a quo* del plazo de prescripción, la reclamación de las cantidades abonadas en concepto de alimentos y la reclamación por los daños morales.

Aunque eran cuatro los motivos de casación planteados, dado que no se aplica el artículo 1902 CC, el TS omite pronunciarse sobre el motivo en el que se cuestionaba la concurrencia de dolo en la ocultación que, según había apreciado la Audiencia, resultaba «evidente» porque la demandada se allanó en el procedimiento relativo a la impugnación de la filiación paterna.

III. CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

Como es sabido, el plazo anual para reclamar la responsabilidad civil derivada del artículo 1902 CC comienza desde que el agraviado tiene conocimiento del daño (art. 1968.2.º CC)¹¹. La dificultad que se plantea en los supuestos de ocultación o engaño sobre la paternidad es la determinación de ese momento en que se produce el conocimiento en el sentido del artículo 1968.2 CC. Entre los distintos acontecimientos que pueden suceder y ser determinantes, cabe mencionar la existencia de sospechas fundadas, una eventual confesión de la mujer, los resultados del test de paternidad o la fir-

¹¹ Se prevé, en cambio, una prescripción trienal en el CC de Cataluña (art. 121-21.d del Libro 1.º), iniciándose el plazo cuando, además de haber nacido y ser ejercitable la pretensión, el titular de la misma conoce o puede conocer razonablemente las circunstancias que la fundamentan y la persona contra la que puede ejercitarse (art. 121-23 del Libro 1.º).

meza de la sentencia sobre impugnación de la filiación. Debido a la brevedad del plazo, la fijación del *dies a quo* resulta a menudo decisiva en estos supuestos¹².

A la hora de abordar esta cuestión doctrina y jurisprudencia tienen especialmente en cuenta razones de seguridad jurídica. En este sentido, y siguiendo el criterio mayoritario de las Audiencias, se ha sostenido que el inicio del plazo debería situarse en el momento en que la sentencia sobre la impugnación de la filiación es firme, pues es en ese momento cuando, con carácter definitivo, se tiene la certeza de no ser legalmente el padre¹³. En efecto, atender a la fecha en que deviene firme la sentencia sobre la impugnación permite fijar un momento objetivo y, con independencia de que el descubrimiento hubiese sido anterior, se evitaría la excesiva complejidad de analizar en cada caso todos los posibles momentos en que se tuvo conocimiento del daño y que, previsiblemente, llevarían a considerar prescrita la acción¹⁴.

Por lo que respecta a las dos sentencias en las que el TS se había pronunciado sobre el *dies a quo* en estos supuestos, lo cierto es que los criterios adoptados fueron distintos en uno y otro caso. Aunque en ambas ocasiones se declaró prescrita la acción, no cabía extraer conclusiones claras sobre el momento de inicio del plazo.

Por un lado, la sentencia de 14 de julio de 2010¹⁵ se pronunció en el mismo sentido en que venían haciéndolo la mayoría de las Audiencias al considerar como *dies a quo* la firmeza de la sentencia sobre la impugnación de paternidad¹⁶. En cambio, al volver a pronunciarse, el 18 de junio de 2012¹⁷, el Supremo declaró que la sentencia sobre la filiación no marca el inicio del plazo porque los daños morales no derivan de la pérdida del vínculo legal de filiación. Entendió el TS que el *dies a quo* debe situarse en un momento anterior, cuando el demandante descubre la falta de paternidad biológica y se produce la pérdida de la relación con sus hijas. Este cambio de criterio se ha criticado en la medida en que podría haber respondido a la voluntad del Tribunal de acortar el plazo y declarar prescrita la acción, evitando así tener que pronunciarse sobre el fondo¹⁸.

En cualquier caso, estos pronunciamientos del TS sí aclararon otras cuestiones relativas al cómputo de los plazos en estas acciones. Así, por lo que respecta al daño moral que sufre quien descubre no ser el progenitor, el TS declaró en la sentencia de 14 de julio de 2010 que se trata de daños duraderos o permanentes. Indicó el TS que la persistencia del sufrimiento psicológico no permite calificar los daños como continuados a los efectos de retrasar el *dies a quo* del plazo de prescripción. De lo contrario, podría prolongarse indefinidamente el inicio del plazo, pese a existir un diagnóstico y el conocimiento razonable sobre el alcance del daño. Tal resultado resultaría contrario a la seguridad jurídica (9.3 CE) que fundamenta la prescripción.

¹² Como señala RODRÍGUEZ GUITIÁN, 2017, p. 879, la brevedad del plazo, unida a la ausencia de mecanismos para suspenderlo, constituye un obstáculo importante para las acciones de responsabilidad entre familiares. Sí se prevén causas de suspensión entre familiares en el CC de Cataluña (art. 121-16 del Libro 1.º).

¹³ RODRÍGUEZ GUITIÁN, 2017, p. 866.

¹⁴ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2017, pp. 46-47.

¹⁵ STS de 14 de julio de 2010 (RJ 2010, 5152).

¹⁶ Se muestra de acuerdo con este criterio ÁLVAREZ OLALLA, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2011, p. 32.

¹⁷ STS de 18 de junio de 2012 (RJ 2012, 6849).

¹⁸ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2017, pp. 46-47.

También apeló el TS al principio de seguridad jurídica cuando negó, mediante la sentencia de 18 de junio de 2012, que el inicio del plazo pudiese quedar al arbitrio del demandante. Así, el TS declaró que el *dies a quo* no podía identificarse con el momento en que se emitió, a instancia del actor, un informe médico por el que simplemente se confirmaba un diagnóstico efectuado tiempo atrás. En efecto, semejante criterio equivaldría a dejar en manos del demandante la facultad de determinar el momento en que empieza a correr el plazo.

Vistos los antecedentes, podemos volver a la sentencia de 13 de noviembre de 2018. Antes de volver a pronunciarse sobre esta cuestión, el TS señala que la determinación del *dies a quo* corresponde al juez de instancia, quien debe decidir el concreto caso en atención a las circunstancias concurrentes y de conformidad con las reglas de la sana crítica. En la medida en que se trata de una decisión estrechamente ligada a la apreciación de los hechos y, por tanto, perteneciente al juicio fáctico, en principio no es una cuestión revisable en casación. Sin embargo, dado que en este caso se aprecia también una dimensión jurídica, procede entrar a revisar la decisión.

El TS coincide con la Audiencia al señalar que el plazo de prescripción no empieza a correr en el momento en que el actor tuvo conocimiento de los resultados de la prueba de paternidad realizada privadamente en 2008, sino desde que cesa la presunción legal de paternidad, esto es, al estimarse la demanda de impugnación de la filiación. El TS concluye que la acción se ejercitó en plazo porque, pese a haberse dictado la sentencia sobre la filiación el 9 de noviembre de 2010, el intento de conciliación interrumpió el plazo, que solo volvió a iniciarse tras la celebración del acto de conciliación, el 13 de junio de 2012. En consecuencia, el ejercicio de la acción el día 13 de junio de 2013 no resulta extemporáneo.

El TS se decanta así por el criterio ya mantenido en la sentencia de 14 de julio de 2010, reiteración que sin duda contribuye a la unificación de criterios en las Audiencias y aporta una mayor seguridad jurídica. Además, al considerar que el plazo de prescripción comienza con la extinción del vínculo legal de filiación, el TS opta por la alternativa que resulta más favorable para el demandante.

Aunque esta postura del TS me parece razonable y favorece el ejercicio de la acción, creo que técnicamente puede no ser la más correcta, pues para determinar el momento en que se conoce el daño, el primer paso debería ser la identificación del daño –o daños– cuya reparación se reclama¹⁹.

En todo caso, como se ha señalado por parte de la doctrina, la identificación del *dies a quo* con la sentencia firme que sobre la impugnación de la paternidad no puede amparar conductas oportunistas de quien, conociendo o debiendo conocer la ausencia de paternidad biológica, espera a la separación o el divorcio para impugnar la filiación y reclamar una indemnización²⁰. La pasividad tras el descubrimiento de que la filiación legal no se corresponde

¹⁹ Así lo entiende también DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2017, p. 47, quien señala que «en todas estas demandas se mezclan una serie de conceptos resarcitorios que, en rigor, tendrían cada uno su plazo».

²⁰ FARNÓS AMORÓS, *Derecho Privado y Constitución*, 2011, p. 39, señala que debe determinarse si, en el caso concreto, el demandante conocía o podía sospechar su falta de paternidad biológica. Como señala la autora, se trata, en definitiva, de una cuestión de prueba.

con la verdad biológica conlleva la caducidad de la acción de impugnación, pero también la prescripción de la acción de responsabilidad²¹.

IV. DAÑO MORAL POR ATRIBUCIÓN DE PATERNIDAD

Una de las cuestiones principales que se plantea es si deben indemnizarse los daños morales y psicológicos padecidos por quien creyó ser el progenitor de un hijo y actuó durante años como tal. En el caso analizado, la Audiencia consideró que se había causado un daño por el que debía indemnizarse, pues la situación posterior al descubrimiento de su falta de paternidad produjo en el actor un estado de frustración y desasosiego que influyó en su ánimo hasta el punto de estar de baja por los daños psicológicos. Asimismo, indica la Audiencia que esta situación afectó incluso a la relación con sus otros dos hijos, quienes, según se expone, tomaron partido por su hermano y cortaron las relaciones con su padre. Si bien se trata de un daño de difícil valoración, la Audiencia considera suficientemente probada la existencia de un padecimiento cierto y efectivo y fija en 15.000€ el importe de la indemnización.

El TS, en cambio, entiende que no puede prosperar la pretensión indemnizatoria y afirma que en este pronunciamiento «mantiene en lo sustancial la doctrina sentada en la sentencia 701/1999, de 30 de julio, descartando la aplicación al caso del artículo 1902 CC, por conducta dolosa del cónyuge que ocultó al otro la paternidad de uno de los hijos, que se hace en la sentencia 687/1999, de 22 de julio». Esta aseveración resulta curiosa porque la inaplicación del artículo 1902 CC no es una conclusión que pueda derivarse de los argumentos –al menos de carácter jurídico– contenidos en la sentencia de 30 de julio de 1999. Recuérdese que en aquel supuesto el TS ni siquiera se pronunció sobre la aplicación del artículo 1902 CC. En casación se decidió sobre una reclamación de responsabilidad *contractual* y, por tanto, fundada exclusivamente en el artículo 1101 CC. En aquella ocasión, el ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual resultó extemporáneo, de modo que no llegó a plantearse ante el TS.

Lo anterior es relevante en la medida en que no puede entenderse que esta sentencia haya sentado jurisprudencia en el sentido del artículo 1.6 CC, pues no existe otro pronunciamiento anterior en el que el TS haya declarado inaplicable el artículo 1902 CC para resarcir estos daños. Sin duda los hechos que se enjuician en las sentencias de 22 de julio de 1999 y 30 de julio de 1999 resultan semejantes a los del presente caso, pero en ninguna de aquellas sentencias se negó que fuese aplicable el artículo 1902 CC para reparar daños derivados de la ocultación o engaño sobre la paternidad. Como se ha señalado, en la sentencia de 30 de julio de 1999 esta cuestión no se planteó, mientras que en la sentencia de 22 de julio de 1999 precisamente se mantuvo un criterio distinto al actual, pues se dejó entrever que la aplicación del artículo 1902 CC estaba condicionada a la concurrencia de dolo.

²¹ En cambio, cuando el conocimiento o las sospechas fundadas son previos a la determinación de la filiación, deberá desestimarse la reclamación de responsabilidad con independencia del periodo de tiempo transcurrido. En tal caso, el previo conocimiento de la falta de paternidad biológica impide apreciar un daño imputable a la madre, pues la paternidad habría sido libremente asumida y no imputada.

1. Sobre la vulneración de derechos fundamentales

En la sentencia que es objeto de análisis, el TS entiende que se ha podido causar un daño al demandante, pero niega que se trate de perjuicios por los que quepa reclamar responsabilidad. No obstante, el Supremo precisa que la solución de este caso no deja sin aplicación el sistema general de la responsabilidad civil, pues no dejarían de sancionarse otras conductas constitutivas de delito o vulneradoras de derechos fundamentales. Según expone, se trata simplemente de acotar la aplicación del artículo 1902 CC a aquellos daños que no tienen su origen en el incumplimiento de un deber conyugal, ya que lo relevante no es la existencia de un vínculo matrimonial, sino la de condición de víctima de un daño causado por una acción u omisión culpable o negligente.

En otras palabras, el Tribunal niega la aplicación del artículo 1902 CC en el marco de una relación matrimonial, con la excepción de aquellos daños que deriven de conductas constitutivas de delito o que supongan una vulneración de derechos fundamentales. Me parece innegable que esta decisión supone crear un ámbito de inmunidad –no total, pero sí parcial– por razón del vínculo matrimonial. No se expone, sin embargo, cuál es el fundamento jurídico de esta exclusión parcial del artículo 1902 CC entre quienes están unidos por un vínculo matrimonial.

Además de la falta de justificación para adoptar este criterio respecto de los daños ocasionados entre cónyuges, que no se deduce de ningún precepto en sede de Derecho de familia o de daños, es cuestionable que su aplicación lleve a excluir la indemnización en casos de atribución indebida de paternidad. En la medida en que la conducta causa un importante daño en la esfera psíquica del sujeto, podría entenderse vulnerado el derecho a la integridad moral (15 CE)²². Junto a ello, algunos autores han señalado que en ciertos casos especialmente graves puede producirse la vulneración del honor o la intimidad (18 CE)²³. Además de la lesión de estos derechos fundamentales, no puede dejar de mencionarse que la atribución de una paternidad que ni se corresponde con la verdad biológica ni ha sido libremente asumida supone una grave injerencia en la libertad individual y la autonomía personal, que

²² Así, FARNÓS AMORÓS, *Derecho Privado y Constitución*, 2011, p. 35, entiende que como consecuencia de la ocultación de paternidad puede verse afectada la integridad física y moral del sujeto que debería probar, por ejemplo, la existencia de un cuadro depresivo derivado del descubrimiento.

²³ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2017, pp. 30 y 58, señala que en supuestos especialmente graves pueden vulnerarse derechos reconocidos en la L. O. 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. La vulneración de estos derechos tendría lugar cuando la situación resultase tan insultante que incluso se acercase al escarnio. Así, podría suceder en el caso resuelto por SAP Valencia 2 de noviembre de 2004 (AC 2004, 1994) en el que tres de los cuatro hijos no eran del marido, sino de un amigo íntimo de la familia que a menudo iba al domicilio y que llegó a ir al hospital en alguno de los nacimientos. Quedó también acreditado que diversas personas del entorno familiar conocían esta circunstancia y la madre llegó a jactarse de que los hijos no matrimoniales se sentarían en el Consejo de Administración de la empresa. La Audiencia, sin embargo, consideró que no se vulneró la fama, honor, intimidad ni el prestigio profesional del demandante.

Por su parte, MARTÍN-CASALS y RIBOT IGUALADA, *ADC*, 2011, p. 538, consideran que solo en casos excepcionales, ante conductas vejatorias o comportamientos que resulten especialmente ofensivos y orientados a infligir una afrenta al cónyuge, podría llegar a entenderse vulnerado el derecho al honor.

presentan una clara conexión con el derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, reconocidos en el artículo 10.1 CE.

Cuando se oculta esta información a quien no es el progenitor, se le impone una paternidad que habría estado en condiciones de no asumir, pues mediante el engaño se logra que el marido deje operar la presunción de paternidad matrimonial o que el hombre no casado reconozca legalmente a quien cree que es su hijo biológico²⁴. De uno u otro modo, queda establecida una filiación legal que no se ha podido consentir libremente, con la consiguiente asunción de obligaciones paterno-filiales y la habitual creación de lazos afectivos en el desconocimiento de que se trata de una filiación de eficacia claudicante. Si finalmente se descubre la ausencia de vínculo biológico, pueden desencadenarse importantes padecimientos para quien asumió la paternidad en la creencia de que era el progenitor, sufrimiento que se verá agravado si se pierde o disminuye la relación con el menor.

2. ¿Es la infidelidad la conducta dañosa?

Para negar la indemnización por los daños morales, el TS argumenta que no cabe acudir al artículo 1902 CC para reparar unos daños que se producen en el ámbito del matrimonio por el incumplimiento de un deber conyugal, como es el de fidelidad.

Frente a este razonamiento, cabría objetar que el TS parte de la premisa de que la conducta dañosa es la infidelidad cuando, en realidad, el daño por el que se reclama deriva de la conducta negligente o dolosa consistente en ocultar la ausencia de vínculo biológico con el menor. En mi opinión, habría sido más acertado entender que la ocultación sobre la verdadera paternidad es una conducta diferente a la infidelidad, que puede llevar aparejadas consecuencias muy graves y que deberían ser asumidas por quien opta por imponer a su pareja una paternidad no consentida.

La doctrina mayoritaria también entiende –en contra del criterio que ahora adopta el TS– que los daños derivados de la ocultación de la verdad biológica tienen un carácter autónomo²⁵. En este sentido, suele entenderse que la mera infidelidad no es un comportamiento que genere responsabilidad, mientras que la atribución indebida de la paternidad sí lo es²⁶.

Buena prueba del carácter autónomo de estos daños respecto de los derivados de la infidelidad es la posibilidad de imaginar supuestos en los que tiene lugar el engaño sobre la paternidad sin que haya existido una previa

²⁴ Debe tenerse en cuenta que en uno y otro caso podría el hombre, conocedor de la verdad biológica, haber optado por asumir la paternidad. Es decir, que la discrepancia entre la filiación legal y la realidad biológica no es sí misma un daño. Por el contrario, el daño se encuentra en la privación de la posibilidad de decidir si legalmente se asume esa paternidad cuando, además, dicha privación tiene lugar mediante la ocultación o el engaño sobre el único criterio –el vínculo biológico– que legalmente permite al hombre negarse a asumir una paternidad.

²⁵ Entre otros, señalan el carácter autónomo de estos daños FARNÓS AMORÓS, *Derecho Privado y Constitución*, 2011, p. 34, RODRÍGUEZ GUTIÁN, *La Ley Derecho de Familia. Revista jurídica sobre familia y menores*, 2015, p. 12, y GARCÍA AMADO, 2017, pp. 99 ss.

²⁶ No es esta, en cambio, la postura mantenida por DE VERDA Y BEAMONTE, *Diario La Ley*, 2007, pp. 1666-1668, quien entiende que la infidelidad sí es una conducta de la que deriva un daño moral indemnizable, y ello aunque no se conciben hijos extramatrimoniales. Esta última circunstancia sería relevante, a juicio del autor, porque contribuiría a agravar significativamente el daño moral.

infidelidad. Así sucede, por ejemplo, cuando no hay relación de pareja y por tanto las partes no están sujetas a un deber de fidelidad. Puede pensarse también en supuestos en los que la discrepancia parental no se produzca por una infidelidad, sino porque se atribuya a la nueva pareja un embarazo que es fruto de la relación anterior²⁷.

Otro supuesto hipotético que demuestra que la infidelidad no es la conducta relevante sería aquel en que la relación extraconyugal hubiese sido conocida y consentida por el marido y el engaño se hubiese producido posteriormente, por ejemplo, mediante la falsificación de una prueba de ADN. En tal caso, resultaría especialmente claro que los daños padecidos por el marido no derivarían de la relación extramatrimonial de la esposa, sino que la imputación de la responsabilidad a la mujer se vincularía con el engaño mediante el que logró imponer la paternidad²⁸.

En sentido contrario, un sector doctrinal ha criticado esta distinción por considerarla artificiosa²⁹. A juicio de estos autores, la pretensión indemnizatoria solo podría vincularse con el incumplimiento del deber de fidelidad, pues resultaría incoherente afirmar que la infidelidad no es indemnizable, pero sí lo es la ocultación dolosa del carácter no matrimonial del hijo. Sin embargo, la incoherencia interna que denuncian puede resultar más aparente que real y tal vez la confusión derive de los términos en los que plantean el debate. Así, esta línea argumental insiste en que, si la infidelidad no es indemnizable, tampoco puede serlo la ocultación *de la infidelidad*³⁰. Dado que la infidelidad requiere de una ocultación por parte del cónyuge infiel, sería incoherente –en opinión de esta doctrina– sostener que la infidelidad no es indemnizable y al mismo tiempo afirmar que su ocultación sí puede causar daños susceptibles de ser indemnizados. Esta tesis, en mi opinión, debe descartarse porque equivaldría a tratar la infidelidad y su ocultación, no como meros comportamientos encuadrables en el ámbito del *agere licere*, sino como verdaderos derechos subjetivos. Esta posibilidad, que resulta manifiestamente contraria al artículo 68 CC, explicaría que los terceros tuviesen que asumir los perjuicios que se derivasen del ejercicio de ese derecho.

Creo que es correcto afirmar que el incumplimiento del deber legal de fidelidad, desde el punto de vista de la responsabilidad civil, es una conducta *per se* irrelevante. Debe advertirse que son dos las implicaciones de esta afirmación: por un lado, que no puede sostenerse que la infidelidad lleve aparejado un deber de indemnizar; pero también que la infidelidad no justifica la inaplicación del artículo 1902 CC cuando concurren todos y cada uno de sus presupuestos. Por más que el cónyuge que incumplió el deber de fidelidad tenga interés en no confesarlo, desde luego, la infidelidad no puede operar como una causa de justificación que legitime para causar daños a terceros. La mujer que engaña sobre la paternidad no actúa en ejercicio legítimo de un

²⁷ FARNÓS AMORÓS, *Derecho Privado y Constitución*, 2011, p. 13.

²⁸ Este es el ejemplo que plantea GARCÍA AMADO, 2017, p. 100, nota 16.

²⁹ MARTÍN-CASALS y RIBOT IGUALADA, *ADC*, 2011, p. 558.

³⁰ MARTÍN-CASALS y RIBOT IGUALADA, *ADC*, 2011, p. 558, critican la incoherencia de defender que: «Ser infiel no genera daño resarcible, pero ocultar la infidelidad sí, siempre y cuando de la misma puede haber nacido un hijo». Nótese que los autores no hablan de ocultar la verdad biológica, sino de ocultar *la* «infidelidad». El argumento resulta falaz, no porque no haya una ocultación de la infidelidad –que la hay–, sino porque se omite mencionar que también hay una ocultación de la falta de paternidad biológica, cuando, precisamente, el daño por el que se reclama deriva de la ocultación de esta circunstancia.

derecho ni amparada por un estado de necesidad que excluya la responsabilidad por los daños que previsiblemente pueden derivarse³¹.

Un ejemplo que muestra esta irrelevancia de la infidelidad para el Derecho de daños es el del cónyuge que, tras mantener relaciones extraconyugales, contrae una enfermedad de transmisión sexual y opta por no comunicarlo a su pareja para no confesarle también la infidelidad. Si de esta forma se acabase contagiando la enfermedad al otro cónyuge, ¿tendría algún sentido mantener que el daño no es indemnizable porque deriva de la ocultación de la infidelidad y no se ha previsto un mecanismo resarcitorio ante la infracción de deberes matrimoniales?³² Parece que semejante argumentación no podría sostenerse, en primer lugar, porque la indemnización no persigue sancionar la infidelidad, sino reparar o compensar un daño causado culpablemente por una conducta distinta de la mera infidelidad. Además, del mismo modo que la infidelidad no es la conducta dañosa que puede servir de fundamento a la acción de responsabilidad, tampoco es una circunstancia que pueda alegarse como causa de exoneración de responsabilidad.

Por otra parte, resulta criticable que se introduzca este espacio de inmunidad entre cónyuges por los daños que de algún modo se vinculen con la infracción de un deber matrimonial. Además de tener una muy dudosa justificación legal, aboca a incoherencias evidentes. Nótese que negar el carácter indemnizable de los perjuicios derivados de la infracción de deberes conyugales no sería un argumento suficiente para excluir la responsabilidad cuando entre las partes no hubiese existido un vínculo matrimonial ni, por tanto, un deber de fidelidad. Cabe, pues, preguntarse cómo resolvería el TS un caso similar, en el que la ocultación o el engaño sobre la paternidad hubiese tenido lugar entre los miembros de una pareja no casada, como sucedió en la SAP de Asturias 18 de mayo de 2012³³.

³¹ No obstante, cabe imaginar algún supuesto en el que excepcionalmente la ocultación de la verdad biológica tal vez sí podría estar amparada por un estado de necesidad. Así, habría que preguntarse si en caso de que el hombre padeciese una grave enfermedad cardíaca, con el consiguiente riesgo de infarto ante situaciones de estrés, la ocultación de la verdad biológica no evitaría la causación de un mal mayor. Se trataría de situaciones muy excepcionales, incluso remotas, que deberían ser debidamente probadas y en las que habría que analizar las particulares circunstancias concurrentes.

³² Este supuesto es planteado por RAGEL SÁNCHEZ, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2000, p. 161, para cuestionar si el TS habría aplicado también en este caso el criterio expuesto respecto de la reclamación por atribución de paternidad en la STS 30 de julio de 1999, en la que mantuvo que la única consecuencia económica de la infidelidad es la separación o el divorcio.

³³ SAP Asturias 18 de mayo de 2012 (JUR 2012, 190526). Mediante esta sentencia se resuelve la demanda planteada por D. Leopoldo frente a Dña. Justa, quien era compañera de trabajo al tiempo de producirse los hechos y con quien nunca estuvo unido por un vínculo matrimonial. Según el relato fáctico, tras mantener relaciones sexuales Dña. Justa comunica a D. Leopoldo que está embarazada y convencida de su paternidad. Ambos inician una relación de convivencia extramatrimonial y cuando se produce el nacimiento del hijo que D. Leopoldo tiene por suyo, se inscribe en el Registro Civil como hijo de ambos. A los pocos meses la pareja se separa, ponen fin a la convivencia y suscriben un convenio de mutuo acuerdo en el que se fija un régimen de visitas y la pensión de alimentos. Posteriormente, D. Leopoldo comienza a dudar de su paternidad y, tras realizar la prueba de ADN, impugna la filiación y reclama una indemnización por los daños patrimoniales y morales padecidos.

La Audiencia trae a colación algunas de las sentencias mediante las que se resolvieron demandas planteadas entre cónyuges y señala que la evolución del derecho de familia lleva a admitir el carácter resarcible de los daños causados en el matrimonio. En el caso que se plantea, en el que no hubo matrimonio, sino mera convivencia, la inexistencia de deberes

Si se atiende a los argumentos del TS, parece que habría que diferenciar las demandas de responsabilidad por atribución indebida de paternidad en función de si la filiación que se estableció fue de carácter matrimonial o extramatrimonial, y solo en este último caso podría llegar a estimarse la reclamación. La paradoja, sin embargo, residiría en que ante dos conductas iguales se estaría situando en una posición más favorable a la mujer casada que al actuar infringió un deber que a la mujer no casada que no lo infringió por no estar sometida al mismo³⁴. Cabría además preguntarse si, siendo acciones de responsabilidad extracontractual, esta diferencia de trato podría encontrar alguna justificación o si, por el contrario, constituiría una vulneración del artículo 14 CE en la medida en que supondría una discriminación del varón casado frente al no casado.

3. Aplicación exclusiva y excluyente de la normativa reguladora del matrimonio

El TS sostiene que estos supuestos deben resolverse mediante la aplicación de la normativa reguladora del matrimonio, que prevé la separación o el divorcio, pero no la indemnización de daño moral causado a un cónyuge como consecuencia de una infidelidad, seguida de ocultación de la paternidad y posterior pérdida del hijo que consideraba suyo. Sobre esta cuestión, el TS se remite a la sentencia de 30 de julio de 1999 en la que, además de negarse la responsabilidad *contractual* derivada de la *infidelidad*, se apuntaban como posibles consecuencias ante el *incumplimiento de deberes conyugales* la separación o el divorcio. En aquel pronunciamiento, las referencias a la posibilidad de instar el divorcio o la separación resultaban pertinentes, pues se resolvió una reclamación de responsabilidad contractual fundada específicamente en la infracción del deber legal de fidelidad, precisamente, en un momento en que la separación y el divorcio estaban causalizados. Sin embargo, no se alcanza a comprender por qué el TS reproduce aquellas consideraciones en esta ocasión, pues ni la reclamación planteada se funda en la existencia de una infidelidad, ni la legislación condiciona el divorcio o la infracción de este u otros deberes matrimoniales³⁵.

En este caso, tras poner el foco exclusivamente en la infracción de un deber de fidelidad, el TS señala que las relaciones entre los cónyuges se rigen

conyugales no obsta para que sea exigible una conducta conforme a la buena fe. Entiende la Audiencia que la demandada actuó con dolo, o al menos con negligencia grave, lo que provocó el desengaño y frustración del rol de padre asumido por el actor. Debido a la escasa duración de la falsa apariencia, la indemnización por el daño moral se fija en 3.000 euros. Por lo que respecta a los daños patrimoniales, no se consideran suficientemente probados.

³⁴ Precisamente en este sentido se ha pronunciado recientemente la AP de Madrid que, en sentencia de 24 de mayo de 2019 (JUR 2019, 214532), ha estimado la reclamación de responsabilidad extracontractual en un caso de atribución indebida de paternidad y ha condenado a indemnizar con 50.000€ el daño moral sufrido por el demandante y con 12.191,42€ los días de baja laboral, las dolencias, el diagnóstico, el tratamiento y las consultas que requirió. La Audiencia señala que no resulta aplicable la doctrina de la STS de 13 de noviembre de 2018 porque debido a la ausencia de vínculo matrimonial en el momento de la concepción, en este caso no se incumplió el deber de fidelidad.

³⁵ Por supuesto, desde un punto de vista fáctico, el descubrimiento de la infidelidad sigue siendo causa de divorcios, pero, al permitirse la libre salida del matrimonio, a estos efectos, sería jurídicamente irrelevante que hubiese existido o no una infracción del deber de fidelidad.

—parece que de forma exclusiva y excluyente— por las normas reguladoras del matrimonio. Esta argumentación respondería a una concepción del Derecho de familia como un sistema aislado, al que son ajenas las disposiciones relativas a la responsabilidad extracontractual mientras no se prevea expresamente la indemnización para el concreto supuesto de engaños sobre la paternidad.

En contra de esta postura, se ha señalado que el Código Civil es un cuerpo unitario cuyas normas se interrelacionan y deben interpretarse de forma coordinada. Así, en virtud del principio de especialidad, las normas de Derecho de familia son de aplicación preferente entre los cónyuges, pero no excluyen el remedio indemnizatorio, que deberá aplicarse teniendo en cuenta la especial naturaleza de la relación matrimonial³⁶. En este sentido, se indica que en nuestro sistema de responsabilidad civil no están tasados los daños susceptibles de ser indemnizados y, dado el carácter abierto del artículo 1902 CC, quedarían también incluidos en el ámbito de aplicación de este precepto los daños causados entre familiares³⁷.

Por supuesto, la posibilidad de acudir al remedio indemnizatorio también entre cónyuges no equivale a convertir los lazos familiares en el fundamento de la responsabilidad civil. Esto último supondría utilizar la responsabilidad civil para complementar las normas de Derecho de familia y llevaría a indemnizar daños entre familiares que no serían indemnizables entre terceros. El recurso al remedio indemnizatorio como vía para subvertir el Derecho de familia se ha criticado —con razón— porque supondría asumir que esta regulación tiene lagunas que deben ser colmadas para corregir las supuestas carencias que, a juicio del intérprete, existirían³⁸.

Esto sucede, en mi opinión, cuando se quiere ver en la descausalización del divorcio un argumento para aplicar el artículo 1902 CC ante el incumplimiento de deberes conyugales con la finalidad de reforzar su carácter jurídico³⁹. Sin embargo, que la salida del matrimonio sea libre o esté causalizada en nada afecta a la valoración de si concurren los presupuestos de la responsabilidad extracontractual.

En mi opinión, resulta injustificada la negativa del TS a aplicar en el caso enjuiciado el artículo 1902 CC, pues el único fundamento de tal decisión es la existencia de un vínculo matrimonial. Del mismo modo, creo que no se justificaría una eventual aplicación del artículo 1902 CC basada en la exis-

³⁶ RODRÍGUEZ GUITIÁN, 2017, pp. 900-902. También se pronuncia en contra de la consideración de las normas de Derecho de familia como un sistema cerrado y completo que impediría aplicar el artículo 1902 CC, DE VERDA Y BEAMONTE, *Diario La Ley*, 2007, p. 1660. Como señala este autor, el remedio indemnizatorio se viene aplicando en países como Francia o Italia, sin que suponga un obstáculo la existencia de un vínculo matrimonial entre dañante y víctima.

³⁷ RODRÍGUEZ GUITIÁN, 2017, pp. 900-902.

³⁸ En este sentido, MARTÍN-CASALS y RIBOT IGUALADA, *ADC*, 2011, pp. 528 ss.

³⁹ Así, DE VERDA Y BEAMONTE, *Diario La Ley*, 2007, p. 1661, señala que «una vez suprimida la causa de separación basada en el incumplimiento de los deberes conyugales, parece inevitable hacer entrar en juego el artículo 1902 del Código Civil (*La Ley* 1/1889), para asignarles alguna consecuencia, si no se les quiere privar de trascendencia jurídica y convertirlos en meros imperativos éticos».

Debe tenerse en cuenta que en la actualidad el incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales sí acarrea consecuencias jurídicas, pues es causa de desheredación (art. 855.1.º CC) y de cese de la obligación de prestar alimentos (art. 152.4.º CC). Más allá de estas consecuencias, la previsión de un deber de fidelidad entre cónyuges se justifica porque constituye el presupuesto lógico y necesario para establecer una presunción matrimonial de paternidad.

tencia de un vínculo conyugal por daños que no se indemnizarían de no existir tal vínculo. Entre una y otra postura se encuentra la que, a mi juicio, sería la solución correcta y que pasaría por aplicar el artículo 1902 CC con independencia de la relación existente entre dañante y víctima. De esta forma, las especialidades que pudiesen plantearse por las circunstancias familiares deberían tenerse en cuenta, en el caso concreto, al analizar si la conducta de la que deriva el daño se ajusta a la diligencia de un buen padre de familia (art. 1104 CC)⁴⁰.

Finalmente, después de haber construido toda la argumentación sobre la premisa de que la infidelidad no es indemnizable, haciendo hincapié en el carácter no coercible de los deberes conyugales para inaplicar el artículo 1902 CC, el propio TS reconoce que en la sentencia recurrida no se vincula el daño con la infidelidad, sino con la ocultación de la verdadera paternidad del hijo. En mi opinión, esta constatación echa por tierra toda la línea argumental seguida por el TS en los párrafos inmediatamente anteriores, en la medida en que supone reconocer que se analizaba una cuestión distinta a la planteada. El TS, en cambio, se limita a señalar que en el origen de la ocultación está el incumplimiento del deber de fidelidad y que, al margen de ello, debe rechazarse la indemnización porque resultan de aplicación razones análogas a las expuestas respecto de la infidelidad.

4. Argumentos de carácter moral. En particular, la protección del grupo familiar

Como hemos visto, el TS no niega que la conducta enjuiciada haya podido causar un daño, pero entiende que no es indemnizable ni mediante el recurso a la responsabilidad contractual, ni a la extracontractual. A esta conclusión llega «a partir de un juicio de *moralidad* indudablemente complejo». Resulta difícil analizar el juicio de moralidad al que se alude porque el TS no expone las razones que le llevan a concluir que moralmente es preferible dejar sin reparación a quien sufre este tipo de daños. En todo caso, se plantea la duda sobre si el fundamento de la decisión del TS es de carácter legal o si, como afirma, se ha acudido a argumentos morales y, por tanto, no necesariamente coincidentes con las disposiciones legales aplicables.

A continuación, señala también el TS que este tipo de reclamaciones de responsabilidad llevan aparejadas «consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar», pero no concreta cuáles serían esas consecuencias negativas que en mayor o menor medida parecen haber influido en el sentido de la decisión.

La referencia a la protección del grupo familiar resulta absolutamente indeterminada y permite diferentes interpretaciones. Así, la alusión a las indudables consecuencias negativas para el grupo familiar podría admitir al menos tres lecturas. Una primera hipótesis es que el TS, temiendo una inminente avalancha de impugnaciones de paternidad y reclamaciones de responsabilidad, haya optado por negar la indemnización para evitar estas demandas, al entender que de este modo se protegería la institución familiar. Una segunda posibilidad es que el TS se haya cuestionado cuál debió haber sido

⁴⁰ Así, BARCELÓ DOMÉNECH, 2012, pp. 117 ss., defiende la aplicación del artículo 1104 CC para valorar si la conducta dañosa se ajusta al criterio de diligencia exigible, pues entiende que la responsabilidad no puede limitarse a los casos en que el daño se causa dolosamente.

el comportamiento de la demandada y, asumiendo que la ocultación tuvo lugar en interés de la familia, hubiese considerado que la actuación fue diligente. A diferencia de la primera opción sugerida, este argumento al menos no es de carácter extrajurídico, pero, como se verá, tampoco parece admisible si tomamos en consideración el modelo de familia actual. La tercera posibilidad, que resulta bastante inverosímil, es que el TS se refiriese a las consecuencias negativas para los protagonistas del caso enjuiciado, lo que parece difícil de mantener si se tiene en cuenta que la estimación o desestimación de la demanda poco o nada afectaría a las relaciones ya rotas entre los excónyuges, o respecto del hijo cuya filiación se impugnó. Mientras que esta última hipótesis puede descartarse directamente, a continuación, me refiero a los otros dos razonamientos que podrían estar detrás de la referencia a la protección del grupo familiar.

Como se ha apuntado, es probable que tras la decisión del TS se encuentre el miedo a la multiplicación de estas demandas⁴¹ o, incluso, a que se llegase a generalizar la comprobación de la paternidad en el momento del divorcio para reclamar una indemnización a la exmujer en caso de obtenerse un resultado negativo. Sin embargo, parece que se trata de un temor infundado y prueba de ello es que no se ha producido un aumento significativo de las reclamaciones en los países en que se han estimado⁴². En cualquier caso, aunque se admitiese la existencia de ese riesgo, tampoco estaríamos ante un argumento válido en sede judicial para dejar de aplicar el artículo 1902 CC, sino que, a lo sumo, tal limitación podría llegar a ser una –discutible– decisión de política legislativa.

La exclusión del Derecho de daños en estos casos no creo que constituya una medida protectora de la institución familiar. A mi juicio, la protección de la familia pasa por minimizar los casos de atribuciones indebidas de paternidad y no por dejar desamparado a quien ha podido sufrir importantes daños. La forma de evitar que tras una separación o divorcio se impugne la filiación de uno o varios hijos no es negar la indemnización a quien legalmente le correspondería, sino evitar en la medida de lo posible que se produzcan atribuciones indebidas de paternidad. Para desincentivar estas conductas, tal vez habría que empezar por aplicar el artículo 1902 CC y responsabilizar a quien con su actuación ocasiona este tipo de daños.

Es más, si algún efecto tienen pronunciamientos como este, que premian precisamente a quien culpablemente ha causado el daño, es que generan un incentivo perverso. Tras esta sentencia, el mensaje es claro: a quien concibe como consecuencia de un encuentro sexual con un tercero distinto a su pareja, le conviene mantener el engaño, pues, por grandes que sean los padecimientos que en el futuro se deriven de tal conducta, nunca deberá reparar esos daños que culpable o dolosamente causó.

Analicemos, ahora, la segunda interpretación posible: que la referencia a las indudables consecuencias negativas para el grupo familiar tuviese que ver con la inexistencia de un comportamiento culpable de la demandada. Si, en

⁴¹ Con anterioridad a esta sentencia la doctrina ya había señalado que las reticencias del TS podían responder a este temor. Así, entre otros, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, 2006, p. 174, RODRÍGUEZ GUTIÁN, 2017, pp. 890 ss. y GARCÍA AMADO, 2017, p. 110. En el mismo sentido, BARCELÓ DOMÉNECH, 2012, p. 117, señala que la elevación del criterio de imputación subjetiva ha sido el recurso utilizado para evitar la proliferación de demandas entre cónyuges, lo que critica por no ser este su papel.

⁴² MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, 2006, p. 174.

efecto, el TS se refiere a esto, la idea clave que subyace en la sentencia es que la ocultación de la verdad biológica puede responder al interés de la familia.

Sin duda, todo juicio de moralidad cuenta con un importante trasfondo ideológico y, en este caso, las diferentes posturas que pueden mantenerse parten de una determinada concepción del modelo familiar. Así, para defender la conclusión alcanzada por el TS, previamente habría que asumir que el interés de la familia se identifica con la indisolubilidad, a toda costa, del grupo. De esta forma, se logra plantear el debate como una contraposición de intereses: por un lado, el del marido en conocer si es el padre biológico y, por otro, el interés de la familia en que dicha información, que podría ocasionar un importante conflicto, se mantenga oculta. El siguiente paso en este razonamiento es considerar que el interés del marido debe subordinarse al de la familia para, a continuación, dada la primacía de este último, concluir que la ocultación de la verdad biológica no resulta culpable en el sentido del artículo 1902 CC.

Frente a una argumentación como la expuesta, cabría plantear diversas objeciones. Por ejemplo, de ser cierto que los intereses enfrentados son el del marido y el de la familia, podría cuestionarse si debe ceder la protección del individuo frente a la del grupo⁴³. Por otra parte, si se admite la prevalencia del interés de la familia sobre el de sus miembros y dicho interés se identifica con la ocultación de la verdad biológica, ¿debería indemnizarse en este grupo de casos cuando la falta de vínculo biológico hubiese sido revelada por la propia mujer? Siguiendo semejante razonamiento, se llegaría a la sorprendente conclusión de que engañar a la pareja sobre su paternidad biológica es una conducta diligente, mientras que revelar la verdad biológica sí podría constituir una conducta culpable, no tanto frente al hombre, como respecto de la familia.

Sin perjuicio de las observaciones anteriores, la verdadera crítica que debe hacerse al razonamiento expuesto es que partiría de una premisa errónea. A mi juicio, la evitación de una ruptura de pareja mediante el engaño sobre un aspecto esencial, como es la paternidad, no debería identificarse con el mejor interés de la familia. En primer lugar, porque esa concepción de la familia responde a un modelo tradicional, que resulta contrario tanto a la evolución del Derecho de familia como a la realidad social. Pero es que, además, resulta previsible que la magnitud del conflicto derivado de un descubrimiento tardío lleve aparejadas consecuencias muy graves para todos los miembros de la familia y genere un sufrimiento mucho mayor al que ocasionaría conocer desde el inicio la falta de paternidad biológica.

Por lo tanto, si estos supuestos quieren analizarse desde el punto de vista de los distintos intereses que entran en conflicto, considero que el interés del hombre en decidir sobre su paternidad (o ser resarcido cuando se le impone) no choca con el interés del grupo familiar, sino con el posible interés particular de la mujer en mantener oculta una eventual infidelidad y evitar un conflicto inmediato que podría ocasionar la ruptura de la pareja. Por ello, considero que habría resultado más adecuado tener en cuenta que el Derecho de familia actual, lejos de procurar la indisolubilidad del grupo, considera a los individuos como sujetos libres, autónomos y, consecuentemente, responsables de sus actos.

⁴³ Sobre esta cuestión, ha mantenido ROCA TRÍAS, 1999, pp. 75 y 76, que cuando ven afectados derechos fundamentales del individuo, su protección debe primar sobre el interés familiar.

V. DAÑO PATRIMONIAL POR EL PAGO DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS

Junto con la reclamación por los daños morales, en ocasiones también se ha solicitado la devolución de las cantidades abonadas para el mantenimiento del menor. Es posible que se demande todo lo pagado desde el nacimiento del hijo o que se limite la reclamación a las cantidades abonadas en un periodo temporal más reducido, en particular, la pensión de alimentos pagada tras la separación o el divorcio⁴⁴.

Además del diferente alcance de la eventual reclamación, cabe destacar la existencia de distintos cauces procesales. Así, mientras que algunas demandas se han articulado con base en el artículo 1895 CC, como un cobro indebido, en otras ocasiones se ha acudido al artículo 1902 CC para reclamar la reparación de un daño patrimonial. Antes de que el TS se pronunciase en contra de la estimación de ambas acciones, podían encontrarse sentencias de las Audiencias Provinciales, tanto estimatorias⁴⁵ como desestimatorias⁴⁶, de uno y otro cauce.

⁴⁴ Mientras que las Audiencias en algunas ocasiones han condenado a devolver lo pagado tras la separación, se han rechazado las pretensiones de reembolso de los gastos realizados durante la convivencia para el mantenimiento del menor. Las razones para esta limitación son varias. En primer lugar, se considera que se trata de una contribución debida para el levantamiento de las cargas del matrimonio (arts. 1362.1.º y 1438 CC). En la SAP Valencia 2 de noviembre de 2004 (AC 2004, 1994) se niega la responsabilidad por daño patrimonial porque, pese a tener los cónyuges un régimen de separación de bienes, la alimentación y educación de los hijos que conviven en el hogar familiar corre a cargo de la economía doméstica.

Otra razón por la que se ha denegado la indemnización de lo pagado durante la convivencia es la dificultad para acreditar las cantidades pagadas. Así, en la SAP Gerona 19 de abril de 2018 (JUR 2018, 114596) se desestima la reclamación por lo pagado durante ese periodo de tiempo. La Audiencia entiende que la aportación del actor durante la convivencia no puede calcularse por analogía, atendiendo a la cuantía de la posterior pensión de alimentos.

⁴⁵ Entre las sentencias que estiman las pretensiones indemnizatorias por el daño patrimonial consistente en el pago de alimentos, cabe mencionar la SAP Murcia 18 de noviembre de 2009 (AC 2010, 60), en la que se condena a la madre a devolver las cantidades percibidas como pensión de alimentos para el hijo. En este caso las necesidades de menor estaban cubiertas y las cantidades abonadas por el actor se iban ingresando en una cuenta a nombre del menor. También condenan a indemnizar el daño patrimonial consistente en el pago de la pensión de alimentos tras la separación las sentencias de la AP Gerona 19 de abril de 2018 (JUR 2018, 114596) y de la AP Cádiz 13 de junio de 2017 (JUR 2017, 221073). Esta última, que ha sido revocada por el TS en la sentencia aquí comentada, no resulta especialmente precisa porque, pese a ser la acción ejercitada la de responsabilidad civil, la AP hace también referencia a la «restitución de lo indebidamente cobrado».

En cuanto a los pronunciamientos que estiman las reclamaciones por cobro de lo indebido, pueden mencionarse la SAP Cádiz 3 de abril de 2008 (JUR 2008, 234675) o la SAP León 2 de enero de 2007 (2007, 59972). El caso resuelto en esta última sentencia es particular porque tras el divorcio se atribuyó la custodia de los hijos a quien entonces era legalmente el padre, por lo que no tuvo que abonar una pensión de alimentos a la madre. En consecuencia, no se condena a la madre, sino al padre biológico, a restituir lo invertido por el actor en el mantenimiento de la menor. Se aprecia que el progenitor, que era conecedor de esta circunstancia, se enriqueció injustamente y es condenado en virtud del artículo 1895 CC. También se condenó al padre biológico por apreciarse la existencia de un enriquecimiento injusto en la SAP Santa Cruz de Tenerife 16 de octubre de 2009 (JUR 2010, 79320).

⁴⁶ Se desestima la reclamación de responsabilidad civil por el pago de los alimentos en las sentencias de la AP Pontevedra 13 de diciembre de 2006 (JUR 2007, 38139) y la AP

Eran dos las grandes ventajas de fundar la pretensión de restitución en el artículo 1895 CC: en primer lugar, la acción está sujeta al plazo general de prescripción de 5 años (y no al breve plazo de un año de las acciones de responsabilidad extracontractual) y, en segundo lugar, no se requiere un determinado criterio de imputación subjetiva, de modo que no es necesario acreditar la culpa o el dolo de la demandada. Sin embargo, esta vía fue descartada por el TS mediante sentencia del Pleno de 24 de abril de 2015⁴⁷.

En aquella sentencia el Tribunal rechazó que las cantidades abonadas en cumplimiento de una pensión de alimentos pudiesen ser reclamadas tras el descubrimiento de la ausencia de vínculo biológico seguida de una eventual impugnación del vínculo legal de filiación. Se negó entonces la aplicación del artículo 1895 CC porque, según se argumentó, no resulta indebido el cobro de la pensión de alimentos, en la medida en que existe una obligación legal de pago mientras se mantiene el vínculo legal de filiación. El TS declaró que no cabe exigir la restitución de los alimentos, dada su especial naturaleza, su carácter consumible y el derecho que tenía la hija menor a ser alimentada.

La sentencia se dictó con un voto particular formulado por los Magistrados Excmos. Sres. D. Antonio Salas Carceller y D. Francisco Javier Orduña Moreno, quienes señalaron que no se trataba de una reclamación frente a la hija, ni se reclamaba la restitución de unos alimentos ya consumidos. Por el contrario, la demanda se dirigía contra la madre, a la que se reclamaba la restitución de las cantidades indebidamente satisfechas por el actor. A juicio de los Magistrados, debería haberse estimado la pretensión restitutoria porque los pagos se efectuaron mediando un vicio del consentimiento, como es el error, que resultaba imputable a la demandada.

La división de opiniones sobre la viabilidad de una reclamación de cobro de lo indebido no solo se produjo en la Sala 1.^a del TS, sino también entre la doctrina. Así, mientras que algunos autores criticaron la sentencia y consideraron más acertado el voto particular⁴⁸, otro sector doctrinal se mostró de

Cádiz 16 de mayo de 2014 (JUR 2014, 203955). Ambas entienden que no resulta indemnizable porque el abono de los alimentos estaba justificado por la existencia del vínculo legal de filiación o venía exigido por una resolución judicial. En el segundo caso, la AP considera inadecuado el cauce utilizado y afirma que el actor debería haber instado la nulidad de las resoluciones que impusieron la obligación de pagar alimentos.

Las Audiencias que han desestimado reclamaciones fundadas en la existencia de un cobro indebido han argumentado que sí existía una causa para efectuar la disposición patrimonial. Así, la SAP Baleares 20 de septiembre de 2006 (JUR 2006, 279201), niega la existencia de un enriquecimiento injusto y no se pronuncia sobre la responsabilidad civil por estar prescrita la acción. También entiende que existía una causa o título para el pago la SAP Ciudad Real 29 de febrero de 2012 (AC 2012, 359), que declara que la obligación de pago se extingue, con efectos *ex nunc*, al dictarse la sentencia declarativa de la ausencia de filiación legal. En el mismo sentido, consideran que no concurren los requisitos para aplicar el artículo 1895 CC por existir un título de pago las sentencias de la AP Granada 13 de junio de 2014 (AC 2014, 1628), la AP Jaén 9 de marzo de 2015 (JUR 2015, 129380) o la AP Sevilla 30/06/2017 (JUR 2018, 1821). Más confusa resultaba la SAP Toledo 7 de noviembre de 2002 (JUR 2008, 42414), que se remitía a la STS de 22 de julio de 1999 para rechazar la aplicación del artículo 1895 CC por ausencia de dolo: «Existe [...] una apariencia de probidad en el derecho al cobro y en la obligación de pago, que necesitaría [...] 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».

⁴⁷ STS de 24 de abril de 2015 (RJ 2015, 1915).

⁴⁸ Se muestra muy crítica con la sentencia MUÑOZ GARCÍA, *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina civil y mercantil*, 2015, quien entiende que la argumen-

acuerdo con el criterio del TS y, teniendo en cuenta que se trataba pensiones de alimentos abonadas para el mantenimiento de una menor, consideraron que los pagos estaban justificados por la existencia de un deber legal⁴⁹.

Si bien la estimación o desestimación de una acción de cobro de lo indebido en este grupo de casos plantea importantes dudas, tal y como refleja el debate generado en torno a la sentencia de 24 de abril de 2015, parece que podría resultar menos problemática la aplicación del Derecho de daños. En este sentido, cabe señalar que, por lo general, la doctrina se mostró más favorable respecto de la posible estimación de una acción de responsabilidad extracontractual para reparar el perjuicio patrimonial derivado del mantenimiento de un menor al que se tenía por hijo⁵⁰. Además, al no haberse invocado en aquella ocasión el artículo 1902 CC, el TS no se pronunció sobre esta cuestión, quedando en principio abierta la posibilidad de estimar reclamaciones de responsabilidad en otros supuestos en los que la acción no hubiese prescrito.

En el caso que es aquí objeto de análisis, el hijo había nacido constante matrimonio, por lo que operó la presunción de paternidad, y fue inscrito como hijo matrimonial. Al quedar establecido el vínculo legal de filiación, el

tación resulta poco convincente y el TS pretendió justificar lo injustificable. En su opinión, «las sentencias de la Audiencia y del Tribunal Supremo [...] quieren buscar una fundamentación jurídica *ad hoc* que justifique lo que querían resolver, que no era otra cosa que la desestimación del reembolso de las cantidades» (p. 642). Entiende, además, que la solución puede contribuir en muchos casos a fomentar que el error subsista el mayor tiempo posible (p. 649). La autora se muestra de acuerdo con el voto particular. En el mismo sentido, MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, «La Ley Derecho de Familia». *Revista jurídica sobre familia y menores*, 2016, p. 4, considera que la demanda debería haber sido estimada y precisa que la reclamación no es susceptible de causar un daño a la hija, ni cabe alegar el principio *favor filii*, porque se dirigió exclusivamente frente a la madre.

Años antes de esta sentencia del TS, también RAGEL SÁNCHEZ, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2000, p. 157 y FARNÓS AMORÓS, *Derecho Privado y Constitución*, 2011, p. 49, habían señalado que la percepción de la pensión de alimentos por la madre tras la separación o el divorcio constituiría un cobro indebido. En cambio, lo pagado durante la convivencia supondría, en opinión de estos autores, un enriquecimiento sin causa del padre biológico, que durante ese periodo se habría enriquecido al no tener que pagar la manutención.

⁴⁹ ASÍ, PÉREZ CONESA, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2015, p. 4. En el mismo sentido, ROMERO COLOMA, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2016, p. 85, comparte el razonamiento del TS y señala que no había base jurídica para estimar la acción porque existía una obligación legalmente impuesta entre quien pagaba y la hija que se beneficiaba. También PANIZA FULLANA, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2015 considera difícil calificar el abono de la pensión como un pago indebido (p. 8) y, dada la especial naturaleza de la obligación de alimentos, manifiesta la necesidad de ser cautos al analizar el tema (p. 6).

⁵⁰ Entre otros, ROMERO COLOMA, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2016, p. 85, y PANIZA FULLANA, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2015, p. 8, consideran que sí podría haber prosperado la acción de responsabilidad extracontractual por el daño patrimonial si se hubiese ejercitado y no hubiese estado prescrita. También MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, *La Ley Derecho de Familia. Revista jurídica sobre familia y menores*, 2016, p. 8, entiende que sería viable la reclamación de responsabilidad civil para recuperar las cantidades abonadas, pese a que esta acción plantea dificultades como la mayor brevedad del plazo o la necesidad de acreditar una cierta imputación subjetiva.

Por su parte, MUÑOZ GARCÍA, *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina civil y mercantil*, 2015, pp. 644 ss., lamentaba que en aquella ocasión el TS no hubiese aprovechado para delimitar las acciones por cobro de lo indebido de las reclamaciones por responsabilidad extracontractual, pues ambas figuras presentan importantes diferencias y del pronunciamiento del TS parecía desprenderse que habría sido procedente la aplicación del artículo 1902 CC de no haber estado prescrita la acción.

padre asumió las obligaciones legalmente impuestas, tanto de carácter personal como patrimonial. Es una vez descubierta la ausencia de vínculo biológico, y tras impugnar la filiación, cuando el actor interpone demanda fundada en el artículo 1902 CC para reclamar como daño patrimonial exclusivamente lo pagado en cumplimiento de la pensión de alimentos durante la separación y el posterior divorcio.

El TS rechaza la pretensión y señala que el menor tenía derecho a los alimentos y que los pagos se efectuaron por el actor en cumplimiento de sus deberes legales, deberes que son efectivos hasta que se destruye el vínculo legal de filiación. Asimismo, recuerda el TS que la filiación produce efectos desde que tiene lugar y su determinación tiene efectos retroactivos siempre que dicha retroactividad no resulte contraria con la propia naturaleza de tales efectos (art. 112 CC). En el caso de los alimentos, concluye el TS, su carácter consumible resultaría incompatible con la retroactividad, por lo que se no procede su restitución.

Las razones expuestas no parecen adecuadas para resolver una reclamación de responsabilidad civil porque, con el ejercicio de esta acción, en modo alguno se discute el alcance de los deberes paterno-filiales, ni el derecho del menor a recibir alimentos, ni la irretroactividad del deber de prestarlos. Por el contrario, en el caso que se analiza, el deber legal de mantener a los hijos, no solo no se cuestiona, sino que necesariamente se asume al configurarse como un presupuesto de la reclamación. No se reclama a la madre –ni al hijo– la devolución de las cantidades satisfechas sobre la base de que el menor no tenía derecho a ser alimentado, sino que hay una mera constatación de que el demandante sufrió un perjuicio patrimonial al tener que abonar una pensión de alimentos para el hijo desde la separación. Esta merma en su patrimonio se produjo como consecuencia de la conducta de la demandada, quien con su silencio permitió que se mantuviese durante años el error del actor sobre la verdad biológica, de modo que no fue hasta tiempo después cuando pudo impugnar su paternidad y liberarse de la obligación del pago de la pensión.

La sensación de que el TS resuelve sobre una cuestión distinta a la planteada se explica porque se limita a reproducir parte del Fundamento de Derecho segundo de la mencionada sentencia de 24 de abril de 2015, mediante la que se resolvió la reclamación fundada en la existencia de un cobro indebido (1895 CC). Son dos las observaciones que cabría hacer al respecto. La primera es que resulta ciertamente discutible la utilización de los mismos argumentos empleados para desestimar una reclamación por cobro de lo indebido, cuando es evidente que las razones no son trasladables al caso enjuiciado. En segundo lugar, dado que el TS no ofrece argumentos adicionales a los expuestos en la sentencia de 24 de abril de 2015, llama la atención que este nuevo pronunciamiento no se acompañe de algún voto particular, como sí sucedió entonces.

El TS rechaza la pretensión indemnizatoria para reparar los daños patrimoniales sin referirse siquiera a la concurrencia de los requisitos del artículo 1902 CC, por lo que cabe presumir que opta por no aplicar este precepto. No obstante, a diferencia de lo que sucedía respecto de los daños morales, en este caso la inaplicación del artículo 1902 CC no es expresa, de modo que tampoco se contienen argumentos tendentes a justificar dicha inaplicación. La consecuencia es, a mi juicio, que la sentencia incurre en una falta de motivación difícilmente compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante.

Debe tenerse en cuenta que las razones que llevan al TS a excluir la responsabilidad respecto del daño moral no serían trasladables para negar la indemnización por las cantidades abonadas como pensión de alimentos tras las sentencias de separación y de divorcio. Poco –o ningún– sentido tendría decirle al actor que el remedio previsto por el Derecho de familia es la separación o el divorcio cuando, precisamente, se reclaman unos daños patrimoniales producidos en un momento en que el actor ya estaba separado y que continuaron tras haberse divorciado. No es ya que el argumento carezca de base normativa, es que ni siquiera resultaría aplicable a los hechos del presente caso.

En definitiva, considero que se deberían haber analizado las cuestiones que plantea la acción de responsabilidad extracontractual ejercitada, a saber, si la ocultación la verdad biológica constituye un comportamiento culpable o doloso en el sentido del artículo 1902 CC y si el daño patrimonial resultaría objetivamente imputable a dicha conducta. De ser así, y no concurriendo otras circunstancias como la culpa de la propia víctima o alguna causa de justificación, difícilmente podría negarse la indemnización a quien sufrió la merma en su patrimonio.

VI. CONCLUSIONES

1. Con esta sentencia el TS ha dejado pasar la oportunidad de aplicar con normalidad el artículo 1902 CC a estos supuestos y corregir el criterio expuesto en la sentencia de 22 de julio de 1999 que venían siguiendo la mayoría de las Audiencias Provinciales. Lejos de estimar la pretensión indemnizatoria y señalar que el criterio de imputación subjetiva no es el dolo, el TS ha optado por negar en todo caso la indemnización, tanto si concurre dolo como si no.

2. En este nuevo pronunciamiento, el TS niega la aplicación del artículo 1902 CC entre cónyuges cuando la conducta dañosa no es constitutiva de delito ni supone la vulneración de derechos fundamentales. Cabría preguntarse, en primer lugar, cuál es el fundamento legal de esta limitación del ámbito de aplicación del artículo 1902 CC; y, en segundo lugar, si la imposición de una paternidad y las habituales consecuencias que se derivan tras el descubrimiento de la realidad no afectan a derechos fundamentales, como la integridad moral (art. 15 CE).

3. Al desestimar la reclamación relativa al daño moral, el TS dice reiterar lo expuesto en la sentencia de 30 de julio de 1999. En aquella ocasión se resolvió una demanda de responsabilidad contractual (1101 CC), que fue rechazada porque necesariamente debía fundarse en el incumplimiento de un deber indemnizable, no siéndolo la infidelidad. Sin embargo, ese razonamiento no resulta trasladable cuando lo que se plantea es una acción de responsabilidad extracontractual (1902 CC) para cuya estimación no es necesario que el causante del daño hay infringido un concreto deber, sino que se responde por la inobservancia del estándar de diligencia exigible.

4. Por otra parte, la demanda de responsabilidad por imposición de la paternidad se resuelve como si se tratase de una reclamación por infidelidad. El TS asume que la atribución de la paternidad no constituye un daño autónomo y diferenciable de la infidelidad y, de este modo, llega a la conclusión de

que no procede indemnizar, pues del mero incumplimiento de deberes conyugales no se deriva responsabilidad civil.

5. Por lo que respecta a los alimentos, el TS rechaza que las pensiones abonadas por el actor constituyan un daño susceptible de ser indemnizado. No obstante, no se pronuncia expresamente sobre la exclusión del artículo 1902 CC para reparar daños de carácter patrimonial entre familiares, sino que reproduce parte de una sentencia en la que se enjuiciaba, con base en el artículo 1895 CC, si existía un enriquecimiento injusto o un cobro indebido que obligase a la demandada a devolver las pensiones de alimentos abonadas por el actor tras el divorcio.

6. Se echa en falta una clara distinción entre la pretensión de devolución de los alimentos por aplicación del artículo 1895 CC y la acción de responsabilidad civil mediante la que se pretende la reparación del daño patrimonial que ha supuesto el mantenimiento del menor. Dado que se trata de pretensiones que tienen una fundamentación jurídica distinta, el TS debería haber estudiado si concurrían en este caso los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual, pues era esta la acción ejercitada, y no la de cobro de lo indebido.

7. Es importante destacar que esta sentencia no sienta jurisprudencia en el sentido del artículo 1.6 CC, pues el TS no ha mantenido el criterio restrictivo de la sentencia de 22 de julio de 1999, en el que exigía dolo, sino que ha negado la aplicación de la responsabilidad extracontractual. Tampoco cabe entender reiterado el criterio de la sentencia de 30 de julio de 1999, en la que se resolvió sobre responsabilidad contractual, ni el de la sentencia de 24 de abril de 2015, por la que se rechazó una acción de cobro de lo indebido.

8. Con todo, no puede ignorarse que se trata de una sentencia dictada por el Pleno de la Sala 1.^a del TS, de la que cabe esperar que tenga una especial repercusión en la jurisprudencia menor. Queda por ver si, en efecto, tiene lugar un cambio de sentido en los pronunciamientos de las Audiencias Provinciales o si, lejos lograrse la unificación, simplemente se añade esta nueva doctrina a las diferentes posturas que hasta ahora venían manteniendo las Audiencias.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ OLALLA, Pilar: «Prescripción de la acción ejercitada por el marido contra su ex mujer por daños sufridos al determinarse judicialmente la filiación extramatrimonial de una hija, previamente inscrita como matrimonial», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 9, Cizur Menor, 2011, pp. 25-33.

BARCELÓ DOMÉNECH, Javier: «El criterio de imputación de la responsabilidad civil en el ámbito familiar», *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Moreno Martínez, J. A. (coord.), Dykinson, Madrid, 2012, pp. 79-128.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina: «Daños en el matrimonio y las relaciones de pareja», *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares*, García Amado, J. A. (dir.), Gutiérrez Santiago, P. y Ordás Alonso, M. (coords.), Bosch, Barcelona, 2017, pp. 19-64.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «Responsabilidad civil y divorcio en el Derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales», *Diario La Ley*, n.º 6676, 2007, pp. 1658-1669.

- FARNÓS AMORÓS, Esther: «Remedios jurídicos ante la falsa atribución de paternidad», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 25, enero-diciembre 2011, pp. 9-54.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio: «Infidelidad matrimonial y engaño sobre la paternidad. ¿Dónde está el daño indemnizable?», *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares*, García Amado, J. A. (dir.), Gutiérrez Santiago, P. y Ordás Alonso, M. (coords.), Bosch, Barcelona, 2017, pp. 87-119.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa: «Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales», *Daños en el Derecho de Familia*, De Verda y Beamonte, J. M. (coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 147-177.
- MARTÍN-CASALS, Miquel, y RIBOT IGUALADA, Jordi: «Daños en Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXIV, Fascículo II, 2011, pp. 503-561.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto: «La influencia de la infidelidad en el mantenimiento de la obligación de alimentos a favor de los hijos», *La Ley Derecho de Familia. Revista jurídica sobre familia y menores*, n.º 9, Cuestiones sobre filiación, Wolters Kluwer, 2016, pp. 1-10.
- MUÑOZ GARCÍA, Carmen: «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2015 (1933/2015). Reembolso de las cantidades satisfechas en concepto de alimentos tras declararse la inexistencia de relación paterno filial», *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina civil y mercantil*, Yzquierdo Tolsada, M. (coord.), Dykinson, Madrid, 2015, pp. 635-650.
- PANIZA FULLANA, Antonia: «Derecho de familia y Derecho patrimonial: reclamación de alimentos abonados por quien resulta no ser el padre de la menor», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 11, Cizur Menor, 2015, pp. 1-8.
- PÉREZ CONESA, Carmen: «Impugnación de filiación matrimonial y reclamación de pensión de alimentos. (STS de 24 de abril de 2015. Voto particular)», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 6, Cizur Menor, 2015, pp. 1-5.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: «Comentario a la Sentencia de 30 julio 1999», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 52, Civitas, 2000, pp. 153-164.
- ROCA TRÍAS, Encarnación: «Responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil», *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Moreno Martínez, J. A. (coord.), Dykinson, Madrid, 2000, pp. 533-563.
- *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María: «La responsabilidad civil en las relaciones familiares», *Tratado de Derecho de la Familia*, Yzquierdo Tolsada, M. y Cuenca Casas, M. (dirs.), Vol. VI, Cap. 47, Aranzadi, 2.ª ed., 2017, pp. 841-949.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María: «Luces y sombras de la aplicación del derecho de daños al ámbito de la familia», *La Ley Derecho de Familia. Revista jurídica sobre familia y menores*, n.º 8, Familia y responsabilidad civil, Wolters Kluwer, 2015, pp. 1-20.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «Pensiones alimenticias indebidamente pagadas a hijos menores de edad (en torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2015)», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 3, Cizur Menor, 2016, pp. 79-86.