

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2018 (629/2018)**

**Ocultación al marido de la verdadera paternidad.
Consecuencias para el Derecho de familia
y para la Responsabilidad civil**

Comentario a cargo de:
MARIANO YZQUIERDO TOLSADA
Catedrático de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid
Consejero de Cuatrecasas

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2018

Roj: STS 3700/2018 - **ECLI:** ES:TS:2018:3700

ID CENDOJ: 28079119912018100032

PONENTE: EXCMO. SR. DON JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA

Asunto: Un padre descubre la maliciosa ocultación por parte de la que fuera su esposa de la auténtica paternidad de uno de los tres hijos nacidos durante el matrimonio, y que él consideraba suyo, como los otros dos. La respuesta del Tribunal Supremo es que no se pueden recuperar las cantidades satisfechas en concepto de manutención de ese hijo que era de otro, y que tampoco la situación descrita genera un daño moral indemnizable.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo:** 5.1. Sobre la prescripción de acciones. 5.2. Sobre la restitución de alimentos. Incorrecta aplicación de la regla «in praeteritum non vivitur». 5.3. Sobre el daño moral. 5.4. Conclusión. **6. Bibliografía.**

1. Resumen de los hechos

Durante la vigencia del matrimonio habían nacido tres hijos en 1992, 1994 y 1997. En 2001 los cónyuges se separaron, aprobándose un convenio regulador en el que se puso a cargo del padre, en concepto de alimentos a los tres hijos, el 45% de los haberes líquidos. En 2009 se decretó el divorcio con las medidas pertinentes, entre las que se encontraba 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 de don M. respecto del que había venido considerando como hijo segundo hijo, formuló demanda contra la que había sido su esposa, en la que le reclamaba: a) 35.304,37 euros en concepto de pensiones de alimentos abonados a su hijo, en virtud de sentencias, primero de separación y luego de divorcio; b) la mitad de los gastos abonados para la determinación de la paternidad, y c) 70.000 euros en concepto de daños morales.

La demandada se opuso a tales pretensiones y planteó la excepción de prescripción de la acción, de conformidad con el art. 1968.2 C.civ.

2. Soluciones dadas en primera instancia

La prescripción de la acción fue estimada por el Juzgado, al entender que si el actor conoció en el año 2008 que el menor en cuestión no era su hijo biológico, iniciando ese mismo año la demanda de impugnación de la paternidad, lo cierto es que la papeleta de conciliación no se presentó hasta el 9 de noviembre de 2011. Y la demanda tardó en presentarse hasta el 13 de junio de 2013.

3. Soluciones dadas en apelación

La sentencia de 13 de junio de 2017, dictada por la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, estimó el recurso de apelación planteado por el actor. Se consideró que la acción no estaba prescrita, pues el plazo debe computarse desde que lo supo el agraviado, y ese momento se concreta cuando adquirió firmeza la sentencia en el procedimiento de filiación (9 de noviembre de 2010), y su posterior inscripción registral. Si, en efecto, se instó el acto de conciliación el 9 de noviembre de 2011, la prescripción se interrumpió hasta la celebración de dicho acto 13 de junio de 2012, por lo que al presentarse la demanda el 13 de junio de 2013, la acción ejercitada no estaba prescrita.

Pero en relación con el fondo de la cuestión, la Audiencia concluía que, una vez acreditada la falta de paternidad del actor, se había 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 determinaba que se debieran devolver aquellos que pagó y que se le tuviera que indemnizar por “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”, algo que le habría influido hasta el punto de haber estado de baja por daños psicológicos. La sentencia valoró en 15.000 euros esos daños morales ocasionados.

4. Los motivos de casación alegados

La progenitora del menor interpuso recurso de casación, fundándolo en cuatro motivos:

(i) Infracción de los arts. 1968.2 y 1969 C.civ. y de la doctrina jurisprudencial sobre el cómputo del plazo de prescripción, por entender que este debe iniciarse en el momento en que el actor supo que el menor no era su hijo, algo que conoció ya con los resultados del estudio genético en el año 2008, lo que quedó corroborado en el juicio de filiación donde se practicó una segunda prueba de paternidad en el Instituto Nacional de Toxicología con fecha de 17 de agosto de 2010. Recuérdese que la papeleta de conciliación lleva fecha de 9 de noviembre de 2011, y que la demanda se presentó el 13 de junio de 2013.

(ii) Infracción del art. 1902 C.civ. Decía que no había existido dolo, pues ella tuvo conocimiento de que el segundo de los tres hijos biológicos habidos constante el matrimonio no era de su marido en el proceso de filiación, a resultas de la prueba biológica realizada, por lo que no había existido ni engaño ni ocultación. Además, la sola infidelidad no sería como tal indemnizable.

(iii) Infracción del art. 1902 C.civ. y de la jurisprudencia sobre la inexistencia de culpa extracontractual que determine la responsabilidad y la consiguiente restitución de lo indebidamente cobrado en concepto de alimentos.

(iv) Infracción del art. 1902 C.civ. y de la jurisprudencia sobre la inexistencia de culpa extracontractual que determine la responsabilidad por daño moral y psicológico.

Además, para justificar el interés casacional, el recurso citaba, entre otras, las SSTs de 22 y 30 de julio de 1999, interpretada la primera de ellas, a sensu contrario, en el sentido de que sería precisa la concurrencia de una conducta dolosa para el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual en el supuesto enjuiciado.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. *Sobre la prescripción de acciones*

La sentencia desestima el motivo del recurso planteado en materia de prescripción de la acción planteada. Recuerda que las cuestiones de fijación del *dies a quo* y de cómputo del plazo prescriptivo son de la soberanía del juez de instancia, se encuentran estrechamente ligadas a la apreciación de los hechos y en esa misma medida, no son revisables en casación. Sin embargo, dice a continuación que «el hecho de que la apreciación de la prescripción presente, junto al aspecto fáctico, una dimensión jurídica, ha permitido a esta sala revisar en algún caso la decisión de instancia por razones de correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables». Ciertamente, el recordatorio se antoja innecesario, pues existe una infinidad de sentencias del Tribunal Supremo precisamente en torno al *dies a quo* o al cómputo del plazo.

En la demanda se ejercitó una acción de las que nacen de culpa extracontractual, sujeta a la prescripción de un año, según el artículo 1968.2º del Código Civil. Y el Tribunal Supremo entiende que el momento inicial del cómputo no puede ser, como pretendía la recurrente, el del conocimiento por el demandante de que el segundo de los hijos no era suyo con los resultados del estudio genético al que se había sometido privadamente. Antes bien, el *dies a quo* lo marca el momento en que cesa la presunción de paternidad por sentencia de 9 de noviembre de 2010, y se practica la inscripción, “dado que de otra forma la acción ejercitada sería inoperante”. Si se tiene en cuenta que luego el plazo se vio interrumpido por la conciliación y que ésta se planteó el 9 de noviembre de 2011, está claro que la acción no se hallaba prescrita, aunque fuera por unas horas.

Una apreciación restrictiva de la prescripción como límite al ejercicio de los derechos subjetivos solamente puede conducir a que ni siquiera sea la sentencia que estima la impugnación de la paternidad, sino más bien la notificación de la resolución que declara firme esa sentencia, la que marca la fecha para el cómputo: «la total confirmación de que el actor-recurrente no era el padre biológico de la referida joven se produjo mediante la notificación de la sentencia», dice la STS de 14 de julio de 2010. Los daños morales, y hasta corporales, sufridos por quien se creía padre como consecuencia de la infidelidad de su esposa y del descubrimiento de la extramatrimonialidad de uno de los hijos inscritos como matrimoniales son daños duraderos o permanentes, y no daños continuados. Si se le notificó la sentencia el 27 de marzo de 2003 y él vino a presentar la demanda el 15 de noviembre de 2005, lo que no se puede admitir es una indemnización por todo lo ocurrido desde las primeras sospechas y a partir de esa notificación. Relata la sentencia que el actor aducía su «decaimiento, astenia, mayor nivel de angustia que el habitual, dificultad para dormir, etc., síntomas que han estado presentes en los últimos tres años», atri-

buyendo el paciente su sintomatología y su malestar emocional “a la relación conflictiva que mantiene con su ex mujer y a su situación laboral», y junto a ello, solicitaba al tiempo el «daño patrimonial y enriquecimiento injusto derivado de haber criado, educado y alimentado como hija suya a quien no lo era». Con estimable dureza, la sentencia añade: «ni desde luego cabe encuadrar en el concepto de daño continuado, a los efectos jurídicos de que no comience a correr el plazo de prescripción de la acción, el recuerdo más o menos periódico, más o menos intenso u obsesivo, de lo sucedido anteriormente, incluso aunque este recuerdo pueda repercutir en el estado de salud del sujeto, ya que de admitir semejante identificación el inicio del plazo de prescripción se prolongaría indefectiblemente, en todos los casos imaginables, hasta la muerte del propio sujeto, y por ende incluyendo la propia muerte entre los daños imputables al demandado por su conducta en cualquier tiempo pasado».

Se trata de una solución práctica y segura, que también se encuentra en la SAP de Barcelona de 27 de octubre de 2011, en la SAP de Cantabria de 3 de marzo de 2016 o en la SAP de Pontevedra de 22 de septiembre de 2016. Si el cómputo ha de arrancar «desde que lo supo el agraviado», el conocimiento cierto e inequívoco ni siquiera lo da el conocimiento del resultado de unas pruebas de ADN (así, SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004). En la STSJ de Cataluña de 21 de enero de 2016 se dio a la analítica un carácter nada inequívoco: era la madre quien impugnaba la paternidad matrimonial, al amparo de un documento aportado por ella misma, que confesaba haber tomado una muestra biológica de su marido y una de la menor y haberlas enviado al laboratorio. Había, en fin, dudas de que las muestras enviadas y analizadas fueran de la menor y del marido de la actora, y no era posible atribuir al informe ninguna eficacia probatoria.

Otra cosa es que quepan las contadas excepciones, cuando sea de todo punto incontestable que el interesado conoció en un momento anterior su falsa paternidad. Pero habría de ser realmente incontestable, y por eso no me convence la SAP de Gerona de 19 de abril de 2018: pues si es el propio hijo, sobradamente mayor de edad, quien hace saber la no paternidad al *falso* padre, eso tampoco es concluyente, pues la información puede no ser necesariamente cierta. Igualmente pudiera presentarse como excepcional el caso concluido con la STS de 18 de junio de 2012, pero no lo es tanto. El actor ya tenía diagnosticada la depresión y dejó pasar más de un año para demandar a su ex esposa y al padre biológico de las niñas a las que siempre había considerado como hijas suyas. Entendía, sin éxito, que el *dies a quo* lo había de marcar la fecha en que quedó acreditada la filiación extramatrimonial, pero la sentencia declara que ese daño moral –único que se alegaba y quedaba probado– no trae causa de la pérdida legal de las hijas, sino del engaño sobre la concepción y del hecho de que, tras el divorcio, se hubieran ido a vivir por decisión de la madre con el padre biológico, sin que la sentencia de la filiación añadiera ninguna nueva alteración acreditada. A mi entender, acaso la sentencia de filiación sí habría constituido *dies a quo* de una eventual reclamación por las cuestiones

derivadas del cumplimiento de unos deberes de manutención y crianza de las niñas que terminaron demostrándose inexistentes. Si es así, esta sentencia tampoco es que signifique una excepción.

Y en la sentencia objeto de este comentario, el Alto Tribunal sigue la pauta marcada con reiteración por la Sala: no interesa el conocimiento por parte del interesado de los resultados de una analítica o estudio genético, sino el momento en el que por sentencia de filiación cesa la presunción de paternidad.

5.2. Sobre la restitución de alimentos. Incorrecta aplicación de la regla «in praeteritum non vivitur»

La STS de 13 de noviembre de 2018 niega el derecho a obtener la restitución de las cantidades desembolsadas por la manutención del niño por quien acabó demostrándose que no era su padre. Pero si para ello comienza recordando lo que la propia Sala 1ª había sentado en la STS de 24 de abril de 2015 (también plenaria), empezamos mal. En aquel caso, la demanda se había planteado con base en el art. 1895 C.civ., esto es, en el ámbito de las acciones por cobro de lo indebido. Y el Tribunal entendió que la acción realmente entablada no era la de cobro de lo indebido sino de pura responsabilidad civil: no era una acción de enriquecimiento sino de resarcimiento. Y entonces, estaba prescrita cuando la demanda se planteó.

Dice la sentencia que la cuestión no era de cobro de lo indebido porque nunca llegó a existir una indebida prestación alimenticia a un hijo que luego se demostró que no era del pagador. Si el niño nació constante matrimonio, y si como tal se inscribió en el Registro Civil por razón de la presunción de paternidad matrimonial de los arts. 113 y 116 C.civ., reforzada por la presunción de convivencia del artículo 69, entonces había obligación de alimentarlo, como también de educarlo o de tenerlo en su compañía (art. 154). «(L)a función de protección debía cumplirse y el hijo debía ser alimentado, lo que impide que pueda solicitarse su devolución por el hecho de que no coincida la paternidad real, basada en la realidad biológica, con la formal». No hubo, en fin, ni pago ni cobro de lo no debido. Otra cosa es que pudiera haber daño por el dolor padecido.

La diferencia entre una sentencia y otra radica en que en el caso de la de 2015, se ejercitaba una acción de cobro de lo indebido, se reprochó al actor que en realidad se trataba de una acción de resarcimiento de daños y perjuicios, y se decidió que estaba prescrita. En cambio, en la de 2018, la devolución se planteaba, no como una pretensión de enriquecimiento injusto por cobro de lo indebido sino al amparo del art. 1902. Y ahora el Supremo no aprecia prescripción, pero sí que no había nada que devolver porque lo que siempre había existido es pago «de lo debido».

O lo que es lo mismo, «*el derecho a los alimentos del hijo existía, por tanto, por el hecho de haber nacido dentro del matrimonio; y, como consecuencia de esa apariencia de paternidad, el padre hizo frente a todas las obligaciones que le correspondían, entre las*

que se encontraba no solo la manutención económica, sino la de velar por él, tenerlo en su compañía, educarlo, formarlo, representarlo y administrar sus bienes. Los pagos se hicieron, en definitiva, como consecuencia de una obligación legalmente impuesta entre quien pagaba y quien se beneficiaba de dicha prestación, y es efectiva hasta que se destruye esta realidad biológica mediante sentencia dictada en proceso de impugnación de la filiación matrimonial».

No me convence en absoluto la idea, y menos si se quiere encontrar apoyo en la conocida STS de 18 de abril de 1913, «que confirma la línea jurisprudencial de las sentencias de 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1897, 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 perentorias de la vida. No se devuelven los alimentos como tampoco se devuelven los demás efectos asociados a estos derechos y obligaciones propias de las relaciones de los padres con sus hijos». Es decir, se quiere encontrar un apoyo en la regla según la cual «*in praeteritum non vivitur*». Pero es que esto no tiene nada que ver, como tampoco tiene nada que ver el hecho de que se tenga derecho a los alimentos desde que se necesitan, pero los consumidos, consumidos quedan, y por parecida razón, no puedan pedirse los alimentos anteriores a la fecha de la reclamación judicial o extrajudicial (art. 148 C.civ.).

Prosigue la sentencia explicando que los pagos se hacen como consecuencia de una obligación legalmente impuesta entre quien pagaba y quien se beneficiaba de dicha prestación, y esa obligación es efectiva hasta que se destruye la realidad biológica mediante sentencia dictada en proceso de impugnación de la filiación matrimonial. Y dice también que el art. 112 C.civ. establece que la filiación produce sus efectos desde que tiene lugar, y su determinación legal tiene efectos retroactivos, pero ello es así siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la ley no disponga lo contrario. Es aquí lo que sucede, según la sentencia, «dado el carácter consumible de los alimentos».

Repito que todo esto no tiene nada que ver. A mi juicio, y como dijeron los Magistrados disidentes en la STS de 24 de abril de 2015 (Excmos. Sres. Salas Carceller y Orduña Moreno), no nos encontramos ante un caso de devolución de alimentos consumidos. La acción no se dirige contra el alimentista, sino contra la madre de éste. Tal vez el legitimado pasivamente era en realidad el padre verdadero, que a la sazón era quien tenía el deber de alimentar, educar y velar. Pero claro, ¿para qué lo iba a hacer si ya lo hacía quien (ahora sabemos que) no debía hacerlo? En ese Voto Particular se lee que si no se admite una pretensión restitutoria, se está premiando la impunidad de actuación. Comentando esa sentencia, dice Muñoz García (pg. 648) que el parecer mayoritario de la Sala beneficia a quien propició la ocultación (en aquel caso, era la madre la demandada) en perjuicio de quien la soportó. Al menos admítase, como hace Farnós Amorós (2007, pg. 15), la recuperación de las cantidades satisfechas a partir de la fecha de la interposición de la demanda, a semejanza

de lo que sucede en el régimen común de alimentos entre parientes (art. 148 C.civ.), y como se afirma en las SSAP de Santa Cruz de Tenerife de 5 de julio de 2002 y de Madrid de 11 de mayo de 2004 (ambas para casos de reclamación de paternidad), o en las SSAP de Barcelona de 22 de julio de 2005 y de Cádiz de 3 de abril de 2008 (para sendos casos de impugnación de paternidad).

De la doctrina jurisprudencial (impecable y actualizada casuística en Parra Lucán (2014, pgs. 852 y ss.) y de los autores se deducen las características y requisitos de la acción de enriquecimiento injustificado e, indirectamente, las diferencias con las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios. Para que prospere una demanda de enriquecimiento es necesario que, (i) debido a una conducta positiva –no cabe enriquecimiento «por omisión»– haya existido un (ii) provecho patrimonial correlativo a un (iii) empobrecimiento del demandante, de cuyo patrimonio se ha desplazado un bien o derecho (iv) sin causa que lo legitime, y sin que sea necesario que exista mala fe o negligencia del enriquecido (hasta puede haber sucedido con su absoluta ignorancia). Debo insistir en que esa correlatividad (relativa, añadiría yo) entre enriquecimiento y empobrecimiento no significa necesariamente que tengan que coincidir las cuantías (Orozco Muñoz, pg. 100), si no queremos acabar catalogando la acción de enriquecimiento como una subespecie de la de resarcimiento. Como dice Álvarez Caperochipi (1993, pg. 93), la conexión se refiere a la existencia de una persona legitimada para reclamar una ventaja indebidamente retenida por otra, más que a una verdadera correlatividad.

5.3. Sobre el daño moral

Pero el error cometido por la STS de 13 de noviembre de 2018 es, si cabe, aun mayor si nos limitamos a lo que era estrictamente materia de responsabilidad civil –debo insistir que la cuestión de la restitución de los alimentos no lo era–. Y no vale como excusa comenzar diciendo que «la cuestión del daño moral en el ámbito familiar en el concreto supuesto de ocultación de la paternidad, no es ajeno a esta sala, que ha dictado cuatro sentencias, todas ellas desestimatorias de la pretensión indemnizatoria de daños morales», pues a lo mejor hay que acabar diciendo que el Tribunal Supremo se equivocó también, al menos en dos de ellas (en las otras dos se apreció la prescripción de la acción), que son las que precisamente utiliza esta sentencia para apoyarse, y que son las SSTS de 22 de julio de 1999 y 30 de julio de 1999. Y adelanto que, si bien no me parece convincente la resarcibilidad del daño moral consistente en la infidelidad matrimonial, no puedo decir lo mismo en lo que se refiere a la ocultación de la paternidad.

En la STS de 22 de julio de 1999 se denegó la responsabilidad por no ser dolosa la conducta de la esposa, que no conoció la verdadera paternidad del hijo hasta el tiempo de la interposición de la demanda de impugnación de la filiación. Algo sumamente curioso que diga el Alto Tribunal que el art. 1902 exige, para que se dé la obligación de reparar el daño causado, que se aprecie

«una conducta dolosa en el comportamiento atribuido a la señora». El dolo es precisamente el factor de atribución que no aparece en el precepto de modo explícito, que solamente se refiere a la culpa o negligencia. El error de la sentencia es clamoroso. Pero sirvió de base para que también dijeran semejante cosa las SSAP de Pontevedra de 13 de diciembre de 2006, de Burgos de 16 de febrero de 2007 o de Castellón de 12 de junio de 2014.

Pero es que en la STS de 30 de julio de 1999 ya daba lo mismo que hubiera dolo o no lo hubiera, porque ahora la razón de la negativa pasó a ser que «el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro, no es susceptible de reparación económica alguna». Entender que la infracción de los arts. 67 y 68 C.civ. (deberes de respeto, ayuda mutua y fidelidad) permite hablar de respuestas desde el terreno de la responsabilidad civil «llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial conllevaría indemnización». Y «no se niega que conductas como esta sean susceptibles de causar un daño. Lo que se niega es que este 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». «Se trata de unos deberes estrictamente matrimoniales y no coercibles jurídicamente con medidas distintas». Se trata, en fin, de dejar al Derecho de familia visiblemente extramuros del Derecho de daños, una idea que Rodríguez Guitián ve claramente asociada con consideraciones de moralidad de la familia patriarcal decimonónica (2009 y 2016).

En definitiva, lo que esta sentencia vino a decir es que la infidelidad solamente había de tener consecuencias en orden a conformar una causa de separación matrimonial, pues así era en el sistema anterior a la reforma operada por la Ley 15/2005 de 8 de julio: «Indudablemente, el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil, son merecedores de un innegable reproche ético-social, reproche que, tal vez, se acentúe más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que *la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación sustantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial* en su artículo 82 pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos, (...) e igualmente, no cabe 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». Entienden Salvador Coderch y Ruiz García (2000, pgs. 45 y 62) que una cosa son los efectos matrimoniales de la crisis y otra que se admita a la infidelidad como causa de daños morales indemnizables, pues ello equivaldría a reconocer un «derecho a ser amado en exclusiva».

La *puntilla* la puso el ATC de 4 de junio de 2001, que inadmitió el recurso de amparo contra la STS de 30 de julio de 1999 con esta paupérrima argumen-

tación: «En cuanto a la violación del art. 14 CE, una vez acreditada la existencia del daño moral reclamado, se exime de pagar la indemnización con base en el matrimonio, por el hecho de que los niños eran fruto de una infidelidad y que el art. 82 CC no prevé la indemnización de daños. Se aplica una eximente que es el matrimonio que, de no mediar el vínculo conyugal entre los esposos, y admitido que existió engaño, obligaría a la esposa a indemnizar al recurrente». Ha leído usted bien, amable lector: el matrimonio como eximente.

Sin embargo, y aunque el giro operado por la reforma de 2005 fue decisivo (y hasta hubo quien, como Vargas Aravena [2009], sugirió que los autores partidarios de esta tesis revisaran sus postulados), nada parece que importara en lo que aquí interesa. Desde entonces, a la víctima de la infidelidad ya no se la puede *consolar* con el *obsequio* de la causa de separación, pues ya no existen propiamente causas de separación ni de divorcio. Al menos la sentencia de 1999 tenía un contexto que ya no se da en la de 2018. En ésta se insiste que «esta Sala mantiene en lo sustancial la doctrina sentada en la sentencia 701/1999, de 30 de julio». Desaparecieron, sí, las causas de separación y divorcio (y entre ellas, la infidelidad), pero ello no significa que en el actual sistema de libertad para dar fin a la convivencia matrimonial o al propio vínculo no pueda estar presente la infidelidad (no como causa sino) como *motivación...*, con lo cual la consecuencia sigue siendo la misma: el despedido siempre tiene la posibilidad de separarse y divorciarse, como antes. Pero el daño sigue sin tener respuesta en derecho (de daños). Rotundamente en contra se ha mostrado De Verda y Beamonte (2007), firme partidario de que de la infidelidad no recíproca respondan civilmente, y de manera solidaria, el cónyuge infiel y el tercero. Y hasta hay alguna rotunda respuesta judicial como la SAP de Cádiz de 3 de abril de 2008 que aboga decididamente por la necesidad de configurar los deberes conyugales como imperativos más allá de lo puramente ético, de manera que el legislador adopte soluciones que supongan una sanción efectiva frente a la infracción de los mismos. Más aún: existen diversas estructuras y modelos de convivencia en pareja, pero «quien contrae matrimonio adquiere la legítima expectativa a que su cónyuge lleve a efecto los compromisos que adquirió al prestar su consentimiento y debe tener derecho a obtener una indemnización si el incumplimiento cualificado de aquellos le ha causado un daño».

Pero el problema es que las sentencias no muestran un escenario de «simple infidelidad» con los consiguientes *terceros* en discordia. Es que junto a los terceros hay «cuartos», precisamente como fruto de la infidelidad. Y si se quiere decir que el daño moral por la infidelidad no es resarcible, al menos se podría reconocer un daño diferente y resarcible, como advierte agudamente Farnós Amorós en su comentario a la SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004 (2005, pg. 8): haber vivido engañado durante años en la creencia de ser padre es algo independiente «respecto del interés en el mantenimiento del matrimonio y del respeto a sus reglas, de tal modo que es discutible que puedan quedar al margen de la responsabilidad extracontractual, y más si se tiene en cuenta que el principio general del art. 1902 CC puede aplicarse al ámbito de las relaciones familiares». Naturalmente, y así se reconoce también en la

SAP de Valencia de 5 de septiembre de 2007, de Barcelona de 16 de enero de 2007 (también comentada por la misma autora [2007]), de León de 2 de enero de 2007, o de Gerona de 19 de abril de 2018.

Y, desde luego, todo menos aportar como razón (más bien como pretexto) para no resarcir los daños morales el que, de admitirse, podría haber un desbordamiento o indeseable proliferación de este tipo de reclamaciones, que es algo que la propia sentencia comentada insinúa, sin llegar a decirlo. También hay muchos accidentes de circulación y a nadie se le ocurre decir que no deban resarcirse los daños para no sobrecargar a los tribunales de justicia.

Pero es oficio del jurista el distinguir. Una cosa es que el incumplimiento de deber de fidelidad no sea indemnizable y otra que no lo sea la ocultación de la verdadera paternidad y hasta la imputación de una paternidad falsa. He escrito Algarra Prats (2012, pg. 53) que «algo fallaría en el Derecho civil en general y en el Derecho de familia en particular si no se pudiera conceder una indemnización al cónyuge engañado respecto a la paternidad de los hijos».

5.4. *Conclusión*

Creo que existe en esta materia una mezcolanza de difícil digestión entre conceptos que forman parte de las acciones de carácter restitutorio de pagos hechos indebidamente y las puramente resarcitorias de daños, y aún dentro de éstas, tampoco se distinguen debidamente las especies. En su comentario crítico a la STS de 30 de julio de 1999, Ragel Sánchez (2000, pgs. 153 y ss.) apreciaba el daño material, que hábilmente (y puede que tramposamente) reconducía por medio de una acción de cobro de lo indebido contra la madre de las criaturas (para la etapa en la que ya había separación de hecho, pues el infortunado padre putativo había satisfecho alimentos en la creencia de que los hijos eran suyos) y otra acción pura de enriquecimiento injusto contra el verdadero padre (correspondientes a la etapa anterior a la separación, pues durante la misma, quienes cobraban eran los proveedores de productos y los prestadores de servicios, no la madre). Hasta aquí, en fin, el mundo del enriquecimiento injustificado.

Pero Ragel apreciaba también –como lo hago igualmente yo– en el caso de esa sentencia de 1999, en la que ahora viene a fijarse la que es objeto de este comentario, la existencia de daño moral. Enriquecimiento injusto, sí, pero también resarcimiento. Y si no se quiere que así sea por razón de la infidelidad, al menos concédase por razón de la ocultación cometida y la frustración padecida. Es cierto que son daños de difícil valoración y que se infligen en sentimientos muy íntimos, pero decir que todo ha de quedar *en la familia* suena a aquello de «lavar los trapos sucios dentro del vestuario», si se me permite la expresión de la prensa deportiva. Y debe añadirse que, desde luego, también sufre daño ese hijo que de pronto sabe que su padre es otra persona (de él no se olvida Rodríguez Guitián [2009], pgs. 171 y ss.), aunque no habla ni puede hablar de ese daño la sentencia objeto de este comentario, porque no formaba parte del litigio.

Es preciso identificar las pretensiones, que en este tema no es una (la restitución de alimentos satisfechos) ni son dos (restitución de alimentos satisfechos y la infidelidad), sino tres (la restitución de alimentos satisfechos, la infidelidad y el ocultamiento, malicioso o no, de la verdadera paternidad). Esta sentencia parece que valora las unas haciéndolas depender de las otras, acaso porque demandante y recurrentes tampoco distinguieron muy bien.

Me habría convencido más una sentencia que, ante las tres pretensiones, hubiera atendido la primera y, desde luego, también la tercera. Y es que, como dice la SAP de Oviedo de 18 de mayo de 2012, el entendimiento de que no debe aplicarse el régimen ordinario de la responsabilidad civil a los daños causados entre sí por los miembros integrantes de la familia está en decadencia, si vemos que junto a la familia y el matrimonio como *institución*, hoy día asistimos a otro panorama (seguramente, no incompatible, añadido yo): familia y matrimonio como *comunidad* (Pérez Gallego, 2015).

Pero siempre distinguiendo pretensiones, insisto. Ése ha de ser el punto de partida, pues, como puede leerse en el trabajo fundamental de Martín Casals y Ribot (pg. 561), «no es posible tratar todos los casos bajo el prisma reduccionista de que todo perjuicio ligado a la existencia de un vínculo conyugal o familiar comporta un daño indemnizable. Por un lado, porque la aplicación indiscriminada del Derecho de la responsabilidad civil subvierte algunos de los principios fundamentales articulados en el Derecho de familia contemporáneo y en su desarrollo jurisprudencial. Los delicados equilibrios que en esta materia han tardado lustros en configurarse corren peligro de destruirse con la entrada, como elefante en cacharrería, de remedios indemnizatorios muy escasamente perfilados. Por otro lado, en muchos casos se hace evidente que se ha alcanzado el límite de las posibilidades del Derecho. Tal es el caso de la protección de las expectativas de orden personal de los cónyuges dentro del matrimonio (v. gr. fidelidad, apoyo mutuo, respeto) o de aquello que los hijos pueden esperar de sus progenitores respecto al trato que les deben dispensar (v. gr. ser criados y educados con cariño y respeto a su personalidad). En resumen, aun en los ordenamientos jurídicos que parten de una cláusula general de responsabilidad deben analizarse y sopesarse los intereses en juego para no convertir las reclamaciones indemnizatorias en una intolerable cortapisa a las libertades individuales o en una tenebrosa máquina del tiempo que nos devuelva a un marco de relaciones familiares opresivas de las que el moderno Derecho de familia ya nos había liberado».

6. Bibliografía

Algarra Prats, «Incumplimiento de deberes conyugales y responsabilidad civil», en Moreno Martínez (coord.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, ed. Dykinson, Madrid, 2012, pgs. 11 y ss.