

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de León

Curso 2015/2016

**RESPONSABILIDAD
EXTRACONTRACTUAL GENERADA ENTRE
FAMILIARES: ALGUNOS SUPUESTOS
PROBLEMÁTICOS**

**RESPONSIBILITY CONTRACTUAL EXTRA GENERATED
BETWEEN RELATIVES: SOME PROBLEMATIC SUPPOSITIONS**

Realizado por el alumno Dña. ANA MARÍA GONZÁLEZ MOREIRA

Tutorizado por la Profa. Dra. Dña. HELENA DÍEZ GARCÍA

ÍNDICE:

ABREVIATURAS.....	1
RESUMEN, ABSTRACT.....	2
METODOLOGÍA UTILIZADA.....	3
1. INTRODUCCIÓN.....	4
2. LA PROBLEMÁTICA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR Y ENTRE FAMILIARES.....	7
3. DAÑOS ENTRE CÓNYUGES.....	14
3.1. Los deberes conyugales y su infracción.....	14
3.2. Responsabilidad por infidelidad en el matrimonio.....	18
3.3. La nulidad del matrimonio.....	23
3.4. La pensión compensatoria ¿Indemniza un daño patrimonial? ¿Y la “pensión del art. 1438??	27
3.4.1. Pensión compensatoria del artículo 97 CC.....	27
3.4.2. La compensación económica del 1438 CC.....	35
3.5. Supuestos tipificados como delitos.....	39
3.6. Daños patrimoniales derivados de la gestión patrimonial realizada por uno de los cónyuges y causados al otro.....	41
4. DAÑOS CAUSADOS A PADRES Y A MADRES A CAUSA DE SUS HIJOS.....	47
4.1. Imputación de falsa paternidad.....	47
4.2. Perdida de la relación con el hijo derivada del incumplimiento de las visitas.....	63
4.3. Indebida separación de un menor de sus padres por la Entidad Pública...	72
5. CONCLUSIÓN.....	87

6. BIBLIOGRAFÍA.....	92
7. ANEXO DE RESOLUCIONES JUDICIALES ESTUDIADAS.....	96

ABREVIATURAS

CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales
CP	Código Penal
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
Pág./ págs.	Página/ Páginas
PETL	Principios de Derecho europeo de la responsabilidad
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia de Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
Vid.	Véase

RESUMEN

La legislación española, principalmente el Código Civil, contempla una serie de supuestos en los que recogen distintas obligaciones entre familiares. Su incumplimiento puede llevar aparejada una serie de consecuencias. Es ahí donde se centra el presente trabajo. Éste se enfoca en estudiar y examinar las posibles responsabilidades por daños derivadas de las relaciones familiares y, en particular, en relación con los cónyuges, ya sea entre ellos o entre estos con sus hijos. Tradicionalmente se ha venido manteniendo que “los problemas que se den en familia se deben resolver en familia”, es decir, se ha defendido una posible inmunidad en las relaciones familiares que se podía apreciar en nuestro ordenamiento, y, más claramente en el derecho comparado. Se trata de exponer algunos de los diversos supuestos que pueden dar lugar a tal responsabilidad, así como la correcta vía, de las diversas que asumen los Tribunales, para hacer frente a dichas situaciones.

ABSTRACT

Along the diverse Spanish legislation, principally in the Civil Code, a series of suppositions are contemplated in those who gather different obligations between relatives or, also, between spouses. His breach can take prepared a series of consequences. It is there where it centres on the present work. This one focuses to studying and examining the possible responsibilities for hurts derived from the familiar relations and, especially, in relation with the spouses or pairs joined by analogous relation, already be between them or between these with his children. Traditionally one has come supporting that "the problems that are given in family must to him solve in family ", that is to say, a possible immunity that it might estimate in our classification, and, clearer in the compared right. It is a question of exposing the diverse suppositions that can give place to such a responsibility, as well as the correct route, of the diverse ones that assume the Courts, of facing to the above mentioned situations.

METODOLOGÍA UTILIZADA

En relación con la metodología utilizada, a través de los distintos medios empleados se pretende llegar al conocimiento de los diversos aspectos propuestos a analizar.

Para realizar este trabajo, la fuente utilizada para profundizar en el tema que tiene como fin llegar a conocer este estudio, fue la revisión documental, es decir, una revisión bibliográfica con la finalidad de obtener información de la materia desde diversos puntos de vista. Además de los documentos, artículos, libros, etc. es importante también el estudio de las resoluciones de nuestros Tribunales, tanto del Tribunal Supremo como de Audiencias Provinciales las cuales mantienen, en algunas cuestiones acerca de las cuales el Tribunal Supremo no ha sentado jurisprudencia, posturas divergentes.

A estos documentos, así como a las diversas sentencias, se ha accedido a través de portales web los cuales recopilan diversos estudios, tesis doctorales, artículos en revistas, jurisprudencia, etc. los cuales facilitan el conocimiento de la materia. Por otra parte, de una forma más tradicional, además de acudir a estas fuentes también se han consultado libros, revistas, etc. en soporte papel extraídos de la biblioteca.

La hipótesis a la que se pretende dar respuesta a través de estos medios de información es a la posibilidad de acudir al Derecho de daños y aplicarlo al Derecho de familia para cubrir necesidades que este último no cubre por sí solo, pero que en la práctica se dan y, que, por lo tanto, tienen que resolverse.

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo se centra en examinar los daños que se pueden generar en el ámbito de las distintas relaciones entre familiares, y, en particular, los que se pueden generar a partir de una relación conyugal, así como su posible indemnización por las diversas vías que existen en nuestro ordenamiento jurídico.

Existen daños que se producen en el ámbito de las relaciones familiares cuya reparación no está prevista por las normas del Derecho de familia. Como consecuencia, se plantea la posibilidad de admitir la aplicación del Derecho de daños para hacer frente a esos conflictos. Esta cuestión, en los últimos años, ha adquirido un mayor interés debido especialmente al pronunciamiento de ciertas resoluciones judiciales. Ello ha conllevado a que parte de la doctrina sostenga la aplicación de las normas de responsabilidad civil a determinados sectores del Derecho de familia.

La regulación histórica en el ámbito civil, concretamente en el Derecho de familia, por la propia consideración social de la familia, entendía que las instituciones familiares estaban exentas del ámbito de aplicación de la responsabilidad civil ordinaria. La doctrina, generalmente, se decantó por rechazar, o al menos limitar, lo que se ha denominado injerencia del Derecho patrimonial en el Derecho de familia. Se ha cuestionado la posibilidad de aplicar los mecanismos resarcitorios propios de la responsabilidad extracontractual en el ámbito del matrimonio. En los últimos años, tanto en el Derecho español como en el comparado, cada vez son más frecuentes las opiniones que defienden la admisión de una mayor presencia del Derecho de daños en el ámbito propio del Derecho de familia.

El propio Tribunal Supremo empieza a admitir la aplicación de las normas del Derecho de daños en el ámbito familiar, a partir de la sentencia de 30 de junio de 2009 en la que se resuelve sobre la conducta del progenitor que obstaculiza el derecho del otro a relacionarse con sus hijos, y lo hace fundándose en el artículo 1902 del Código Civil.

El daño moral históricamente se define negativamente como aquél que no reviste carácter patrimonial. En la misma línea están los principios del derecho europeo de responsabilidad civil que denominan directamente el daño moral como el daño no patrimonial. De este modo y por exclusión, el daño que no tenga cabida dentro de la

categoría de patrimonial entrará dentro de la categoría de daño moral o no patrimonial. Algunos autores señalan incluso la necesidad de dar una definición negativa por la variedad extrema de supuestos que pueden tener cabida dentro de esta categoría.

El daño moral, en la actualidad, podría decirse que se identifica con el impacto de la conducta del responsable sobre la esfera anímica del sujeto. Por tanto, las fronteras del daño moral indemnizable son difusas. Más concretamente podría definirse como un efecto psicológico negativo derivado de una agresión al patrimonio, a la integridad física o a la integridad moral de un individuo, sin que quepa incluir a las personas físicas o jurídicas como víctimas potenciales. En el tipo de casos analizados, en el ámbito de la familia, lo que se valorará será el impacto emocional o psicológico de la conducta del agente.

El Tribunal Supremo, en su sentencia STS de 22 de febrero de 2001¹ nos define daño moral como: “...cualquier frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos, por naturaleza o sangre que se den entre personas allegadas fundamentalmente por vínculos parentales, a consecuencia del hecho ilícito (...)”. Ya en sentencia anterior, de 14 de diciembre de 1996², entendía que el daño moral “representa el impacto, quebranto o sufrimiento psíquico que ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados pueden producir en la persona afectada y cuya reparación va dirigida a proporcionar en la medida de lo posible, una compensación a la aflicción causada, cuya determinación compete al juzgador de instancia”.

El daño moral está integrado tanto por daños biológicos (causados a la salud fundamentalmente), como daños existenciales derivados de modificaciones negativas que se hayan producido en la realidad cotidiana de la persona dentro del ámbito en que esta se desenvuelve.

Derivado de la presencia de un ilícito civil susceptible de generar responsabilidad, habría que resolver la cuestión acerca de determinar la entidad del daño causado moralmente y su cuantificación. La dificultad viene dada, principalmente, porque el mismo afecta a bienes jurídicos extrapatrimoniales y de ellos es casi imposible hacer una valoración económica ya que no intervienen módulos de valoración objetivos, fijos y aisladamente considerados.

¹ RJ 2001/2242.

² RJ 1996/8970.

Además, se cuestiona jurisprudencialmente cuál sería, la vía para reclamar dichos daños; bien la del 1101, si se considera el matrimonio como un contrato, o bien la cláusula general del artículo 1902 del Código Civil, que se aplica a la hora de determinar la responsabilidad civil que se deriva extracontractualmente. El artículo 1902 CC, que es al que recurren los Tribunales, no define cuáles son las características que debe reunir un daño resarcible y la ley tampoco define de manera expresa qué tipo de intereses merecen la protección del Derecho civil. Esto le corresponde delimitarlo a la jurisprudencia.

Por otra parte, no existen criterios de valoración uniformes y homogéneos. La cuestión de la cuantificación del daño moral es una de las cuestiones que más controversias suscitan en la actualidad.

A todas estas cuestiones, es decir, a los distintos aspectos que cabría indemnizar judicialmente por constituir daños morales, extrapatrimoniales, en el ámbito de las relaciones conyugales, así como las vías para llevar a cabo el mismo, será a lo que trata de dar respuesta el presente trabajo.

2. LA PROBLEMÁTICA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR Y ENTRE CÓNYUGES

La forma de tratar la cuestión de la responsabilidad por daños entre familiares se plantea de manera diferente entre los ordenamientos de *Civil Law* y de *Common Law*.

En los países de *Civil Law*, en sus códigos el legislador no ha establecido ninguna excepción formal en materia de responsabilidad civil con respecto a la aplicación de las normas generales sobre indemnización de daños cuando tenga origen en la existencia de una relación familiar o de convivencia entre el causante del daños y su víctima, de manera contraria a lo que ocurre en el Derecho Penal³.

Dentro del mismo ámbito del *Civil Law* se encuentran también algunos ordenamientos donde existen reglas que establecen estándares particulares de diligencia en el cumplimiento de deberes familiares o que determinan consecuencias indemnizatorias en el caso de vulneración de estos. Sería el caso del Código Civil alemán, concretamente de los párrafos 1359 y 1664, que establecen un estándar privilegiado al que quedan vinculados los cónyuges y padres en el cumplimiento de sus respectivos deberes matrimoniales y paterno-filiales.

En el Derecho español encontramos esta especial diligencia en supuestos como el manifestado en el artículo 164 del Código Civil. Está referido este precepto a la administración de los bienes de los hijos menores por parte de quien ejerce la patria potestad. La Ley señala que los padres llevarán a cabo la administración de los bienes de sus hijos con la misma diligencia que los suyos propios, cumpliendo las obligaciones generales de todo administrador y las especiales establecidas en la Ley Hipotecaria. Siempre que la administración llevada a cabo por los progenitores ponga en peligro el patrimonio del menor será el Juez, ya sea a petición del propio hijo o del menor, quien podrá adoptar las medidas que estime necesarias para la seguridad y recaudo de los bienes, así como exigir caución o fianza para la continuación en la administración o incluso nombrar un Administrador.⁴

³ Por ejemplo en el CP español la relación de parentesco puede fundamentar la atenuación, agravación o exclusión de la responsabilidad criminal, artículos 23, 180.4 y 268.1 CP español.

⁴ Explicación de Sánchez Bermejo Abogados. Publicado en *Abogados Málaga* el 21 de septiembre de 2015.

Existen, por tanto, diversas vías por medio de las cuales, en los países de origen civilista, puede discutirse si procede o no imponer responsabilidad por la causación de daños entre familiares:

- Una vía que consiste en la utilización de normas *ad hoc* de Derecho de Familia, cuando los ordenamientos disponen de éstas.
- Otra vía, que deben seguir los ordenamientos en los que no existen las normas anteriores, y que consiste en la aplicación directa de las normas generales de responsabilidad civil.
- La última vía sería utilizar las normas de la responsabilidad civil para atender aquellos casos que quedan al margen de la norma específica de responsabilidad que se hubiera establecido en el Derecho de Familia.

En los países de *Common Law* históricamente se vinieron manteniendo reglas generales de inmunidad a favor de determinadas personas en virtud de su relación familiar con la víctima del daño dando lugar a excepciones denominadas de relaciones familiares o “*Domestic Relations*”⁵.

En relación con los daños causados entre cónyuges en su origen estaba basado este criterio en la doctrina de la *marital unity* (unidad conyugal) según la cual el matrimonio determinaba que la identidad de la mujer se fundiera con la de su marido y ambos pasaran a ser, para el derecho, una sola persona. El marido y la mujer constituían jurídicamente una sola persona representada por el marido⁶. De este modo no era posible solicitar el resarcimiento del daño causado como consecuencia de un acto ilícito cometido por el otro. Esta doctrina empezó a quebrar a partir de mediados del siglo XIX en Estados Unidos con la aparición de las *Married Women’s Property Acts* que otorgaban a la mujer casada ciertas capacidades ya que con anterioridad esta inmunidad conyugal se manifestaba del siguiente modo, por un lado, ningún acto ilícito llevado a cabo por un cónyuge en perjuicio del otro podía originar responsabilidad, ni siquiera una vez disuelto el matrimonio el cónyuge lesionado podía actuar contra el otro; por otro

⁵ Vid. PROSSER, W., *The Law of Torts* 5ª Edición, “West Publishing”, St. Paul Minnesota, 1984, pág. 901; FLEMING, *The Law of Torts*, 9ª Edición, “Law Book Company”, 1998 págs. 718, 745; DOBBS, *The Law of Torts*, “Hornbook Series, West Group”, 2000, pág. 751, citados por FERRER RIBA, J., “Relaciones familiares y límites del derecho de daños”, *Indret* 04/2001, octubre de 2001.

⁶ Esta ficción legal se reflejaba en dos aspectos en lo que al Derecho de daños se refiere: por un lado, si una mujer casada cometía o sufría un daño, su marido tenía necesariamente que actuar como parte en el proceso, por otro, se imposibilitaba la acción de los esposos entre sí. Vid. LOWE, N. y DOUGLAS, G, *Bromley’s Family Law*, 9ª Edición, “Butterworths”, London/Edinburgh/Dublin, 2007, pág. 120; FLEMING, *The Law of Torts*, 9ª Edición, “Law Book Company”, Sydney, 1998, pág. 746.

lado, desde un punto de vista procesal, se impedía que un cónyuge pudiera demandar al otro por actos cometidos antes o durante el matrimonio. La única excepción venía constituida, con ciertas restricciones, por los comportamientos penalmente tipificados como delitos.

En Inglaterra el abandono definitivo de la inmunidad, después de sucesivas leyes sobre la materia⁷, se produjo en 1962 con la *Law Reform Act*⁸ que hizo posible todo tipo de acciones de responsabilidad por daños entre cónyuges pero igualmente el derecho inglés mantiene que el juez puede suspender el ejercicio de la acción en caso de considerar que la continuación del proceso no producirá un beneficio sustancial a ninguna de las partes⁹. Por tanto en el derecho anglosajón actual se reconoce al cónyuge legitimación para interponer acciones contra el otro, como si no hubieran estado casados, de manera que de la prohibición absoluta que existía antes de los años 60 se ha pasado a la pasividad absoluta.

Del mismo modo, en Estados Unidos comienza a ser posible que los cónyuges se demanden entre sí por daños cometidos el uno contra el otro¹⁰. Contribuyó a esto la existencia de contratos de seguros que permitían reclamar directamente a la compañía aseguradora y mantener así como consecuencia la paz y tranquilidad familiares. La desaparición en el ordenamiento estadounidense del principio de inmunidad tuvo como consecuencia la inclusión de cláusulas que limitaban la responsabilidad en caso de que el lesionado y el causante fueran de la misma familia llegando a ser éstas en muchos casos declaradas nulas por la jurisprudencia.

Este principio de inmunidad propio de los países anglosajones no es exclusivo de estos, ya que en los ordenamientos jurídicos de la Europa continental se aplicó también idéntico principio¹¹. No venía dicho criterio derivado de una corriente

⁷ La *Married Women's Property Act* de 1870 concedía la mujer casada una acción para recuperar bienes de su propiedad. Y con la *Married Women's Property Act* de 1882 recibió un poder absoluto para defender en su nombre sus propios bienes. No fue hasta la *Law Reform Act* de 1935 cuando el marido cesó de estar jurídicamente involucrado en las reclamaciones por daños de su mujer.

⁸ *Law Reform (Husband and Wife) Act 1962*.

⁹ Vid. LOWE, N. y DOUGLAS, G., *Bromley's Family Law*. 9ª Edition "Butterworths", London/Edinburgh/ Dublin, 1998, págs. 63-64.

¹⁰ Ya en 1910, el juez Harlam se negó a tener en cuenta los argumentos que justificaban la impunidad entre marido y mujer y la *Married Women's Act* admitió que un cónyuge accionase contra el otro por los daños causados intencionadamente o por culpa. Vid. ROCA TRIAS, E., *La responsabilidad civil en el ámbito de la familia*", "Dykinson", 2000, pág. 535.

¹¹ Vid. VARGAS ARAVENA, D., *Daños civiles en el matrimonio*, "La Ley", Madrid, 2009, págs. 107 y ss.

jurisprudencial que negara el resarcimiento de daños al cónyuge perjudicado sino que se produjo por la ausencia de pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia.

Estudiando los concretos ordenamientos jurídicos de países pertenecientes al denominado *Civil Law* hay que decir que, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico alemán se produjeron intentos, por parte de la doctrina¹², de demostrar la posibilidad de la existencia de normas referentes a responsabilidad civil y otras diversas tendentes a regular las relaciones familiares, pero lo cierto es que esto no es así y que se sigue manteniendo que la normativa referente al Derecho de familia no permite reclamar pretensiones de naturaleza extracontractual. Jurisprudencialmente¹³ se entiende que las relaciones personales dentro de la familia se deben desenvolver en un contexto de libertad y no bajo la amenaza de sanciones resarcitorias, salvo en aquellos casos excepcionales que el cónyuge culpable actúe con la intención concreta de causar daño.

Por su parte, la doctrina portuguesa, con anterioridad a la reforma de 2008, introducida con la Ley nº 61/2008 de 31 de octubre, se cuestionaba si la violación de los deberes conyugales podría dar lugar al derecho a exigir una indemnización por los daños causados en términos de responsabilidad civil o si la única vía para reclamar por estos era a través del Derecho de familia. Con la aprobación de la mencionada Ley en 2008, en el artículo 1792¹⁴ de su Código Civil, se resuelve esta cuestión y se reconoce expresamente la facultad del cónyuge de acudir a las posibilidades resarcitorias que se contemplan para el Derecho de daños.

En Francia no existe uniformidad doctrinal al respecto. No falta quien se muestre reacio a admitir una sanción al cónyuge que incumple dichos deberes

¹² Vid. PATTI S., *Cento anni del Codice Civile tedesco: Il diritto di famiglia. Studi in onore di Pietro Rescigno, Il Diritto Privato, 1. Persone, famiglia, successioni e proprietà*, “Giuffrè”, Milano, 1998, pág. 688 citado por LÓPEZ DE LA CRUZ, L., “El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales”, *Indret* 4/2010, octubre de 2010.

¹³ Caso MARKESINIS, 1997: 312-334. Excepción debida a que se reconoce el derecho a ser indemnizado por adulterio si este va acompañado de una intención cualificada de causar daño. Sería el caso en el que se engaña al marido acerca de la verdadera paternidad. También el Tribunal Supremo alemán ha sostenido la negativa a indemnizar los daños derivados del adulterio o de la atribución errónea de la paternidad, reconociendo de manera excepcional la posibilidad de ser indemnizado si el adulterio ha tenido como presupuesto una intención concreta de causar daño (BGH 19 de diciembre de 1989, NJW 1990).

¹⁴ 1792 CC. “1 - O cônjuge lesado tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns. 2. O cônjuge que pediu o divórcio com o fundamento da alínea b) do artigo 1781.º deve reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento; este pedido deve ser deduzido na própria acção de divórcio.”.

matrimoniales, más allá de lo que recoge propiamente el Derecho de Familia¹⁵. Por el contrario, la corriente doctrinal mayoritaria, se muestra favorable¹⁶ a la indemnización por los daños morales causados recurriendo, como en España, al artículo relativo a la responsabilidad extracontractual. Aquí, la Ley de reforma del divorcio¹⁷ incluyó en el artículo 266 del Código Civil francés el derecho del cónyuge a recibir una indemnización derivada de las consecuencias dañosas que le haya ocasionado el divorcio¹⁸. Esta indemnización tendrá una naturaleza resarcitoria, en el sentido de que está dirigida a paliar los daños y perjuicios tanto patrimoniales como morales que la declaración del divorcio haya producido al cónyuge el cual hubiera preferido continuar casado. Además de estos daños, las necesidades puramente alimenticias son cubiertas por la pensión compensatoria de los artículos 270 y siguientes del mismo Código Civil.

La doctrina italiana se pronuncia acerca del resarcimiento de los daños ocasionados por un cónyuge a otro por no haber cumplido con los deberes que le impone el matrimonio, adoptándose posturas diversas. Existen autores, como RUSCELLO¹⁹, que entiende que de no existir una conducta delictiva o un comportamiento que incida sobre el patrimonio debe quedar excluido el resarcimiento del daño ocasionado por la violación de los deberes conyugales²⁰. Desde otro punto de vista, autores como FRACCON²¹, se pronuncian a favor de la indemnización de los daños morales derivados del incumplimiento de los deberes matrimoniales. La jurisprudencia menor italiana²² reconoce el resarcimiento de los daños morales o patrimoniales por violación de deberes conyugales; pero, si lo único que se ha constatado es una mera infidelidad esto no es suficiente para dar lugar al resarcimiento

¹⁵ V.GR. LABRUSSE, *Les actions en justice intentés par un époux contre son conjoint*, "Revue Internationale de Droit comparé", Enero-marzo 1967, Francia, pág. 452.

¹⁶ Vid. LÓPEZ DE LA CRUZ, L., "El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales", *Indret 4/2010*, octubre de 2010.

¹⁷ Ley n° 75-617, de 11 de julio de 1975.

¹⁸ Reformado por la Ley n° 2004-439, de 26 de mayo de 2004. Artículo 266: « Sans préjudice de l'application de l'article 270, des dommages et intérêts peuvent être accordés à un époux en réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait de la dissolution du mariage soit lorsqu'il était défendeur à un divorce prononcé pour altération définitive du lien conjugal et qu'il n'avait lui-même formé aucune demande en divorce, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de son conjoint. Cette demande ne peut être formée qu'à l'occasion de l'action en divorce ».

¹⁹ Vid. RUSCELLO, F., *I rapporti personali fra coniugi*, "Giuffrè", Milano, 2000, pág. 34.

²⁰ Vid. PATTI, S., *Famiglia e responsabilità civile*, "Giuffrè", Milano, 1984, págs. 67, 104 y 121.

²¹ Vid. FRACCON A., *I diritti della persona nel matrimonio. Violazioni dei doveri coniugali e resarcimento del danno*. "Il diritto di famiglia" 2001, págs. 243 y 391.

²² Vid. Sentencia del Tribunal de Roma de 17 de septiembre de 1989 o del Tribunal de Milán de 4 de junio de 2002.

de los daños causados. El Tribunal de Casación italiano²³ en la actualidad defiende que el adulterio es fuente de responsabilidad civil por daño moral. Esto se deriva del respeto de la dignidad de los derechos inviolables de toda persona. No significa que se esté dando a los deberes conyugales de carácter personal el carácter de obligaciones contractuales. Por tanto, los tribunales italianos admiten las reclamaciones de daños extracontractuales fundamentado en el incumplimiento de los deberes conyugales, siendo ésta doctrina ya consolidada desde 1999. No significa que sea resarcible en todo caso, se exige la lesión de derechos de la personalidad así como que sean graves y reiterados lo incumplimientos.

Derivado de todo esto se extrae que el Derecho de Familia no se constituye como un sistema autónomo y cerrado y éste se va a complementar con los principios generales del derecho entre los cuales está el resarcimiento de una lesión merecedora de tutela.

En relación a lo que se viene manteniendo en los ordenamientos de *Common Law* acerca de la inmunidad conyugal, determinados autores españoles, como ROCA i TRIAS a lo largo de su obra del año 2000 *Derecho de daños: textos y materiales*, se plantearon si existe o no la misma en el ordenamiento español.

A pesar de haberse superado la concepción que históricamente se tenía del matrimonio dentro de la familia patriarcal, puede parecer que todavía se conserva cierta inmunidad dentro del ámbito familiar debido a algunos aspectos como puede ser la existencia de ciertas barreras institucionales, tal y como sería el caso de la prescripción de las acciones entre familiares.

Pero, antes de analizar esta cuestión, habría que definir lo que se entiende por inmunidad. Atendiendo a la definición dada por VARGAS ARAVENA²⁴ esta sería la “*libertad para dañar, amparados en la relación familiar*” que encontraría su fuente en la costumbre social; en la regla moral la que impide que se litigue por hechos cometidos dentro de la familia.

De la regulación del ordenamiento jurídico español en ningún caso se puede extraer que exista tal inmunidad, es decir, no por haber un vínculo familiar entre la

²³ Ya desde la Sentencia de la Corte Costituzionale de 14 de julio (184/1986). También la Sentencia de la Corte de Casación italiana de 7 de junio de 2000, (2000/7713) o de 10 de mayo de 2005, (2005/9801).

²⁴ Vid. VARGAS ARAVENA, D., *Daños civiles en el matrimonio*, La ley, Madrid, 2009, Págs.107 y ss.

persona causante del hecho y la víctima el daño va a quedar impune. Incluso, en el Derecho penal, tales vínculos en algunos supuestos pueden suponer una cierta atenuación o incluso exclusión de la pena y contrariamente en otros supuestos agravación. Pero, en el ámbito que nos ocupa, el civil, las reglas sobre responsabilidad civil permiten acudir a ellas a pesar de haber vínculos familiares.

En la actualidad, gran parte de la doctrina viene manteniendo un acercamiento a nuevas responsabilidades civiles por daños morales entre cónyuges, abandonando por tanto la inmunidad conyugal y considerando que es de aplicación el Derecho de daños a un ámbito diverso como es el Derecho de familia.

DÍEZ-PICAZO²⁵ se muestra también en la misma línea doctrinal manteniendo que no existe ningún impedimento legal a las acciones de responsabilidad civil extracontractual, entre marido y mujer, y si una de ellas, por acción u omisión, interviniendo culpa o negligencia, causa daño en bienes patrimoniales de la otra, tendrá que responder de los daños causados con dicha conducta.

En los últimos años se ha venido planteando la posible desigualdad de trato entre el hombre y la mujer que se viene manteniendo por parte del Tribunal Supremo según sea uno u otro el que reclame por la vía del 1902 CC. Se podría mantener este argumento, ya que el mencionado Tribunal, en Sentencias de 22 de julio de 1999²⁶ y de 30 de julio de 1999²⁷, niega la indemnización de los padres que solicitaron una indemnización del daño causado por la ocultación de la verdadera paternidad biológica.

Dicho Tribunal se ha vuelto a pronunciar sobre dichas cuestiones en dos sentencias, el 14 de julio de 2010²⁸ y el 18 de junio de 2012²⁹ en igual sentido. Por su parte, las Audiencias Provinciales sí que han concedido indemnizaciones a los padres que reclaman este daño, como, por ejemplo, la Audiencia Provincial de León, entre otras, en sentencias de 2 de enero de 2007³⁰ y de 30 de enero de 2009 (JUR/2009/192431).

²⁵Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial, Vol. II. Las relaciones obligatorias*, S.L. Civitas Ediciones, Madrid, 2009, págs. 320 y 323.

²⁶ RJ 1999/5721.

²⁷ RJ 1999/5721.

²⁸ RJ 2010/5152.

²⁹ RJ 2012/6849.

³⁰ JUR (2007/59972).

3. DAÑOS ENTRE CÓNYUGES

Con respecto a los preceptos que se refieren a la responsabilidad civil, los artículos 1101 o 1902 del Código Civil, no exceptúan su aplicación cuando estos daños sean causados en el ámbito familiar. Es decir, desde un punto de vista de la reglamentación sustantiva, el hecho de que el daño se produzca entre sujetos pertenecientes a una familia no es impedimento para la aplicación de las normas comunes relativas a la responsabilidad civil. Para algunos autores³¹ la aplicación del Derecho de daños en el ámbito del Derecho de familia podría suponer un intento de recuperar un cierto juicio moral o crítico sobre el comportamiento de los cónyuges durante el matrimonio.

3.1. LOS DEBERES CONYUGALES Y SU INFRACCIÓN

La idea fundamental de la que debemos partir es que el simple incumplimiento de los deberes conyugales lo resuelve el ordenamiento español actual con la posibilidad que se da a los cónyuges de solicitar la separación o el divorcio. A pesar de ello en el ámbito del Derecho de familia se continúan observando determinados daños entre cónyuges que merecen ser objeto de resarcimiento a juicio del legislador, resarcimiento que puede responder a distintos fundamentos.

La doctrina actual, salvo excepciones, entiende que los deberes conyugales no constituyen obligaciones jurídicas *stricto sensu*³², sino que su naturaleza sería la de simples deberes ético-morales³³ cuyo incumplimiento se encuentra sometido a la conciencia de los cónyuges; no siendo posible, además, su cumplimiento forzoso. Se hablaría de ese modo de que dichos deberes conyugales, principalmente el de fidelidad y respeto y ayuda mutuos, tendrían un carácter meramente simbólico que no fundamentarían, por tanto, una pretensión de tutela de cesación de determinadas

³¹ Vid. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., *Responsabilidad civil y divorcio en el Derecho español*, “La Ley”, Madrid 2007, pág 3.

³² En este sentido, MURILLAS ESCUDERO, J.M., *La responsabilidad civil extracontractual por daños morales en la relación conyugal*, Redur 13, Madrid, diciembre de 2015, pág. 112.

³³ Ya se pronunciaba en este sentido la STS de 4 de diciembre de 1959 (RJ 1969/4483).

conductas llevadas a cabo en el marco del ejercicio de la propia libertad personal o sexual³⁴.

A pesar de esto, la calificación de los mismos como deberes ético-morales, no hace que estos carezcan de juridicidad, ya que si se causa un daño puede resultar de aplicación el principio general de que “quien causa un daño debe pagar”³⁵.

Con la entrada en vigor de la Ley 15/2005³⁶, de 8 de julio, en materia de separación y divorcio, se instaura en el ordenamiento jurídico español el divorcio sin causa, el denominado comúnmente divorcio “exprés”. Con esta Ley se introdujo un nuevo modelo que se basa en la máxima según la cual rige “el derecho a no seguir casado”. El legislador vincula ese derecho al respeto al libre desarrollo de la personalidad garantizado constitucionalmente en el artículo 10.1. Con dicha modificación quedó derogado como causa de disolución del matrimonio el incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales.

Dicha Ley, ya en su exposición de motivos, establece como principios de la reforma la igualdad, la importancia de la autonomía de la voluntad del sujeto familiar y el desarrollo de la personalidad. En relación con los deberes conyugales establece una importante transformación de los mismos *“para una más acorde adecuación a la concepción del matrimonio actualmente vigente: un matrimonio civil, laico, presidido por los principios y valores democráticos en cuya regulación priman los derechos fundamentales de los cónyuges y el libre desarrollo de su personalidad”*.

Se contempla el divorcio y la separación no causal o sin culpa, por lo que no requieren como presupuesto legal necesario para dar lugar a la separación o divorcio el incumplimiento de los deberes conyugales, sino solo la voluntad de los cónyuges.

³⁴ Son numerosos los autores que consideran que el incumplimiento del deber de fidelidad no puede dar lugar al resarcimiento del daño, entre ellos: FARNÓS AMORÓS, E., Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad, *Indret* 2007, 4/2007, págs. 12 y 20; LÓPEZ DE LA CRUZ, L., “El resarcimiento del daño moral por incumplimiento de los deberes conyugales”, *Indret*, octubre 2010, pág. 30; RODRÍGUEZ GUITIÁN, A., De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio, La Ley núm. 7582, 4 de marzo de 2011, Madrid, pág. 1831.

³⁵ Ya ROCA Y TRIAS, E., en *La responsabilidad civil en el ámbito de la familia*, Dykinson, Madrid año 2000, pág. 562, escribía: “Que producido un daño en las relaciones familiares y que no esté específicamente establecida una forma de resarcimiento, aunque difícil la aplicación del artículo 1902 CC si el daño se produjera, pienso que nada nos impediría aplicar el principio de que quien causa un daño paga, porque las relaciones familiares no son causa de impunidad”.

³⁶ Vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., La supresión de las causas de separación y divorcio en la Ley 15/2005 y sus repercusiones en el Derecho Civil, *Revista Jurídica de Castilla y León* n° 13 agosto de 2007, págs. 53 a 111.

Contrariamente a esta modificación que se llevó a cabo con la Ley 15/2005, el Código Civil sigue manteniendo entre sus preceptos algunos relativos a los deberes matrimoniales.

Ya la propia Constitución Española de 1978 establece, en su artículo 32, la plena igualdad jurídica del hombre y la mujer dentro del matrimonio; igualdad que es reiterada por el artículo 66 del Código Civil que proclama, a su vez, la plena igualdad de ambos cónyuges e impone una serie de deberes recíprocos en los artículos siguientes. Los deberes matrimoniales se recogen en los artículos 67 y 68 del Código Civil.

El artículo 67 se refiere a que los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar siempre en interés de la familia. Se entiende incluido aquí que ninguno de los dos podrá interferir en la esfera íntima y estrictamente personal del otro tratando de imponerle, por ejemplo, ciertas convicciones políticas, morales o religiosas, o perturbando las que ya tenga. Además, con respecto a la obligación de actuar siempre en interés de la familia, cabe entender que los cónyuges deberán de abstenerse de llevar a cabo cualquier tipo de actividad que pudiera lesionar el interés familiar, procurando que cualquier decisión que adopten, ya sea conjunta o separadamente, sea del todo favorable y contribuya al beneficio del grupo familiar.

Por su parte, el artículo 68 obliga a los cónyuges a vivir juntos, lo que llevarán a cabo en el domicilio conyugal que de común acuerdo hayan fijado; así como también obliga a guardarse fidelidad, cuyo incumplimiento solo constituiría, si procede, un ilícito civil ya que se despenalizó en el año 1978 el delito de adulterio; y, por último, el deber de socorrerse mutuamente. Esta última obligación comprende de una forma muy especial la obligación de alimentos entre los cónyuges, alcanzando a todo tipo de auxilio que cualquiera de los dos pueda necesitar para la satisfacción de sus propias necesidades.

Como consecuencia de esta retirada de los motivos que debían alegarse para obtener la separación o divorcio, es cuestionable cuál es la naturaleza jurídica de estos deberes. No se puede pedir el cumplimiento forzoso, ni una indemnización por incumplimiento, sino que el perjudicado tiene como única solución la solicitud de separación o divorcio. Hay que entender que, a su vez, ese incumplimiento, que como regla general no conlleva consecuencias, tiene unos límites. Estos límites son diversos y entre ellos tenemos, por ejemplo, el 855.1 del Código Civil que sigue contemplando

como causa de desheredación el incumplimiento de los deberes conyugales³⁷. Otro supuesto es el recogido en el artículo 152.4 del mencionado Código con respecto a que es también causa de cesación de la obligación de dar alimentos, siempre con la condición de que dicho incumplimiento sea grave y reiterado.

Por otra parte, si este incumplimiento diera lugar a daños morales o materiales nuestro Código no incluye a lo largo de su articulado solución para ello, no existe norma específica para dicho caso, y por lo tanto habría que atender a la regla general del 1902 CC según la cual quien cause daño tendrá que repararlo³⁸.

Entre los daños que se pueden derivar entre cónyuges y que están tipificados encontramos la reparación de los daños causados del divorcio. En algunos ordenamientos, como los de Francia o Portugal, se admite la posibilidad de que el cónyuge a quien le haya causado un perjuicio por el divorcio pueda solicitar del cónyuge que directamente causó la extinción del matrimonio el resarcimiento del daño percibido, cosa distinta es el desequilibrio económico que se haya podido causar. En este caso lo que se indemniza son los daños patrimoniales y los morales causados por el divorcio en sí mismo considerado, independientemente de aquellos motivos que causaron la crisis matrimonial.

De este modo, en Francia la Ley de Reforma del divorcio³⁹ consagró en el artículo 266 de su Código Civil el derecho del cónyuge a ser indemnizado por los perjuicios que se le hubieran ocasionado como consecuencia del divorcio. Este precepto fue reformado a su vez por la Ley nº 2004-439, de 26 de mayo de 2004 aunque se mantiene en los mismos términos esta regulación⁴⁰. Dicha indemnización puede ser reconocida en forma de capital o renta y tiene una naturaleza claramente resarcitoria ya que está dirigida a paliar los daños y perjuicios, sean estos patrimoniales o morales, a

³⁷ Actualmente en la normativa civil no hay una norma específica que establezca una sanción jurídica delimitada al cónyuge que incumple el deber de fidelidad, más allá del contenido genérico del artículo 855.1 CC respecto al incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales.

³⁸ Vid. FERRER RIBA J., "Relaciones familiares y límites del derecho de daños", *Indret* 04/2001 octubre 2001, pág. 15; RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., "De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio", *Diario La Ley*, 7582, 2011, págs. 8 a 11.

³⁹ Ley nº 75-617, de 11 de julio de 1975.

⁴⁰ Artículo 266 Code Civil: « Sans préjudice de l'application de l'article 270, des dommages et intérêts peuvent être accordés à un époux en réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait de la dissolution du mariage soit lorsqu'il était défendeur à un divorce prononcé pour altération définitive du lien conjugal et qu'il n'avait lui-même formé aucune demande en divorce, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de son conjoint. Cette demande ne peut être formée qu'à l'occasion de l'action en divorce ».

los cuales dicha declaración de divorcio haya dado lugar. Por su parte, las necesidades puramente alimenticias son cubiertas a través del reconocimiento, en el artículo 270 de dicho Código francés, de una pensión compensatoria.

El ordenamiento portugués, en el ya mencionado artículo 1792 de su Código Civil, contempla la posibilidad de que el cónyuge lesionado pueda solicitar la reparación de los daños causados por el otro cónyuge según las reglas generales aplicables a la responsabilidad civil, provocando de ese modo la aceptación definitiva de la aplicación de la responsabilidad extracontractual en el Derecho matrimonial⁴¹.

Comúnmente se señala que la declaración del divorcio o la concurrencia de los hechos que le dan lugar pueden ocasionar diversos “daños”, no solo para los cónyuges sino también para los hijos. La cuestión se centra en saber hasta qué punto estos pueden o son merecedores de indemnización por la vía del Derecho de daños al no incluir en nuestra legislación preceptos concretos que resuelvan sobre los mismos.

3.2. RESPONSABILIDAD POR INFIDELIDAD EN EL MATRIMONIO:

- Concepto:

El concepto de fidelidad matrimonial ha ido evolucionando históricamente, pero en la actualidad debemos entender por el mismo como una confianza recíproca, la lealtad y respeto a la dignidad de la persona del otro cónyuge, así como también el deber de respeto mutuo.

⁴¹ Vid. SILVA CERDEIRA, A.C., *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, “Coimbra Editora”, Coimbra, 2000 pags. A lo largo de su obra viene opinando que la falta de corrección, honestidad y lealtad en el comportamiento de uno de los contrayentes en la celebración del contrato matrimonial, cuando origine daños al otro contrayente, debe constituir fuente de responsabilidad, en este caso precontractual, con independencia de la declaración judicial de nulidad del matrimonio.

- **Regulación y posturas doctrinales:**

La reforma del Código Civil llevada a cabo en el año 2005 con la aprobación de la Ley 15/2005 dejó sin contenido a los artículos 82 y 87 y con ello se suprimen las causas que podían alegar los cónyuges para solicitar la separación o el divorcio.

El deber de guardar fidelidad entre cónyuges lo asumen estos en el momento de contraer matrimonio al afirmar su voluntad de cumplir con el contenido del artículo 68 del Código.

En la actualidad, y concretamente con la modificación del 2005, la mayor parte de la doctrina⁴² entiende que los deberes conyugales no constituyen obligaciones jurídicas *stricto sensu* sino que quedan como deberes de carácter ético o moral, pero no jurídico⁴³. Su incumplimiento no tiene consecuencias legales al no existir ninguna norma específica que establezca sanción alguna al cónyuge que incumple este deber más allá del contenido genérico del artículo 855.1º CC respecto al incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales. En la jurisprudencia sigue existiendo división acerca del contenido y efectos de dichos deberes.

El legislador, con la mencionada reforma, no establece una forma de resarcimiento del daño moral que se hubiera podido causar debida a la infidelidad. La vulneración de este deber no lleva unidas consecuencias jurídicas y por lo tanto la infidelidad por sí sola no da lugar al resarcimiento del daño moral. Cosa distinta sería ampararse en el 1902 CC y que por lo tanto, entender que, quien causa un daño, debe pagar.

El remedio, debido a la actual redacción de los artículos 81 y 86 CC, es la separación o el divorcio ya que se puede solicitar, y apreciar judicialmente si se cumplen los requisitos que estos preceptos determinan, de forma unilateral por uno de los cónyuges aunque el otro se oponga.

⁴² Debido a su naturaleza, son numerosos los autores que consideran que el incumplimiento de este deber de fidelidad no puede dar lugar al resarcimiento del daño, entre otros: FARNÓS AMORÓS, E., “Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad”, *Indret* 4/2007, octubre 2007, págs. 12 y 20 y LÓPEZ DE LA CRUZ, L., “El resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales”, *Indret* 4/2010 octubre de 2010, pág. 30.

⁴³Vid. LACRUZ BERDEJO J.L. y SANCHO REBULLIDA F., *Elementos del derecho civil VI: Derecho de familia*, Bosch, Barcelona 1982, pág. 184. Estos autores mantienen que el deber de fidelidad, como el resto de los deberes conyugales, constituye una obligación jurídica, que aunque varíe su configuración legal, mientras persista como tal tiene plena eficacia.

Parte de la doctrina argumenta, para desestimar el otorgamiento de una reclamación por daños morales por infracción de este deber, la existencia de la pensión compensatoria en caso de divorcio considerando a ésta como una forma de resarcimiento única y específicamente contemplada por el legislador español en el artículo 97 del Código Civil.

Por el contrario, la otra parte de la doctrina entiende que estos deberes consagrados en el Código, en el citado artículo 68, son obligaciones jurídicas que el cónyuge debe respetar ya que existen normas positivas que consagran este mandato. Atendiendo a este reconocimiento general del carácter jurídico de las obligaciones matrimoniales habría que entender también incluido el deber de fidelidad.

Este grupo de autores es contrario al argumento de la existencia de la pensión compensatoria como sustitutoria de la compensación de daños morales por entender que esta tiene distinta naturaleza jurídica. Se caracteriza por la existencia de un desequilibrio económico y se pretende hacer frente al perjuicio material y a la desigualdad que resulta para uno de los cónyuges la separación o el divorcio. Solo habiendo desequilibrio habrá pensión.

Sintetizando, con respecto a la indemnización del daño moral derivado de incumplimiento de la fidelidad conyugal, la doctrina española presenta diferentes posturas:

- De un lado está un sector doctrinal que sí admite la indemnizabilidad pero solo en caso de daños morales autónomos a los derivados de la propia fidelidad. Es decir, cuando estén causados por una conducta de especial gravedad o que los daños a los derechos del otro cónyuge sean separables de un interés en el mantenimiento del matrimonio y en el respeto de sus reglas.⁴⁴

Se defiende también⁴⁵ que hechos no tipificados por el Derecho de familia y que produzcan un daño en dicho ámbito sean reconducidos por la vía del artículo 1902 del Código Civil.

⁴⁴Vid. NIETO ALONSO, A., “Daños morales derivados del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de una obligación contractual”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 59 nº3, España 2006, págs. 1115 a 1198. MARTÍN GARCÍA, T., “Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales”, Aranzadi, 2006, pág. 151.

⁴⁵ Vid.. ROCA TRÍAS, E., *La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil*, Dykinson, Madrid 2000, pág. 562.

- Otra postura será aquella que se muestra escéptica con respecto a la extensión de las soluciones de la responsabilidad civil a todos los ámbitos o relaciones familiares, ya que mantienen⁴⁶ que esto daría lugar a una proliferación de demandas.

- Por último, hay un sector que se muestra a favor de la indemnización del daño moral incluso en caso de incumplimiento de los deberes matrimoniales. Dentro de estos se encontraría por ejemplo la infidelidad⁴⁷. De los citados daños deberá responder, entienden los que defienden esta postura, tanto el cónyuge infiel como el tercero con el que este mantuvo dichas relaciones siempre que este supiera que aquel estaba casado.

- **Vía para reclamar:**

Subsiste también ligado a esta cuestión, el debate sobre cuál es la vía para reclamar la responsabilidad civil derivada del matrimonio⁴⁸; si es la contractual (artículo 1101 CC)⁴⁹ o la extracontractual (artículo 1902 CC). Es relevante este aspecto debido a la diferencia existente de plazos de prescripción para una y otra ya que son cinco años para la contractual y uno en caso de responsabilidad civil extracontractual. Esto está supeditado a si se estima el matrimonio como un contrato o no.

Los que consideran procedente la responsabilidad extracontractual, y por tanto, la vía del 1902 CC, advierten que la infidelidad sí puede dar lugar a la existencia de daño moral susceptible de ser indemnizado, pero siempre valorando el caso concreto y considerando factores como la gravedad, reiteración, consecuencias que deriven de

⁴⁶ Vid. LLAMAS POMBO, E., “Divorcio y responsabilidad civil”, *Práctica de Derecho de Daños: revista de responsabilidad civil y seguros* n°49, mayo 2007, págs. 3 y 4.

⁴⁷ Vid. VERDA BEAMONTE, J.R., *La responsabilidad civil y divorcio en el Derecho español: Resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales*, La Ley, 21 de marzo de 2007, pág. 15.

⁴⁸ Vid. COLÁS ESCANDÓN A., “Nuevos daños indemnizables: las relaciones de familia”, *Derecho de daños*, Sepin, Madrid 2011, págs. 332 a 336.

⁴⁹ Vid. SANCHO VILLAREAL L. “El deber de fidelidad conyugal como obligación jurídica y consecuencias de su infracción, Comentario de la STS de 30 de julio de 1999”, *Revista de Derecho de familia*, abril de 2001, pág. 82 a 87 ; RAGEL SÁNCHEZ L. “Denegación de indemnización por daño moral causado por infidelidad matrimonial, Comentario de STS de 30 de julio de 1999”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil* n°52 enero-marzo del 2000, págs. 153 a 163; NIETO ALONSO A., “Daños morales derivados del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de una obligación contractual”, *Anuario de Derecho Civil* Vol. 59 n° 3, 2006, págs. 1115 a 1198; PÉREZ MAYOR A., “Crisis matrimoniales e indemnización del daño moral”, *Revista jurídica de Catalunya* n°1 año CIII, 2004, págs. 167 a 168.

esta, etc. Se desestima la posibilidad de reclamar siempre y cuando los cónyuges no se hubieran separado o divorciado.

Los que consideran este daño moral como daño contractual, artículo 1101 CC, entienden que la infidelidad entraría dentro del amplio catálogo de deberes y obligaciones de los cónyuges cuyo incumplimiento podría dar lugar a un daño moral resarcible. Este carácter englobaría el incumplimiento de los deberes conyugales dentro de la diversidad de situaciones que pueden generar responsabilidad civil contractual u obligacional, que comprende otros supuestos distintos del contrato estricto siempre y cuando exista un ligamen o vínculo jurídico⁵⁰.

Hay que decir que el matrimonio es un negocio jurídico de Derecho de familia y el artículo 1101 CC se refiere a obligaciones contractuales y por tanto sería más correcto reconducir esta reclamación por la vía del 1902 CC.

Las sentencias del Tribunal Supremo en esta materia plantean la citada cuestión, pero ligada también a la ocultación de la verdadera paternidad biológica, tema que se estudiará a continuación.

Con respecto a la prescripción del artículo 1902 CC, este tiene un plazo muy corto, de un año, tal y como establece del artículo 1968.2 CC. Además, no existen mecanismos de interrupción del plazo de prescripción de tal acción mientras dura la convivencia familiar. Esto puede llegar a impedir que los cónyuges o hijos, una vez terminada la convivencia, puedan pedir el resarcimiento de los daños causados durante la vida en común por haber prescrito el plazo.

El Código Civil español no prevé la interrupción de las acciones entre cónyuges mientras se mantenga el matrimonio, por lo que la doctrina⁵¹ intenta llenar este vacío legal mediante una interpretación extensiva del artículo 1969 CC que establece que *“el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse”*.

⁵⁰ Vid. SANCHO VILLARREAL L., “El deber de fidelidad conyugal como obligación jurídica y consecuencias de su infracción, Comentario de la STS de 30 de julio de 1999”, *Revista de Derecho de familia*, abril de 2001, pág. 126 o VARGAS ARAVENA D., *Daños civiles en el matrimonio*, La Ley, Madrid 2009, pág. 331.

⁵¹ Vid. RODRIGUEZ GUITIÁN, A.M., “Responsabilidad civil en el Derecho de familia”, Aranzadi, Pamplona 2009, pág. 562; o DÍEZ-PICAZO, L., “Constitución y Fuentes del Derecho” en *La Constitución española y Fuentes del Derecho*, Vol. I, Madrid 1984, págs. 86 y 87.

Este precepto se interpreta de modo extensivo en estos supuestos ya que los daños derivados de responsabilidades a causa de la convivencia no parece objetivamente razonable que se reclamen con anterioridad a que la relación cese.

Por proximidad a nuestro entorno, resulta interesante la sentencia de la Audiencia Provincial de León sobre esta materia de 10 de noviembre de 2010⁵². Esta resolución judicial desestima, a su vez, el recurso, desestimando la demanda, por la que se reclamaban daños morales por la esposa debido a las infidelidades de su marido. Los tribunales mantienen la inmunidad de los cónyuges en el incumplimiento de los deberes conyugales, entendiendo que no estaba probada la existencia de un daño real.

3.3. LA NULIDAD DEL MATRIMONIO

En nuestro ordenamiento es el Código Civil, en su artículo 98, reconoce el derecho a una indemnización a favor del cónyuge de buena fe que sufre determinados perjuicios económicos como consecuencia de que se declare nulo su matrimonio. No solo se indemnizan los daños patrimoniales sino que en nuestra jurisprudencia⁵³ son relativamente abundantes las sentencias en las que, tras haberse declarado nulo el matrimonio, se resarcen también los daños de carácter moral causados por la conducta ilícita de aquel que actuó de mala fe, muchas veces en relación directa con un inadecuado cumplimiento de los deberes conyugales. Esto implica un juicio de moralidad sobre el grado de participación del cónyuge con su conducta en el resultado de la nulidad⁵⁴. Se exige como único requisito que exista convivencia, cohabitación marital. Esta circunstancia de hecho se va a presumir y por tanto se invierte la carga de la prueba, resultando obligado a probarla quien la niegue, quien niegue que existió tal convivencia.

⁵² AC 2010/2120.

⁵³ Vid. STS de 26 de noviembre de 1985 (RJ 1985/5901) en la que se condenó al marido a pagar una indemnización a su mujer por los daños morales ocasionados. Se tuvo en cuenta el comportamiento doloso del primero en el que jugó un papel fundamental la interpretación del deber de fidelidad de los cónyuges. También vid. STS de 1 de julio de 1994 (RJ 1994/6420) y Sentencia de Audiencia Provincial de Cádiz de 4 de diciembre de 2006 (AC 2007/1026). En todas ellas se aprecia un comportamiento doloso y culposo.

⁵⁴ En opinión de DA SILVA CEDEIRA, A.C., (*Da responsabilidade civil dos conyuges entre si*, Coimbra Editora, Coimbra 2000, pág. 76) la falta de corrección, honestidad y lealtad en el comportamiento de uno de los contrayentes en la celebración del contrato matrimonial, cuando origine daños al otro contrayente, debe constituir fuente de responsabilidad, en ese caso precontractual, con independencia de la declaración judicial de nulidad del matrimonio.

Para la determinación de la indemnización se debe proceder conforme a lo recogido en el artículo precedente, el artículo 97 del Código Civil.

El Tribunal Supremo⁵⁵ exige que, en primer lugar, sea declarado nulo el matrimonio bien por sentencia civil o bien por sentencia canónica en cuyo caso debe ser declarada ajustada al Derecho español; en segundo lugar, requiere que el reclamante haya sido declarado cónyuge de buena fe, por lo que no procederá indemnización alguna si ambos lo son de buena fe, ya que en dicho caso existiría una compensación de las pretensiones al amparo del artículo 1195 del mismo Código, e igualmente ocurre con el supuesto contrario, es decir, cuando ambos actúen con mala fe; en tercer y último lugar, se exige la existencia de una convivencia que haya durado un tiempo mínimo.

Con respecto a la buena fe concurrente, el Tribunal Supremo se pronunció en una sentencia de 10 de marzo de 1992⁵⁶ en la cual concluyó que *“en casos de buena fe concurrente y coincidente no opera la pensión del artículo 98 CC. Ningún esposo podrá reclamar indemnización al otro, al producirse una compensación de las respectivas pretensiones conforme al artículo 1195 CC, pues el derecho indemnizatorio asiste al cónyuge cuya mala fe no resulte probada. En los casos de mala fe de ambos tampoco puede aplicarse el precepto 98, pues la indemnización carece de toda razón de ser y consistencia”*.

Los hechos en los cuales se basa dicha sentencia son los siguientes. La pareja contrajo matrimonio en 1953 y fruto de dicha relación tuvieron tres hijos. El Tribunal Eclesiástico de Santander dictó sentencia, y el Tribunal Metropolitano la confirmó en 1985, la cual se pronunciaba en el sentido de decretar la nulidad del matrimonio debido a la incapacidad para asumir las obligaciones conyugales por parte de la esposa al padecer ésta una enfermedad.

En primera instancia le fue desestimada la reclamación de una indemnización por parte del marido al amparo del artículo 98 del Código civil. La Audiencia Provincial conoció de la apelación y estimó la demanda parcialmente fijando una cantidad en concepto de indemnización a abonar por el recurrente, el marido, a la demandante. Contra esta sentencia el esposo formuló recurso de casación basándolo en la aplicación errónea del artículo 98 CC. El más alto Tribunal casa y anula la sentencia recurrida,

⁵⁵ Vid. STS de 26 de noviembre de 1985 (RJ 5901/1985).

⁵⁶ RJ 1992/2312.

confirmando de ese modo la de primera instancia y absolviendo, por tanto, al demandado.

En instancias inferiores, las Audiencias Provinciales consideran que el comportamiento deshonesto por parte del cónyuge es fuente de responsabilidad y da origen al resarcimiento de los daños morales ocasionados.

En concreto, la SAP de Cádiz, de 4 de diciembre de 2006⁵⁷, tuvo que resolver sobre los siguientes hechos: en el mes de enero del 2003, la demandante tuvo conocimiento de que su marido estaba casado en la fecha que contrajo con ella matrimonio y que además tenía una niña de ocho años de edad, por lo que, de haber conocido la existencia de ese primer matrimonio, nunca hubiera prestado su consentimiento para casarse. Además, el demandado, en el expediente de matrimonio civil número 915/1992 del Registro Civil de Ceuta, manifestó que su estado civil era soltero, sin mencionar nada acerca del matrimonio ya contraído. La esposa solicitó la nulidad del matrimonio alegando ausencia de consentimiento y error, basándose, además, en que la existencia de un matrimonio anterior invalidaba el que se produjo más tarde. A mayores solicitaba una indemnización al amparo del artículo 98 del Código Civil.

La Audiencia Provincial de Cádiz consideró que debía conceder la indemnización puesto que *“la regulación de la nulidad del matrimonio ha tenido como característica, desde el primer momento, el singular valor que en ella se reconoce a la buena o mala fe de los que celebraron el acto ineficaz. La importancia de la concreta actitud de los contrayentes fue incluso acrecentada con la reforma del Código Civil de 1981, que la ha empleado, unas veces, para beneficiar directamente al cónyuge de buena fe, y otras, para sancionar al de mala fe. La buena fe ha de entenderse como ignorancia de la existencia de una causa de invalidez. Y tal es la situación que se describe en la sentencia recurrida y que sirve de base fáctica para la declaración de nulidad aquí impugnada, estimándose acreditado que la esposa ignoraba la existencia del matrimonio anterior. Partiendo de lo anterior, la buena fe de ésta y la mala fe de aquél, no ofrecen duda alguna, ya que el fundamento de la indemnización de daños y perjuicios se halla en la "culpa in contrahendo" en que incurre el contratante que*

⁵⁷ AC 2007/1026.

lesiona la confianza ajena violando las exigencias de la buena fe en la formación del acto”.

La sentencia incide en la naturaleza resarcitoria de la indemnización del artículo 98 del Código Civil a pesar de que se utilicen los parámetros de la pensión compensatoria del artículo 97 CC para su determinación y cuantificación.

Cuestión distinta es si esta indemnización del artículo 98 CC ya incluye el resarcimiento del daño moral causado por el incumplimiento o si permite acudir al 1902 del Código Civil. Si el cónyuge lesionado es capaz de probar ante el tribunal los perjuicios sufridos, el juez debe condenar al cónyuge culpable según los principios del Derecho de daños y, por tanto, considerar que no es incompatible la aplicación de la norma que recoge la responsabilidad extracontractual cuando concurren los presupuestos legales⁵⁸.

Hay que decir que la indemnización del reiterado artículo 98 CC es de tipo objetivo y resarcitorio, no punitivo, y es compatible con la indemnización del daño moral que se pueda apreciar conforme al artículo 1902 del Código Civil.

Lo previsto en el 1902 CC se recoge con carácter general como una indemnización o resarcimiento y lo previsto en los artículos 97 y 98 CC abordaría casos concretos para el Derecho de familia. El artículo 97 CC se refiere a la reparación de daños debidos al desequilibrio económico que resulte de comparar la situación anterior y posterior al divorcio o separación; por su parte, el 98 CC se refiere al caso de nulidad del matrimonio en relación con la indemnización de daños materiales que se puedan derivar para el cónyuge de buena fe, pero estos dos artículos no contemplan el resto de daños patrimoniales que se pueden derivar de las relaciones conyugales y mucho menos los daños no patrimoniales de naturaleza moral, siendo ahí donde entra a operar el 1902 CC. Hay que concluir, por tanto, que son estas acciones compatibles entre sí.

⁵⁸ Vid. PATTI, S., *Famiglia e responsabilità civile*, Giuffré, Milano 1984, pág. 83.

3.4. LA PENSIÓN COMPENSATORIA ¿INDEMNIZA UN DAÑO PATRIMONIAL? ¿Y LA PENSIÓN DEL ARTÍCULO 1438?

Conviene aclarar que la pensión compensatoria del artículo 97 CC es diferente, y por tanto perfectamente compatible, cualquiera que sea el régimen del matrimonio, con la indemnización prevista, y ya mencionada, del artículo 98 CC en los supuestos de nulidad matrimonial la cual se otorga a los cónyuges de buena fe, así como también con la compensación por el trabajo doméstico regulada específicamente para el régimen de separación de bienes también en el Código Civil pero en el artículo 1438.

3.4.1. Pensión compensatoria del artículo 97 CC

- Concepto, regulación y finalidad:

Con respecto a la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil, ésta intenta hacer frente a los posibles desequilibrios económicos que pueden darse en el momento de la ruptura del matrimonio en relación con la situación del otro cónyuge. Era necesario un mecanismo que permitiera luchar contra esta desigualdad.

Debido a lo estipulado constitucionalmente en el artículo 32 CE, se aprobó la Ley 30/1981 de 7 de julio y en ella se introdujo la pensión compensatoria. En la actualidad, con la Ley 15/2015 se modificó este precepto y se introdujo un aspecto nuevo y muy importante como es la temporalidad de dicha medida.

Esta pensión compensatoria tiene naturaleza resarcitoria⁵⁹, pues, como su nombre indica es “compensatoria”. Su finalidad es principalmente reequilibradora. Es, a su vez, un derecho subjetivo dispositivo, no imperativo ni automático, no cabiendo que se reconozca de oficio. Es además renunciable por parte del cónyuge que la reclama.

No requiere para su reconocimiento que se produzca una situación de necesidad, sino solo que exista una diferencia económica entre los cónyuges, pues solo si hay desequilibrio habrá pensión.⁶⁰

⁵⁹Vid. VARGAS ARAVENA D., *Daños civiles en el matrimonio*, La Ley, Madrid 2009, pág. 164.

⁶⁰Vid. RODRÍGUEZ GUITIÁN, A., *Responsabilidad civil en el derecho de familia: Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Aranzadi, Pamplona, 2009, pág. 106 y ROCA I TRÍAS, E., *La responsabilidad civil en el derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil*. Dykinson, Madrid, pág. 548.

Ya sostenía ROCA i TRÍAS⁶¹ que el presupuesto esencial para que nazca este derecho “será la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada consorte antes y después de la ruptura; la desigualdad existía en realidad durante el matrimonio, pero la vigencia de los deberes de socorro y ayuda mutuos lo eliminaban....”.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de febrero de 2005⁶², al señalar que “del precepto (artículo 97 Código Civil), se deduce que la pensión compensatoria tiene una finalidad reequilibradora. Responde a un presupuesto básico: el efectivo desequilibrio económico, producido con motivo de la separación o el divorcio, en uno de los cónyuges que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio...”.

Atendiendo a su naturaleza esencialmente compensatoria, bien encaminado iba ya el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de julio de 1999⁶³ al señalar que del incumplimiento de los deberes conyugales, no deriva ningún efecto económico asociado a esta figura, pues “*de ningún modo es posible comprenderles dentro del caso de pensión compensatoria que se regula en el artículo 97*”.

Esta afirmación no supone que aquel cónyuge que haya sufrido un daño, cuya causa sea el incumplimiento de los deberes conyugales durante el matrimonio, no tenga derecho a indemnización, ya que dicha acción es compatible con la petición de la pensión compensatoria.⁶⁴

De todo esto se puede extraer que no tiene naturaleza estrictamente indemnizatoria⁶⁵, es decir, su reconocimiento no está vinculado a la existencia o no de culpa en la actuación de uno de los cónyuges al cesar la convivencia. Lo que se busca con esta es mantener un status que no se ha contribuido a generar.

No es posible subsumir ambas figuras por existir entre ellas importantes diferencias: en primer lugar, por tener entre ellas finalidades diferentes, la pensión compensatoria no busca hacer frente a la responsabilidad civil que pueda generarse del matrimonio, una de ellas, la pensión del artículo 97 del Código Civil pretende reparar un desequilibrio o menoscabo económico entre los cónyuges, siempre que se den unos

⁶¹Vid. ROCA i TRÍAS, E., *La responsabilidad civil en el derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil*. Dykinson, Madrid, 2000, pág. 548.

⁶² RJ 2005/1133.

⁶³ RJ 1999/5726.

⁶⁴ Vid. VARGAS ARAVENA, D.. *Daños civiles en el matrimonio*. La Ley, Madrid 2009, pp. 170.

⁶⁵ Vid. VARGAS ARAVENA, D.. *Daños civiles en el matrimonio*. La Ley, Madrid 2009, pp. 107 y ss.

requisitos objetivos; mientras que la otra intenta resarcir un daño producido por el incumplimiento de los deberes conyugales. En segundo lugar, los presupuestos necesarios para poder acudir a una o a otra son diferentes, la pensión compensatoria va unida a la existencia de un situación objetiva de desequilibrio o menoscabo económico, mientras la responsabilidad por la conducta de un cónyuge solo surgiría si ese incumple sus deberes conyugales causando un daño al otro. Y en tercer y último lugar, porque es posible que el cónyuge que deba percibir la pensión compensatoria y el que tenga derecho a ser resarcido no sea el mismo.⁶⁶

- **Reconocimiento:**

El reconocimiento de esta se hará cuando exista un desequilibrio entre los patrimonios de los cónyuges a causa del cese de la convivencia. Su concesión supone un análisis detallado de la situación en que quedarían los cónyuges tras la ruptura de su matrimonio, así como también de una serie de factores específicos que, además de determinar la concesión, determinarán la cuantía.

El Tribunal Supremo en diferentes sentencias⁶⁷ hace referencia a los criterios a los cuales hay que atender para determinar si concurre o no dicho desequilibrio. Debe atenderse principalmente a la dedicación a la familia, la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges ya que esta va a compensar determinados desequilibrios y, por último, su situación antes del matrimonio.

Al manifestar que son estos los criterios a los que hay que atender, desde el punto de vista contrario hay que decir que no tendrá derecho a la pensión compensatoria el solicitante que, en el caso concreto, no ha visto mermada su capacidad de trabajo durante el matrimonio, a pesar de ser sus ingresos inferiores, pero no por su dedicación a la familia, sino por la diferente formación, así como si la familia no le ha impedido trabajar y está en el mercado laboral, no causando el divorcio pérdida en su capacidad

⁶⁶ Vid. DE VERDA Y BEAMONTE, J., “Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de deberes conyugales”, *Diario La Ley*, nº 6676, 21 de marzo de 2007, pág. 7.

⁶⁷ Vid. SSTS de 25 de noviembre de 2011 (RJ 575/2011); 8 de mayo de 2012 (RJ 2012/6115); 20 de junio de 2013 (RJ 446/2013); y 3 de junio de 2013 (RJ 417/2013).

laboral, resultando su situación la misma que tenía durante el matrimonio e incluso antes de contraer éste.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2009⁶⁸ afronta la cuestión sobre si es posible apreciar desequilibrio cuando cada cónyuge tiene una calificación profesional determinada y ejerce su profesión. El más alto Tribunal manifiesta que la mera independencia económica de los cónyuges no elimina el derecho que puede tener uno de ellos a recibir una pensión ya que a pesar de que obtenga ingreso puede haber desequilibrio cuando *“los ingresos de uno y otro sean absolutamente dispares”*.

Debido a esta afirmación se puede decir que no nacerá dicha pensión cuando entre ambos se dé una situación equilibrada⁶⁹, compatible con diferencias salariales siempre y cuando estas no sean notorias.

No obstante, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de febrero de 2014⁷⁰, señala que el hecho de que los ingresos del marido representen el doble de lo que obtiene la mujer no lleva a que automáticamente se dé un absoluto desequilibrio ya que se tienen que tener en cuenta otros factores. Estos condicionantes a tener en cuenta son, por ejemplo, la edad de los cónyuges, los gastos de los hijos que asumen ambos respectivamente, etc.

Es doctrina jurisprudencial, por tanto, que no basta para conceder la pensión compensatoria con la mera consideración del desequilibrio patrimonial, sino que es necesario valorar la perspectiva causal que lo sustente en relación no solo con la situación de derechos y obligaciones resultantes del divorcio, sino también con la mayor dedicación a la familia o a la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge anterior a la ruptura del vínculo matrimonial.

Del propio Código Civil, concretamente del artículo 97, se extraen las circunstancias a las cuales debe atender el juez a la hora de decidir la cuantía así como la duración de dicha prestación. Entre ellas encontramos: acuerdos a los que hubieran llegado los cónyuges, cualificación profesional y probabilidades de acceso a un empleo, edad de ambos y estado de salud, dedicación pasada y futura a la familia, colaboración

⁶⁸ RJ 2009/6474.

⁶⁹ En este sentido, vid. SAP de Valladolid de 15 de diciembre de 2015 (JUR 2016/20249), que desestima la concesión de la pensión compensatoria del artículo 97 CC por inexistencia de desequilibrio económico entre cónyuges.

⁷⁰ RJ 2014/1131.

con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge, así como también la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal, y, por último, el caudal y medios económicos de uno y otro cónyuge.

Estas circunstancias del artículo 97 no son una lista cerrada y sobre ello se pronunció el Tribunal Supremo en sentencia del 12 de julio de 2014⁷¹. En esta se resalta la importancia que tienen todos los factores. Este Tribunal declara lo que se viene exponiendo en las líneas anteriores ya que estima que “habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, las circunstancias contenidas en el CC tienen una doble función:

a) Actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias.

b) Una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones:

- 1) Si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria.
- 2) Cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia.
- 3) Si la pensión debe ser definitiva o temporal".

- **Modificación:**

Debido a que esta se otorga haciendo referencia a la situación concreta e individualizada de la pareja, si se produjeran modificaciones en dicha situación la misma también debería ser modificada o incluso suspendida. Esto también se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, concretamente la STS de 3 de julio de

⁷¹ RJ 2014/4583.

2014⁷² en la que se señala que “el establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo ésta una exigencia o condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso”.

El mismo Tribunal, en Sentencia de 21 de junio de 2013⁷³, establece que fijar un límite temporal a la pensión o justificar, en su caso, su carácter vitalicio, será competencia del Juez tras la valoración de todas las circunstancias.

La valoración de este desequilibrio tendrá que ser apreciado al tiempo de que se produzca la finalización de la convivencia entre ambos cónyuges y debe ser causado por dicha situación.

- **Renuncia:**

Ésta es una concesión de carácter dispositivo, es decir, nunca su estimación se va a producir de manera automática una vez producida la separación o divorcio, sino que solo va a proceder cuando haya solicitud expresa del cónyuge que entiende que va a tener un empeoramiento de su situación económica debido a la separación o divorcio. Es la parte interesada, por tanto, la que tiene que instar al órgano judicial para que estime, siempre que proceda, dicha pretensión. Es posible que se haya realizado en el convenio regulador de la separación o divorcio una renuncia expresa e inequívoca que tendrá valor a partir de la homologación del mismo judicialmente. Es posible que también esté recogido este deseo de renunciar en otra declaración de voluntad, llegando incluso a admitirse que puede ser expresado de forma tácita, es decir, se entiende que renuncia siempre y cuando en la demanda de separación o divorcio desista del mismo. Habrá que observar que no existe vicio del consentimiento u otro elemento que anule a reste eficacia a esas declaraciones de voluntad o consentimiento.

Es posible que los cónyuges hayan firmado un pacto antes de celebrar el matrimonio en el cual renuncian a dicha compensación. Surge la duda sobre la aplicación de este pacto cuando el acuerdo se firmó mucho tiempo antes de la

⁷² RJ 2014/4254.

⁷³ RJ 2013/4379.

disolución, ya que es posible que la realidad económica del momento en el que ese convenio se firmó sea considerablemente distinta a la del momento en el que se produce la disolución de la relación. Apreciando las circunstancias del caso concreto es posible que ese pacto sea ineficaz al aplicar la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* por el cambio de las circunstancias negociales.

- **Compatibilidad:**

La pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil afecta a los cónyuges con independencia de su régimen económico matrimonial. El Tribunal Supremo ⁷⁴ aprecia que es perfectamente compatible la existencia de un régimen de separación de bienes anterior a la ruptura del matrimonio y el reconocimiento, a uno de los cónyuges, de dicha pensión al haber quedado este en situación de desequilibrio.

Esta es cuestión debatida debido a que el régimen de separación de bienes busca mantener patrimonios perfectamente separados entre los cónyuges, lo cual podría contraponerse al otorgamiento por uno de ellos, al otro, de una prestación que le permita acceder a parte de las ganancias y el patrimonio de su ex pareja. Sobre esto se pronunció el Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de marzo de 2009⁷⁵.

Se podría argumentar que a través de la solicitud de la pensión compensatoria, el cónyuge podría estar actuando de manera contraria a sus actos, ya que, si este firmó un Régimen de Separación de Bienes su voluntad sería la de desvincularse económicamente del otro. Ello llevaría a estar ante un impedimento para solicitar dicha pensión.

Además, se podría argumentar que la solicitud conllevaría una infracción de los artículos 1091 y 1258 del Código Civil, al tener los Capítulos Matrimoniales carácter contractual. De este modo se estaría actuando de manera contraria a lo pactado y que, debido a esa condición, obliga a las partes⁷⁶. Se podría considerar, incluso, que dicho cónyuge está actuando de mala fe.

⁷⁴ Vid. SSTS 279/2012 de 8 de mayo (RJ 2012/6115); 28 de abril de 2005 (RJ 2659/2005); 10 de febrero de 2005 (RJ 773/2005); 10 de marzo de 2009 (RJ 1130/2009).

⁷⁵ RJ 1130/2009.

⁷⁶ *Pacta Sunt Servanda*.

Atendiendo a la corriente mayoritaria, que considera que sí es posible la concesión de la pensión compensatoria; cuando los cónyuges tienen separación de bienes, se ha de acreditar igualmente la existencia de ese desequilibrio de la misma forma que se produce con un régimen distinto, no siendo por tanto determinante el régimen económico que tenga la pareja para conceder o no dicha compensación económica. Establece el Tribunal Supremo en Sentencia de 8 de mayo de 2012⁷⁷ que “(...) el hecho de que un matrimonio haya regido sus relaciones económicas por un régimen de comunidad o uno de separación no es un factor que origine por sí mismo el derecho a obtener o no pensión compensatoria. Solo lo causará el desequilibrio producido como consecuencia de la separación o divorcio (...)”

También hay que decir que es perfectamente compatible la indemnización por la vía del artículo 1902 CC, de daños morales, con el recogido en el artículo 97 CC que es para un caso concreto del Derecho de familia. El artículo 97 del Código Civil recoge la reparación de daños por la existencia de un desequilibrio económico que queda constatado a la hora de comparar la situación anterior y posterior al divorcio o separación. Se descarga el carácter de esta como indemnizatorio o alimenticio, y se le atribuye más bien una naturaleza resarcitoria o compensatoria.

- **Extinción:**

Dicha pensión se va a extinguir por el cese de la causa que motivó su reconocimiento, así como por contraer el acreedor nuevo matrimonio o vivir maritalmente con otra persona.

La pensión compensatoria que se estableció con anterioridad al divorcio en una sentencia de separación no se va a extinguir al producirse, en un momento posterior, el divorcio. Tampoco lo hará por el hecho de la muerte del deudor, pero es posible que los herederos de este puedan solicitar al Juez una reducción o incluso la supresión de esta medida, dicha posibilidad cabe siempre que el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deudora o afectara a sus derechos de legítima, de acuerdo con el artículo 101.2 CC.

⁷⁷ RJ 2012/6115.

3.4.2. La compensación económica del 1438 CC

- Concepto y regulación:

El artículo 1438 del Código Civil contempla que el trabajo doméstico como una contribución a las cargas familiares. La reforma del Código Civil, por la Ley 13/2005, se pronunció sobre este tema e introdujo el deber de compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado de los ascendientes y descendientes⁷⁸. El incumplimiento de este deber de compartir las responsabilidades llevará aparejado un resarcimiento en caso de extinción del régimen de separación de bienes por separación o divorcio.

Es importante a este respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2015⁷⁹, ya que esta se manifiesta⁸⁰ el derecho a recibir la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes. Este Tribunal entiende necesario para apreciar dicha pretensión que cuando se haya pactado un régimen de separación de bienes se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado en casa, de manera exclusiva; excluyéndose, de ese modo, para obtener la compensación la necesidad de haberse producido un incremento patrimonial del otro cónyuge. Sí es necesario que se hubiera producido una previa contribución en especie del acreedor al levantamiento de las cargas familiares, específicamente reguladas en el régimen de separación de bienes.

- Finalidad:

Esta figura lo que trata es de compensar por el trabajo realizado en el hogar, corrigiendo de ese modo los desequilibrios que puede provocar el régimen de separación de bienes. Se debe comprobar que se ha producido un enriquecimiento de un cónyuge a costa del otro ya que mientras uno aumenta su patrimonio trabajando y ganando dinero para sí, el otro únicamente aporta su trabajo, hace frente a las cargas familiares, contribuye con trabajo no remunerado que revierte en beneficio para ambos.

⁷⁸ Artículo 68 del Código Civil.

⁷⁹ STS 1490/2015.

⁸⁰ En el mismo sentido, Vid. SSTS de 14 de julio de 2011 (RJ 2011/146921) o 31 de enero de 2014 (RJ 16/2014).

El fundamento de este derecho es la desigualdad⁸¹. Lo que se busca es la equidad, el resarcimiento al cónyuge que dedicó su tiempo a los trabajos en casa y que, debido al régimen de separación de bienes, no va a ser partícipe en las ganancias del otro⁸².

- **Atribución:**

La doctrina⁸³ llega incluso a considerar que no se debe exigir del cónyuge acreedor que únicamente haya trabajado en el hogar⁸⁴. Entienden que bastaría con que uno haya contribuido de más sobre lo que le corresponde en el sostenimiento del hogar, y, a su vez, que esto le haya supuesto una serie de limitaciones, tanto personales como profesionales. Lo interpretan de este modo debido al sobreesfuerzo que supone el hecho de que a mayores de realizar el trabajo en el hogar una persona, tenga que realizar también otro fuera de casa.

La postura contraria la defiende la Audiencia Provincial de Murcia, en sentencia de 23 de marzo de 2016⁸⁵. Esta desestima la pretensión de la mujer acerca de la concesión de la compensación del artículo 1438 del Código Civil debido a que ésta recibía una remuneración por el desempeño de actividad laboral en la empresa de la cual su marido era administrador, siendo ello “incompatible con el derecho a obtener la compensación económica”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se muestra en este Sentido. Ya la sentencia de 14 de julio de 2011⁸⁶ afirma que "el derecho a obtener la compensación por

⁸¹ Vid. TORRES LANA, J.A., *Código Civil, doctrina y jurisprudencia*, La Ley, Madrid 1991, pág. 1073 y MIJANCOS GURRUNCHAGA “Las reclamaciones económicas por compensación y/o resarcimiento en el proceso de disolución matrimonial de los artículos 97, 1438, 98, 1902 y 1101 CC”, *Indret* 2/2015, abril 2015.

⁸² En este sentido se manifiesta la SAP de Alicante de 10 de junio de 2010 (RJA 2010/396982).

⁸³ Vid. PAÑOS PÉREZ. “El menoscabo a la conciliación de la vida familiar y laboral por la doctrina jurisprudencial sobre la compensación del trabajo doméstico”. Comunicación en Congreso “*La feminización del Derecho Privado*”, Carmona III Valladolid, 13 y 14 de marzo de 2014 y REYES GALLUR, J.J., “Consideraciones jurídicas sobre la compensación económica establecida en el artículo 1438 CC,” *Revista de Derecho de Familia* núm. 39, 2008, pág. 299.

⁸⁴ Vid. SAP Murcia de 25 de junio de 2013 (JUR 2013/249252). Diversas audiencias se refieren al término “sobreaportación” y exigen que la contribución del acreedor haya sido más relevante que la del deudor bastando con que sea mayoritaria: SAP de las Palmas de 30 de junio de 2005 (JUR 2005/194339); SAP de Zaragoza de 20 de mayo de 2005 (JUR 2005/155745) y SAP de Navarra de 2 de junio de 2004 (JUR 2004/258769).

⁸⁵ JUR 2016/97980.

⁸⁶ RJ 4874/2011.

haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge"

A su vez, el mencionado Tribunal, en sentencia de 14 de abril de 2015⁸⁷, vuelve a reincidir en dicha apreciación. En primera instancia sí se había reconocido la compensación económica, a favor de la mujer, por esta vía del 1438 CC. Se basaba en la no realización de trabajo retribuido más allá de la del que pudiera venir realizando en la empresa familiar. Esto vino afirmado por la Audiencia. Entiende el más Alto Tribunal que la mujer “vino desarrollando un trabajo en alguna de las empresas de la que era administrador el esposo, y que por este trabajo fuera del hogar percibía una retribución que oscilaba sobre los 800 euros, lo que es incompatible con el derecho a obtener la compensación económica que establece el artículo 1438 del CC”.

Los presupuestos necesarios para el reconocimiento de dicha compensación son:

- Por un lado, que el matrimonio haya estado sujeto, durante el periodo de duración de la convivencia conyugal, al régimen de separación de bienes.
- Por otro, que durante la vigencia de dicho régimen, uno de los cónyuges haya hecho una aportación personal de su trabajo a la casa.
- Por último, que se haya producido una extinción del régimen de separación de bienes, siendo a partir de ese momento cuando es posible ejercitar la acción reclamando la compensación.

Jurisprudencia menor, concretamente de la Audiencia Provincial de Córdoba en Sentencia del 6 de febrero de 2004 (JUE 2004/103252), entiende que debe aplicarse dicha compensación aun cuando el cónyuge en favor del cual se va a establecer la prestación estuviera auxiliado de servicio doméstico ya que, textualmente, dicho Tribunal considera que *“no todo lo que precisa una casa lo realiza el servicio doméstico que pueda tener, ni el personal que realiza este cometido está normalmente, el día entero ni todos los días”*.

⁸⁷ RJ 1693/2015.

Más recientemente el Tribunal Supremo se pronunció en la Sentencia de 31 de enero de 2014⁸⁸ y sentó doctrina acerca de que la concesión del derecho a obtener la compensación por haber contribuido a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere, únicamente, que se hubiera contribuido a las cargas del matrimonio con el trabajo realizado en casa; no siendo necesario, para tener derecho a la compensación, que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge.

El Juez encargado del divorcio o de la separación es el que debe determinar en qué consiste dicha compensación. No supondrá esta medida que los bienes privativos de un cónyuge pasen a convertirse en comunes, con la salvedad de que si el deudor invoca la posibilidad de realizar con bienes dicha compensación pueda el Juez aceptarlo aplicando analógicamente el artículo 1432 del Código Civil. Esto viene recogido en la Resolución 37 del Comité de Ministros del Consejo de Europa⁸⁹.

Tendrá que atender el Juez encargado de fijar dicha compensación a la regla de la proporcionalidad, es decir, los cónyuges deben contribuir a las cargas del matrimonio proporcionalmente conforme a sus respectivos recursos económicos, artículo 1438 CC, pero desde el instante en que se produce la ruptura de dicha proporcionalidad esta debe ser compensada para evitar un posible desequilibrio entre los patrimonios de ambos.

El 1438 CC se refiere a cuidado doméstico como limpieza del hogar, cuidado de la ropa, atención a los hijos, aseo, educación, comida, labores administrativas del hogar, dirección de la casa, atención de mayores y discapacitados de la familia a cargo de los cónyuges, así como cualquier trabajo de jardinería, bricolaje, llevar a los niños al colegio, al médico o a actividades extraescolares, hacer la compra, organizar las

⁸⁸ RJ 2014/813.

⁸⁹ Vid. Resolución 37 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 27 de septiembre de 1978 sobre igualdad de los cónyuges en el ámbito del Derecho civil, punto 14. En ella reconocen que a pesar de que el principio de igualdad jurídica de los cónyuges se está aplicando progresivamente en los Estados miembros del Consejo de Europa, se comprueba que existen determinados Estados miembros aún existen discriminaciones en sus disposiciones legales o reglamentarias. En ella se *“recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros que garanticen o fomenten la igualdad en el ámbito del Derecho civil (...)”*. Concretamente en el punto 14 se recoge: *“Que aseguren que en el régimen legal de separación de bienes en caso de divorcio o de anulación del vínculo matrimonial el cónyuge tenga derecho a obtener una parte equitativa de los bienes del antiguo cónyuge o una suma determinada a tanto alzado, por cualquier desigualdad financiera durante el matrimonio”*. Vid. en *Recomendaciones y resoluciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa en materia jurídica*, “Secretaría General Técnica, centro de publicaciones”. 1992.

vacaciones familiares, conducción de vehículos y otros análogos. Para llegar a esta concreción hay que acudir al artículo 1.4 del Real Decreto 1620/2011 de 14 de noviembre por el que se regula la relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familia y por tanto se debería indemnizar al que trabajó en el hogar por los salarios dejados de percibir, y por tanto deberán valorarse por el que correspondería a los empleados domésticos.

Una reciente judicial reciente que corrobora esta tesis, es la sentencia de la sección séptima de la Audiencia Provincial de Asturias de 22 de abril de este año⁹⁰ por la cual se condena al marido al pago de 74.000 euros de indemnización a su ex mujer. Estos habían estado casados durante diez años en régimen de separación de bienes. Entiende esta sentencia que el marido tiene que compensar el tiempo que ella pasó al cuidado de los hijos del matrimonio. Para fijar dicha cantidad los jueces multiplican el salario mínimo interprofesional que correspondería a un empleado del hogar por los cien meses que duró dicha unión.

Además, y para ratificar lo dicho acerca de la compatibilidad de ambas prestaciones, la del artículo 1438 y la del 97 CC, le impone al marido el pago de 350 euros mensuales a la mujer para evitar *“que el perjuicio que pueda producir el cese de la convivencia recaiga sobre uno de los cónyuges”*; además de la que se reconoce a los hijos por la pensión de alimentos que a estos le corresponden.

3.5. SUPUESTOS TIPIFICADOS COMO DELITOS

En primer lugar, la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el artículo 103 impide el ejercicio de acciones penales entre sí a los cónyuges y ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, adopción o afinidad.

El punto que nos interesa es el primero de este artículo el cual se refiere a los cónyuges, pero el mismo lo matiza en los siguientes términos: *“a no ser por delito o falta cometidos por el uno contra la persona del otro o la de sus hijos, y por el delito de bigamia”*. El legislador no diferencia para el caso de que entre ellos exista o no convivencia debido a estar separados pero sin haber disuelto el vínculo matrimonial por divorcio o nulidad.

⁹⁰ JUR 1157/2016.

No se elimina de ese modo la posibilidad de que la víctima pueda denunciar los hechos cuando sean delictivos. El encargado de llevar a cabo la acusación es el Ministerio Fiscal, no la víctima.

Los delitos en el ámbito familiar son todas aquellas acciones u omisiones cometidas voluntaria o imprudentemente en el ámbito familiar y que están penadas por la ley.

En el Código Penal se agrupan bajo el título de “delitos contra las relaciones familiares”. Existen supuestos ya tipificados como delitos por el Código Penal en los cuales una persona lesiona la integridad física o psíquica o la libertad sexual de su cónyuge, como sería el caso del homicidio (artículos 138, 139 y 140 CP), las lesiones causadas intencionalmente al otro cónyuge (artículo 147.1 en relación con el 148.4 del Código Penal), agresiones sexuales (artículos 178 y 179 CP) o malos tratos (artículo 153.1 CP).

Dentro del Título XII y bajo el título de “*delitos contra las relaciones familiares*”, artículos 217 y siguientes encontramos, entre otros, el delito de bigamia, el supuesto de celebración de un matrimonio inválido. También dentro del mismo Título XII, se contemplan los delitos de “*suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor*”, el 227 CP se refiere al impago de prestaciones; los artículos 229 a 231 CP recogen los casos de abandono de menores, etc.

En el ámbito de las relaciones conyugales y de pareja en general el delito que tiene más aplicación y más preocupa en la actualidad es el de la violencia de género. Ya la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género indica que “*la violencia de género es el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad*”. El objetivo de esta Ley es actuar “*contra la violencia que se ejerce sobre las mujeres por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia*” como establece su artículo 1.1.

También existen los supuestos de conductas que atentan contra los derechos de la personalidad del otro cónyuge y que también, en determinados casos, pueden ser punibles; conductas que atentan contra la intimidad, el honor o la libertad, entre otros.

Sería aquella conducta, por ejemplo, en la cual el cónyuge mira el correo electrónico del otro sin su consentimiento pudiendo dar lugar a delitos de descubrimiento o revelación de secretos tipificados en el Código Penal en sus artículos 197.1 y 2.

De las acciones delictivas se puede generar una responsabilidad civil⁹¹, es decir, se ha de compensar a la víctima por los daños causados. Lo que se persigue ya es un interés privado.

El particular, víctima del delito y beneficiario de la indemnización en la que se valora dicha responsabilidad civil derivada del mismo, puede renunciar a la misma siempre que dicha renuncia no atente contra el interés u orden público, ni perjudique a terceros.

Esta reparación puede consistir en una obligación de dar, de hacer o de no hacer algo y vendrá determinada por el juez atendiendo a la naturaleza de la infracción y a las condiciones personales y económicas del culpable. Esta cuantía va a comprender los daños ocasionados al agraviado así como también a sus familiares o a terceros.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal concede la posibilidad de optar por exigir dicha responsabilidad por la vía penal, cuantificándose en la sentencia que ponga fin al procedimiento, o por la vía civil, en cuyo caso será necesario ejercer nuevas acciones ante los tribunales civiles. La atribución de responsabilidad civil es independiente de la existencia de cualquier tipo de relación familiar entre las partes implicadas.

3.6. DAÑOS PATRIMONIALES DERIVADOS DE LA GESTIÓN PATRIMONIAL REALIZADA POR UNO DE LOS CÓNYUGES Y CAUSADOS AL OTRO

- Excusa absolutoria:

En relación con lo regulado por el Código Penal y con el mencionado artículo 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal encontramos que el propio Código Penal en el artículo 268 incluye la denominada excusa absolutoria al establecer que “*están*

⁹¹Vid. ROCA i TRIAS E., *La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil*. Dykinson, Madrid, 2000, págs.: 552 a 554; RAGEL SÁNCHEZ, F., “Comentario de la STS de 30 de julio de 1999”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia*, 2000, pág. 159.

exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio (...) por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación, o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad”.

Dichas excusas absolutorias, en general, establecen la exención del reproche penal atendiendo a determinadas circunstancias que no concurren en el momento de la realización del hecho, sino con posterioridad a la comisión del delito. La introducción de estas en el Derecho español se atribuye al penalista LUIS SILVELA⁹². Se trata de circunstancias personales que por razones de utilidad o conveniencia excluyen la pena por un comportamiento antijurídico y culpable que, de no concurrir dichas circunstancias, sería penado. El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el particular señalando que “se vienen comprendiendo un conjunto de circunstancias de dudosa y controvertida naturaleza jurídica (...) que aconsejan dejar sin punición determinados hechos delictivos no obstante estar presentes en ellos las notas de antijuridicidad tipificada y culpabilidad”⁹³.

En nuestro Código Penal se recogen varios preceptos en los cuales se observan diversas excusas absolutorias⁹⁴, pero la que más nos interesa es la del artículo 268 CP.

Esta inclusión para muchos autores es desafortunada porque supondría una vía para delinquir garantizando la absoluta impunidad de las conductas contra bienes jurídicos del cónyuge. Otros autores, por su parte, consideran que no sería de extensión a los supuestos más graves pero debido al carácter de norma de privilegio “*la exclusión de supuestos como éstos es imposible y únicamente cabe la esperanza de una futura reforma legal*”⁹⁵.

El mencionado artículo 268 CP permite excluir de la responsabilidad criminal al autor de un delito de carácter patrimonial que ostente una determinada relación de

⁹² SILVELA CASADO, L., (Madrid, 3 de junio de 1865- Madrid- Madrid 1928) fue un abogado, periodista y político español. Fue ministro de Instrucción Pública y Bellas Artes, ministro de Gobernación y ministro de Marina durante el reinado de Alfonso XIII de España. Fue Alto Comisario Español en Marruecos en 1923 y Alcalde de Madrid en dos ocasiones.

⁹³ Vid. STS de 26 de noviembre de 1985 (RJ 5901/1985).

⁹⁴ Código Penal artículos: 16, 218.2, 269, 305, 307, 308 etc.

⁹⁵ Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., *El parentesco en Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1973, págs. 140-141.

parentesco con la víctima del mismo, siempre que dicha infracción se lleve a cabo sin violencia ni intimidación o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad.

Este precepto ya diferencia entre aquellos cónyuges que estén conviviendo y los que no lo estén al contemplar entre los supuestos también la separación y no solo el divorcio y la nulidad. De este modo, dicha excusa absoluta solo es de aplicación en aquellos casos en los que los cónyuges no estuvieran separados legalmente o de hecho o en procesos judiciales de separación, divorcio o nulidad. Si el responsable del delito patrimonial lo cometió una vez rota la convivencia sí se podrá conseguir una sanción penal por dicha conducta.

- **Parejas de hecho:**

En este precepto no se hace referencia a las parejas unidas por relación análoga al matrimonio, parejas de hecho, a las cuales sí que se menciona en otros preceptos de dicho Código equiparándolas al matrimonio. Para solventar esta omisión cabrían dos opciones, por un lado, resignarse a su ausencia y proponer su futura inclusión ya que no es posible la interpretación analógica; y por otro, la postura contraria, que sí admitiría la posibilidad de una interpretación analógica siempre que sea favorable al reo, quedando, por tanto, incluidas esta clase de uniones en el ámbito de la excusa absoluta.

La doctrina jurisprudencial en este ámbito es contradictoria. Si bien tradicionalmente han venido sosteniendo la imposibilidad de la interpretación analógica y, por tanto, se excluía la aplicación del 268 CP a las relaciones que no fueran estrictamente matrimoniales⁹⁶, sentencias más recientes alegan la aplicación de dicha excusa a estas relaciones argumentando que *“aunque el citado artículo 268, en la excusa absoluta que establece, no se refiere a la convivencia de parejas de hecho, es evidente que la similitud de esta situación con la relación matrimonial se establece en otros preceptos del Código Penal (...) y sabido es que en materia penal es de aplicación la analogía favorable (...)”*.⁹⁷

⁹⁶ Entre otras, vid. STS de 31 de marzo de 1989 (RJ 1989/2780) o SAP de Vizcaya de 15 de noviembre de 1995(ARP 1995/1995).

⁹⁷ En este sentido, la STS de 11 de abril de 2005 (RJ 91/2005), señalaba que, "la jurisprudencia ha mantenido respecto a la interpretación de tal excusa absoluta una línea rígida, de modo que ésta, en

En resumen, cuando existe convivencia el cónyuge víctima de un delito patrimonial sí podrá denunciar el hecho pero no podrá ejercitar acción penal contra el otro, la cual solo podrá ser ejercitada por el Ministerio Fiscal.

El Tribunal Supremo ha llevado a cabo diversas previsiones por medio de Acuerdos del Pleno no jurisdiccionales en relación con esta materia, entre ellos encontramos:

- Un Acuerdo no jurisdiccional del año 2000 del pleno del Tribunal Supremo, de 15 de diciembre, el cual se pronunciaba sobre la aplicación de la excusa absolutoria en caso de no convivencia entre hermanos y establecían que *“no se exige la convivencia entre hermanos para la aplicación de la excusa absolutoria del artículo 268 CP”*.

- Otro Acuerdo del año 2005 del Tribunal Supremo de 1 de marzo en el que establecen que *“a efectos del artículo 268 CP, las relaciones estables de pareja son asimilables a la relación matrimonial”*, pero con tres precisiones:

a) *Que sean estables,*

b) *que subsistan en el momento de la comisión del hecho*

c) *que las acciones típicas se hayan producido exclusivamente entre la pareja y el delito no alcance a terceras personas.*

- El año 2005 también se pronunció dicho Tribunal el 25 de octubre concluyendo que el régimen de la sociedad de gananciales no es un obstáculo para la comisión del delito de apropiación indebida en su modalidad de distracción, por uno de los cónyuges, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de la excusa absolutoria del 268.

- **Ámbito de aplicación:**

En relación con los delitos a los que sería aplicable dicho precepto hay que decir que el mismo establece *“por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí (...)”* lo que llevaría a deducir que sería de aplicación a todos los delitos contra el patrimonio pero, sin embargo, atendiendo a su ubicación en el Capítulo X de *“Disposiciones comunes a los artículos anteriores”* hay que entender que se aplica a los

cuanto norma de privilegio, no admite interpretaciones extensivas a hechos distintos, a situaciones diferentes o a otras personas que las expresamente recogidas en el texto legal".

capítulos anteriores del Título XIII y por tanto: hurtos, robos (siempre que no se emplee violencia o intimidación), robos y hurtos de uso de vehículos, estafas, apropiaciones indebidas, en las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas cuando se defraude a un familiar, insolvencias punibles, daños o alzamiento de bienes.

Por el contrario, no sería aplicable a la extorsión ni usurpación que requieran violencia o intimidación y tampoco a la alteración del precio en concursos y subastas públicas dado que la naturaleza del delito es totalmente diferente a la de la excusa, no coincidiendo sus presupuestos ni tampoco a los daños con peligro o en instalaciones militares, en los concursos fraudulentos o en la presentación de balance falso en un concurso.

Sobre esta materia se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de 22 de octubre de 2010⁹⁸. Los hechos sobre los que versa la misma son acerca de un delito societario. Al marido se le imputa este delito, así como el de apropiación indebida. De dicha sociedad formaban parte, como socios, tanto la mujer (55%), como el marido (25%) y un hijo de ambos. Fue condenado en instancias anteriores el marido por su actuación a dos delitos societarios, de los artículos 293 y 295 del Código Penal. Él reivindica en la casación la infracción de los artículos 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal así como el 268 del Código Penal, pero el Tribunal alega que no es posible la aplicación de dichos preceptos debido a que, cuando se cometió el hecho condenado entre denunciante y denunciado, ya existía un procedimiento de divorcio.

El Tribunal Supremo mantiene así su postura⁹⁹ al considerar que “*constando la existencia de un procedimiento de divorcio, desaparece uno de los presupuestos ineludibles para la exención de responsabilidad*”.

- **Compatibilidad con el artículo 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:**

El Alto Tribunal también se pronuncia en la sentencia antes reseñada acerca de la aplicación del 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Estima que la determinación del alcance de esta limitación impuesta por razón de parentesco no

⁹⁸ RJ 933/2010.

⁹⁹ Vid. Sentencia también en la misma línea de 27 de enero de 2006 (RJ 42/2006).

resulta nada fácil. Este artículo sigue aforado a su redacción histórica. Expresan que los planos en los que deben operar ambos no se superponen. El 268 CP “centra su objetivo en la regulación de las excusas absolutorias derivadas del parentesco”, y el 103 LECrim “se refiere a los presupuestos del ejercicio de la acción penal”. Matizan a su vez que “no tendría sentido aceptar una interpretación literal del artículo 103 de la LECrim que condujera a excluir la posibilidad de ejercer la acción penal por aquel que, habiendo iniciado un proceso de separación o divorcio, viera menoscabado su patrimonio por acciones de su cónyuge que, desde el momento de la separación de hecho, ya no tendría a su favor la exención de responsabilidad que el artículo 268 del CP le otorgaba durante la convivencia. Resultaría un contrasentido, en fin, que la persecución de hechos delictivos no amparados en ninguna excusa por razón del parentesco, fuera sometida por el legislador a limitaciones que no guardan relación con el fundamento mismo de la exención. Si el ataque al patrimonio de uno de los cónyuges ya no puede resultar impune por desbordar los límites del artículo 268 del CP -separación de hecho o demanda de separación, nulidad o divorcio-, carecería de lógica que, con el cuestionable fundamento de la fidelidad a una interpretación estrictamente literal del artículo 103 de la LECrim, la víctima no pudiera promover el ejercicio de la acción penal con el fin de reparar la ofensa sufrida por el delito”.

En conclusión, la postura adoptada por este Tribunal es que cualquier delito entre cónyuges, en ausencia de los presupuestos que justifican la excusa absoluta del 268 CP, podrá ser perseguido por la víctima, sin limitaciones derivadas de la literalidad del artículo 103 LECrim.

Esta misma sentencia también corrobora lo dicho anteriormente acerca de que el cónyuge, en virtud del 103, carece de capacidad para ser parte en el juicio pero podrá denunciar los hechos. Será el encargado de realizar dicha acusación el Ministerio Fiscal.

4. DAÑOS CAUSADOS A PADRES Y A MADRES A CAUSA DE SUS HIJOS

En el ámbito de las relaciones paterno-filiales también existen, en nuestro Código Penal, supuestos tipificados que penalizan diversas situaciones que pueden darse entre estos. Sería por ejemplo el homicidio (artículos 138, 139 y 140 CP); las lesiones (artículo 147.1 CP) producidas al propio hijo o incluso la conducta delictiva del otro cónyuge que no propicia dichas lesiones pero que, a sabiendas de dicha situación, tampoco la impide; así como la muerte o lesiones producidas intencionalmente al hijo antes de nacer (artículos 144 y 145 CP) o el abandono de un menor de edad (artículo 229.1 en relación con el 229.3 CP).

Centrándonos en el aspecto civil, lo que nos interesa analizar es si dicha responsabilidad penal o diversas actuaciones, sin ser ilícitos penales, de los progenitores pudieran derivar o llevar aparejada en responsabilidad civil.

4.1. IMPUTACIÓN DE FALSA PATERNIDAD

- Introducción:

Tema discutido doctrinalmente es aquel, como hemos dicho, de si la infidelidad por sí sola da lugar o no a responsabilidad civil por daños morales. Hay que decir que la solución habitual a dicho supuesto es la solicitud de la separación o el divorcio. Los que defienden una y otra postura acerca de los daños causados por la infidelidad autónomamente considerada confluyen a la hora de afrontar la cuestión sobre la responsabilidad moral que se puede generar en caso de que de la mencionada situación se haya derivado la ocultación de la verdadera paternidad biológica al marido.

En los últimos treinta años, el perfeccionamiento, así como la mayor fiabilidad de las pruebas de ADN, ha dado lugar a un incremento de las acciones de daños ejercitadas tras el éxito de una acción de impugnación de la paternidad por quien hasta ese momento había sido considerado como padre biológico.

A esta ocultación se puede llegar con conocimiento de la esposa o sin él. El supuesto más frecuente se da cuando ésta mantuvo relaciones sexuales con el marido y un tercero en el mismo periodo de tiempo y a posteriori descubre ella que el hijo no es

del marido. Hay que estudiar si procede o no el resarcimiento del daño moral causado al marido concurriendo dolo o culpa en la conducta de su esposa. Pero, esta discrepancia parental no solo puede derivar de casos de infidelidad, sino que es posible que se pase rápidamente de una relación a otra y el embarazo se le atribuya a su nueva pareja; o también cabe que sea consecuencia de una mala *paxis médica*, como sucedería cuando la mujer es inseminada o fecundada por error con espermatozoides de hombre distinto de su pareja¹⁰⁰.

Con respecto a la definición de daño moral, el Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de febrero de 2001 (RJ 2001/2242) establece que será “(...) *cualquier frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos, por naturaleza o sangre que se den entre personas allegadas fundamentalmente por vínculos parentales, a consecuencia del hecho ilícito (...)*”.

En el ordenamiento español rige el principio de la presunción de paternidad matrimonial, recogido en el artículo 116 del Código Civil que expresamente establece que “*se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges.*”

La extinción de la relación paterno-filial como consecuencia de la estimación de la demanda de impugnación de la paternidad, lleva, en ocasiones, a que el que hasta dicho momento había figurado como progenitor registral pueda efectuar una serie de reclamaciones por los perjuicios que considera que se le han causado.

Ningún precepto del Código Civil excluye la aplicación del artículo 1902 de dicho Código cuando media, entre el causante y la víctima, relación familiar. Son los Tribunales los que recurren a dicho artículo, en diversa jurisprudencia que se estudiará más adelante, para otorgar una indemnización ante estos casos.

¹⁰⁰ Los Tribunales de países británicos y norteamericanos se han pronunciado sobre esto. *Leeds Teaching Hospital NHS Trust v. A.* ([2003] 1 FCR599), *Robert B. v. Susan B.* [135 Cal. Rptr. 2d 785 (2003)] y *Perry-Rogers v. Fasano* [715N.Y.S. 2d 19 (App. Div. 2000)]. Reconocen una acción de responsabilidad civil para el centro así como una acción para adecuar la filiación del hijo.

- **Requisitos:**

Entrando ya en aspectos materiales hay que decir que, en este caso, los presupuestos son, en primer lugar, que exista una acción u omisión culpable por parte de la madre; en segundo lugar, que exista daño moral; y en tercer lugar, que haya imputación objetiva a ésta. Dándose estos requisitos se derivarán unas consecuencias jurídicas, ya no por el incumplimiento del deber de fidelidad que tienen los cónyuges, sino por el ocultamiento de la verdadera paternidad biológica del hijo.

También hay que tener en cuenta la posible responsabilidad patrimonial del tercero si, de acuerdo con la madre, es consciente y acepta tener descendencia, ya sea con intención de perjudicar al marido o no.

- **Jurisprudencia del Tribunal Supremo:**

El Tribunal Supremo ha abordado esta cuestión de la infidelidad con ocultación de la verdadera paternidad biológica en cuatro sentencias de la Sala Primera y que son: la primera de 22 de julio de 1999 (RJ 1999/5721); la segunda de 30 de julio de 1999 (RJ 1999/5726); la tercera de 14 de julio de 2010 (RJ 2010/5152) y la última de 18 de junio de 2012 (RJ 2012/6849).

La doctrina que se puede extraer de estas sentencias no es clara y coherente, aunque sí uniforme en un punto, en el rechazo al resarcimiento del presunto daño patrimonial derivado del pago de gastos inherentes a la condición de padre, es decir, el pago de alimentos.

En la primera de ellas (RJ 1999/5721), el padre reclama una cuantía monetaria en concepto de la cantidad correspondiente a los alimentos abonados durante quince años a favor del hijo y además otra cantidad en concepto de daño moral sufrido por la ocultación dolosa de la real paternidad por parte de su esposa. El Tribunal Supremo, en este caso, desestima el recurso por no apreciar un comportamiento doloso de la madre ya que esta desconocía la paternidad hasta la interposición de la acción de impugnación de la paternidad a instancia del propio hijo. Rechaza el Alto Tribunal la aplicación del artículo 1902 CC amparándose en el dolo, pero hay que mencionar que este artículo no hace mención a este requisito para el nacimiento de la obligación de indemnizar.

En la segunda de las mencionadas sentencias (RJ 1999/5726), es la esposa la que impugna la paternidad de los hijos del matrimonio cuando se produjo la separación matrimonial de mutuo acuerdo. Una vez que se demuestra la paternidad de un tercer sujeto es el esposo quien interpone demanda reclamando una cantidad dineraria a la mujer por el mantenimiento de los hijos habidos durante el matrimonio, así como las correspondientes a la pensión alimenticia una vez la separación se produjo y, además, una compensación por el daño moral padecido a consecuencia de la infidelidad de la demandada. En Primera Instancia se estima parcialmente la petición del marido y se impone a la demandada el pago de la cantidad correspondiente a daños morales. Ésta recurre a la Audiencia Provincial de Madrid que revoca la sentencia y absuelve a la demandada. El marido recurre en casación y el Tribunal Supremo resolvió confirmando la sentencia de la Audiencia.

El Tribunal Supremo en ésta argumenta que el deber de fidelidad entre los cónyuges no es más que un deber de tipo ético-social y que la única consecuencia que se contempla en el ordenamiento jurídico para esa situación es la separación o divorcio, en el momento de la sentencia al amparo del artículo 82 CC, pero sin asignarle efectos económicos.

El recurrente en esta sentencia se basa en el artículo 1101 CC, precepto referido a la responsabilidad contractual. Es posible que debido a la sentencia denegatoria citada anteriormente en la cual el recurso se basaba en el artículo 1902 CC, referido a la responsabilidad extracontractual, y porque se había denegado la pretensión por no haber dolo de la mujer. El 1101 CC contempla la indemnización no solo concurriendo dolo sino también negligencia y por eso el recurrente optó por utilizar esta vía cuando sabemos, como ya hemos dicho, que el matrimonio es un negocio jurídico del Derecho de familia y el 1101 se refiere a obligaciones contractuales.

En esta resolución judicial el Tribunal, a pesar de considerar el quebrantamiento de los deberes conyugales como merecedor de un innegable reproche de tipo ético-social, considera, sin embargo, que la única consecuencia jurídica que contempla la legislación sustantiva es la de asignar al incumplimiento de los mencionados deberes el constituirse como causa de separación matrimonial (en ese momento, año 1999), pero no lo considera como hecho determinante para dar lugar a una indemnización, lo que se deduciría de *“la propia naturaleza del matrimonio”*.

La tercera de las sentencias (RJ 2010/5152) plantea nuevamente una reclamación por daño moral y patrimonial sufrido por el marido debido al desconocimiento de la infidelidad de la esposa y posterior ocultación de la paternidad de la hija durante diecinueve años. El marido reclama cuatro cantidades en virtud del daño moral causado por cuatro aspectos distintos que son: daño moral derivado de la pérdida de la hija, daños morales derivados de los daños físicos y secuelas psicológicas producidas por la separación matrimonial, daño moral derivado del deterioro de su honor y daño por el conocimiento de la infidelidad de su ex mujer y la pérdida del vínculo biológico con su hija y, por último, también debido al enriquecimiento injusto por haber criado, educado y alimentado a una hija no siendo suya.

En Primera Instancia, y posteriormente la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo, desestiman la demanda por entender las acciones prescritas al haber transcurrido más de un año entre el conocimiento del daño y la interposición de la demanda. De este modo se extrae la conclusión de que este tipo de pretensiones encuentran su cauce en el artículo 1902 CC. Sin embargo, debido a la prescripción de la pretensión, el Tribunal no se tuvo que pronunciar sobre el fondo del asunto.

La cuarta sentencia (RJ 2012/6849) plantea una reclamación basándose nuevamente en el 1902 CC. Se interpone frente a la ex esposa y contra un tercero, el padre biológico, debido al daño moral derivado de la concepción de dos hijas fuera del matrimonio. Nuevamente no se entra sobre el fondo del asunto al confirmar el Tribunal Supremo la sentencia de la Audiencia Provincial que había declarado prescrita la acción.

Debe observarse, no obstante, que, en relación a este tipo de pretensiones, Audiencias Provinciales han venido emitiendo pronunciamientos discrepantes. No encontramos una doctrina uniforme debido a la ausencia de un pronunciamiento claro por parte del Tribunal Supremo.

- **Doctrina de las Audiencias Provinciales:**

Las Audiencias que han estimado estas pretensiones aplican como vía para reclamar la del artículo 1902 CC. Dentro de estas, hay un grupo que entienden necesario el comportamiento doloso de la esposa para causar la obligación de indemnizar y otras,

en cambio, que entienden que basta con el comportamiento negligente o culposo de la mujer.

Entre el primer grupo encontramos a las Audiencias Provinciales de Valencia¹⁰¹, Murcia¹⁰² o León¹⁰³, que se muestran favorables a indemnizar por los daños derivados de la ocultación dolosa de la paternidad. Constituirían, por tanto, dichos pronunciamientos, excepciones en la jurisprudencia española a la regla de la inmunidad en las relaciones familiares. Las mismas atienden a la entidad de la conducta dañosa y a la gravedad del daño.

El dolo debe identificarse con la mala fe, es decir, con el conocimiento cierto de la falsa paternidad desde el momento del embarazo, y la no revelación de dicha situación, o desde el momento en que esta es conocedora de dicha situación. Este es un requisito que no tiene que coincidir obligatoriamente con una intención cualificada de causar daño sino que se puede extraer de indicios como el carácter reiterado de supuestos de infidelidad, despreocupación de utilizar métodos anticonceptivos, etc.

La Audiencia Provincial de León se pronunció en dos sentencias en este sentido: de 2 de enero de 2007¹⁰⁴ y de 30 de enero de 2009¹⁰⁵.

Ante la duda acerca de la posible indemnización que correspondería a determinados daños que tienen origen en las relaciones familiares, y, debido a la ausencia de una disposición legal sobre cuáles deberían ser los criterios de imputación en estos casos, los Tribunales basan su razonamiento en el análisis de la irreprochabilidad de la conducta de la demandada, considerando que pueden ser indemnizables los daños que tienen origen en una conducta dolosa o gravemente culposa de la misma.

Con respecto a la primera¹⁰⁶, esta concede una indemnización de 30.000 euros por los daños morales al padre biológico al mantener que el engaño de la mujer al ocultar la paternidad es un comportamiento doloso ya que esta sabía la verdadera

¹⁰¹ Vid. SAP de Valencia de 5 de septiembre de 2007 (JUR 2007/340366).

¹⁰² Vid. SAP de Murcia de 18 de noviembre de 2009 (AC/2010/60).

¹⁰³ Vid. Sentencias diversas de la Audiencia Provincial de León: de 2 de enero de 2007 (JUR/2007/59972); 30 de enero de 2009 (JUR/2009/192431) o 23 de noviembre de 2012 (AC/2012/1643).

¹⁰⁴ JUR 2007/59972.

¹⁰⁵ JUR 2009/192431.

¹⁰⁶ JUR 2007/59972.

paternidad. Además condena también al verdadero padre biológico a pagar solidariamente los daños morales y a otra cantidad en concepto de alimentos, cantidad correspondiente desde el momento de nacimiento al momento en que dejó de convivir con el demandante.

En la segunda de las sentencias¹⁰⁷ se concede también una indemnización al marido de 30.000 euros por daños morales. En este supuesto la madre no consigue quedarse embarazada con el marido y decide iniciar una relación con un tercero y quedarse así embarazada, existiendo de ese modo un claro comportamiento doloso.

También la Audiencia Provincial de Murcia, en fecha de 18 de noviembre de 2009¹⁰⁸ reitera este criterio. Fundamenta la indemnización a favor del padre basándose en el dolo de la demandada. Confirma, a su vez, la indemnización concedida por el Juzgado tanto por los daños morales, a cargo de la madre y del padre biológico, así como también por los patrimoniales, pero estos únicamente a cargo de la madre. Estos últimos únicamente a cargo de ella debido a que, argumenta la Audiencia, “se trata de una simple aplicación de las reglas del cobro de lo indebido (art. 1895 del Código Civil) de tal forma que la Sra. Marta (la madre), quien recibe algo que no tenía derecho a cobrar y que por error le ha sido indebidamente pagado, debe restituir lo recibido por cuanto se dan los presupuestos de hecho de la institución (...)”. Debido a esta motivación, únicamente debe responder la madre ya que fue esta la que recibió “indebidamente” dicha cantidad.

También, en el mismo sentido se muestra la Audiencia Provincial de Jaén, en sentencia de fecha 9 de marzo de 2015¹⁰⁹. En primera instancia la madre quedó absuelta de las pretensiones planteadas por el padre, quien planteó apelación. Esta alegó que no actuó con dolo ni mala fe, únicamente concibió a su hija mediante inseminación artificial, al ser él estéril, y buscó el mejor momento para decírselo. Esta comunicación llegó después de haberse presentado la demanda de divorcio.

El recurrente plantea dos acciones, por un lado la de enriquecimiento injusto del artículo 1895 CC, en concepto de la devolución de las cantidades pagadas por

¹⁰⁷ JUR 2009/192431.

¹⁰⁸ SAP 2353/2009.

¹⁰⁹ JUR 2015/29380.

alimentos y demás gastos desembolsados para el cuidado de la menor; y, por otro, una acción de indemnización de daño moral por la vía del artículo 1902 CC.

La primera de las pretensiones, la del cobro de lo indebido, viene desestimada por la no concurrencia de los requisitos necesarios para ello. Mantienen la posición de que dicha cantidad era debida desde el momento del nacimiento de la hija y hasta que recae sentencia firme que declare la inexistencia de dicha obligación.

En relación con la segunda, la indemnización por daños morales, esta sí es considerada debido a que la mujer actúa de manera dolosa. Ella era conocedora y consciente de que el actor no era el padre biológico de su hija, quedando probado porque así se lo confirma al recurrente, no siendo necesario para acreditarlo la realización de pruebas biológicas.

Por tanto, cabe deducir, de estas resoluciones judiciales, que es necesaria la existencia de dolo. Solo este puede ser el fundamento de la responsabilidad civil en este grupo de casos. La demandada tiene que haber incurrido en una conducta más gravosa que el mero silencio sobre la paternidad biológica.

La solución opuesta, pero basada igualmente en la exigencia de que concurra dolo, viene mantenida, nuevamente, por la Audiencia Provincial de León, en sentencia del 23 de noviembre de 2012¹¹⁰. En primera instancia se solicitaba la indemnización por daño moral por ocultación de la verdadera paternidad y además la compensación por haber abonado la pensión alimenticia al que creía su hijo. Se desestiman todas las pretensiones. Este pronunciamiento, a su vez, es confirmado por la Audiencia debido a la no existencia de dolo de la madre ya que se engendró durante una crisis matrimonial en la que cada parte hacía su vida y por lo tanto el marido sabía, o debía saber, que el hijo no era suyo o que podía no ser suyo.

En el mismo sentido desestimatorio se pronuncia la Audiencia Provincial de Sevilla, en Sentencia de fecha de 9 de julio de 2015¹¹¹. La Audiencia estima el recurso de apelación interpuesto por la madre contra la sentencia dictada en primera instancia, la cual concedía una indemnización al padre por daños morales causados por la ocultación de la verdadera paternidad. Aprecian dicho recurso debido a la inexistencia de dolo por

¹¹⁰ AC 2012/1643.

¹¹¹ JUR 2015/235882.

parte de ella. En Primera Instancia, se basó dicha concesión en la existencia de una conversación entre madre e hijo en la cual ésta confesaba al hijo que quien creía su padre no lo era, siendo este el que, a su vez, se lo comunicaba a su “padre”.

El Tribunal, para estimar el recurso por inexistencia de dolo atiende a distintos aspectos. En primer lugar, esa conversación, que de existir sería constitutiva de dolo, no queda acreditada; y, en segundo lugar, porque no queda acreditado el conocimiento cierto de la madre de esta situación. Sintetizando, queda excluida la existencia de dolo por falta de prueba, lo cual lleva a este Tribunal a desestimar las pretensiones del padre no biológico.

La presunción del artículo 116 del Código Civil, sobre la paternidad biológica, estará vigente siempre que se cumplan dos requisitos, que son, por un lado, que el hijo nazca después del matrimonio, y, en segundo lugar, que no hayan transcurrido 300 días desde la separación o la disolución matrimonial. Pero, a pesar de darse la situación de separación o divorcio, el artículo 118 del mismo Código, permite que la filiación matrimonial se determine por consentimiento de ambos cónyuges. De este modo, si el padre, a pesar de su conocimiento o sospecha, acepta la filiación, este no está legitimado para, con posterioridad, plantear la impugnación de la paternidad.

Existen también sentencias de Audiencias Provinciales que admiten, en una aplicación más flexible del artículo 1902 CC, el comportamiento culposo o negligente de la esposa. Consideran que la producción del daño unida a la culpa grave de la demandada ya son suficientes para dar lugar al derecho a una indemnización. Entienden que no solo el dolo es constitutivo de daño moral, sino también la causación negligente puede ser causa del mismo.

La Audiencia de Barcelona se pronunció en sentencia de 16 de enero de 2007¹¹² en este sentido. Fundamenta la responsabilidad de la madre en el mantenimiento de relaciones sexuales con el marido y con el padre al mismo tiempo. Tiene en cuenta especialmente que durante los primeros años de matrimonio ella se había sometido a un tratamiento de fertilidad que fracasó.

Se argumenta en esta resolución judicial que *“(...) la culpa o negligencia a que se refiere el art. 1902 del Código Civil constituye un concepto más amplio que el dolo o*

¹¹² JUR 2007/323682.

intención maliciosa.” Podría argumentarse en el sentido de que la madre no tenía la certeza, o incluso que no lo sabía, pero “pudo y debió sospechar que podía ser otro el padre de la menor, al haber mantenido relaciones sexuales con dos personas al tiempo de su concepción y debió adoptar las medidas tendentes a su veraz determinación. La omisión en la adopción de dichas medidas debe calificarse como un comportamiento o conducta negligente a los efectos de lo dispuesto en el art. 1902 del Código Civil, por lo que de su actuación u omisión se deriva responsabilidad extracontractual. (...)”

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 16 de enero de 2013¹¹³, estima parcialmente la demanda interpuesta por el marido contra su esposa debido al daño moral causado por ocultación de la paternidad en aplicación del 1902 CC. Se condena a la esposa a indemnizar pero la sentencia absuelve al tercero, al padre biológico, al entender que la culpa, con respecto al marido, será solo de ella.

De estas dos sentencias se puede extraer la conclusión de que la esposa que mantiene relaciones sexuales con hombre distinto del marido durante el periodo de la concepción tiene, ya desde el mismo momento en que se confirma dicho embarazo, razones suficientes para cuestionarse dicha paternidad. La mujer que duda debería hacer todo lo razonable para aclarar dicha situación. Y, si no lo hace, su conducta es, cuando menos, negligente.

Con respecto a la valoración económica del daño sufrido, debe aclararse que el dolor derivado de la infidelidad no debe ser resarcido.

De la doctrina emanada de las diversas Audiencias Provinciales¹¹⁴ podemos deducir cuándo el incumplimiento de un deber conyugal va a dar lugar a la indemnización por parte del cónyuge incumplidor. Para ello hay que observar que la situación haya causado un daño; que haya dolo o negligencia por parte del autor y además, una vez que se ha corroborado lo primero, es necesaria la existencia de un nexo causal.

De las analizadas anteriormente acerca de la ocultación de la verdadera paternidad se puede entender que no es un reconocimiento que resulte automático. Algunos Tribunales llegan a asimilar este descubrimiento al dolor experimentado por la

¹¹³ JUR/2013/150976.

¹¹⁴ Vid. SAP de Cádiz de 3 de abril de 2008 (JUR 2008/234675) o SAP León de 30 de enero de 2009 (JUR 2009/192431).

pérdida de un hijo¹¹⁵. Los que lo aprecian como daño indemnizable, son los que entiende que solo resulta indemnizable ese daño cuando exista dolo de la mujer.

Si llegara a probarse que el hombre que mantenía las relaciones extramatrimoniales con la madre también era conocedor de dicha situación y participó en ella conscientemente, podrá ser este condenado a indemnizar por los daños morales causados, así como también por los alimentos dados por quien se creía padre.

No obstante, debe advertirse que existe controversia sobre si existe o no daño patrimonial, además del moral, causado por el pago de alimentos que en verdad no se debieron pagar pero que se pagaron bajo la conciencia de atender a una obligación legal, lo cual se estudiará en páginas más avanzadas.

Fuera de los relatados supuestos, hay que afirmar que toda actuación por parte del cónyuge que suponga un atentado a los derechos fundamentales del otro causa el nacimiento de un derecho al resarcimiento del daño. Los bienes que se están protegiendo son valores de la personalidad garantizados constitucionalmente a los cuales la solución de separación o divorcio no alcanza para su protección.

Atendiendo a estos criterios, resulta posible decir que cabrá el resarcimiento del daño cuando se lesionen los siguientes derechos o valores constitucionalmente protegidos:

- Lesión del principio de igualdad protegido en el 32 de nuestra Carta Magna. Se consagra el principio de igualdad en el matrimonio. Si el comportamiento de uno de los cónyuges implica la violación de este derecho de igualdad del otro es posible la indemnización por la vía del 1902 CC de los daños morales surgidos¹¹⁶.

- Lesión de cualquier otro derecho fundamental reconocido y tutelado constitucionalmente como son por ejemplo la dignidad de la persona, el honor, la libertad, la propia imagen o la intimidad.

- Más conflictivo es el supuesto de lesión al principio de solidaridad entre cónyuges. Se entiende que tiene carácter indisponible, debido de la concepción de nuestro matrimonio democrático, el deber de ayuda y socorro y el deber, también, de actuar en interés de la familia. Consecuentemente, el comportamiento de aquel cónyuge

¹¹⁵ Vid. SAP Valencia de 2 de noviembre de 2004 (AC 2004/1994) o SAP de Barcelona de 16 de enero de 2007 (JUR 2007/323682).

¹¹⁶ Artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

que atente contra el deber de ayuda y socorro y cuando sea lesionado el derecho a la integridad física o psíquica del sujeto debe ser sometido a las normas indemnizatorias propias del Derecho de daños.

- **Devolución de la cantidad pagada por alimentos:**

A su vez, en relación con la posible reparación del daño moral, se encuentra el tema de la indemnización por alimentos pagados por el padre no biológico. Es un tema controvertido que se ha tratado de manera dispar por la jurisprudencia menor.

A pesar de estar fuertemente relacionada la cuestión de las prestaciones alimenticias satisfechas con la compensación del daño moral por la ocultación de la verdadera paternidad, éstas no se configuran habitualmente como acciones de daños, y, por tanto, no es posible ejercitarlas por la vía del artículo 1902 del Código Civil.

Debido a que el caso que se estudia es sobre el posible cobro de lo indebido hecho por un tercero que ignora su condición, excluye la posibilidad de aplicar el artículo 1894.1 del Código Civil sobre pago de alimentos por extraño, y remite, en principio, a los artículos 1158, sobre pago por cuenta de otro, y al 1895, también de dicho Código, sobre cobro de lo indebido o enriquecimiento sin causa, pero que alude a los alimentos pagados con “ánimo de piedad” y sin intención de reclamarlos.

Los Tribunales españoles no han sido partidarios de reconocer esta pretensión, es decir, de restituir estas cantidades ya que mantenían la tesis de que la filiación produce efectos mientras rige.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2015¹¹⁷ se pronuncia de forma expresa sobre la acción que ejercita para reclamar los alimentos pagados por quien se creía progenitor pero que, con posterioridad, resulta que no lo es, así como también sobre la retroactividad de los efectos de la sentencia que declara la inexistencia de relación paterno filial en cuanto a la obligación de devolver alimentos cuyo importe había sido fijado previamente en una sentencia de divorcio.

Hasta esta sentencia las Audiencias Provinciales se habían pronunciado en diversos sentidos. Por un lado Audiencias, como la de León¹¹⁸, o la de Cádiz¹¹⁹, habían entendido que la reclamación debía realizarse por el cauce del artículo 1895 del Código

¹¹⁷ RJ 1254/2013.

¹¹⁸ Vid. SAP de León de 2 de enero de 2007 (JUR 2007/59972).

¹¹⁹ Vid. SAP de Cádiz de 3 de abril de 2008 (JUR 2008/234675).

Civil. Por otro, Audiencias como las de Valencia¹²⁰, Barcelona¹²¹ o Baleares habían sostenido que dicha reclamación debía efectuarse por la vía del 1902 CC. En último lugar, la otra posibilidad de reclamar era considerar que, que hasta el momento que se ha declarado la no paternidad, los alimentos eran debidos y por ello no resultaría de aplicación el cobro de lo indebido, tal y como, en este sentido, se pronunciaron Audiencias como la de Toledo¹²².

Hacia esta última postura es hacia la que se inclina el Alto Tribunal ya que mantiene que no es de aplicación el cobro de lo indebido hasta que se produce la declaración judicial de inexistencia de relación paterno-filial. Hasta ese momento los alimentos eran debidos. No se genera con anterioridad un derecho de crédito a favor del pagador a la devolución de lo indebidamente satisfecho previsto en el 1895 y por tanto la vía para reclamar no es la que marca dicho artículo, sino que ha de ser la que orienta el artículo 1902 CC.

El Tribunal Supremo se decanta expresamente por estimar aplicable al supuesto de reclamación de alimentos prestados el precepto 1902 CC, siempre y cuando dicha reclamación tenga como fundamento un daño causalmente vinculado a la infidelidad de la madre y consiguiente nacimiento de un hijo que se consideró, hasta la impugnación de la filiación, como matrimonial. Por tanto, a su entender, deben además limitarse los efectos retroactivos de dicha reclamación hasta la fecha de la resolución judicial que declare la filiación extramatrimonial.

- **Cómputo del plazo de prescripción de la acción:**

Cuestión controvertida es también la de determinar cuándo debe iniciarse el cómputo del plazo para el ejercicio dichas acciones. La acción de reclamación, como en todos los supuestos, no puede estar prescrita. Aspecto discutido es el *dies a quo* para el comienzo de la contabilización del plazo.

La vía para reclamar se entiende que es la del artículo 1902 del Código Civil y, por tanto, lleva aparejada una prescripción de un año que empezará a contar desde

¹²⁰ Vid. SSAP de Valencia de 5 de septiembre de 2007(JUR 2007/340366) y 2 de noviembre de 2004(AC 2004/1994).

¹²¹ Vid. SAP de Barcelona 16 de enero de 2007 (JUR 2007/323682).

¹²² Vid. SAP de Toledo de 7 de noviembre de 2002 (JUR 2003/42414).

que el padre no biológico tuvo conocimiento de dicha situación¹²³. Es decir, desde que quien vaya a ejercitar la acción tuvo conocimiento del hecho de su no paternidad.

Por tanto, el momento relevante para contabilizar dicho plazo es el del conocimiento de la no paternidad por parte del falso progenitor. Con respecto a cuándo tiene este conocimiento, cabe entender que el inicio del cómputo del *dies a quo* se sitúa en el momento en que la sentencia de impugnación de la paternidad se vuelve firme¹²⁴.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2010¹²⁵ se viene a considerar que este daño alegado por el recurrente es un daño duradero o permanente, por contraposición al daño continuado, sucesivo o ininterrumpido, que no puede ser calificado en etapas diferentes. Mientras que en el continuado, sucesivo o ininterrumpido, por su naturaleza, el plazo no empieza a correr hasta la producción del resultado definitivo; en el caso del daño duradero o permanente, el criterio subjetivo del artículo 1968.2 CC determina que el mismo deba computarse desde que el agraviado *“tuvo cabal conocimiento del mismo y pudo medir su trascendencia mediante un pronóstico razonable, porque de otro modo se daría la hipótesis de absoluta imprescriptibilidad de la acción hasta la muerte del perjudicado”*. De esta afirmación del Tribunal se puede extraer que el momento relevante para el inicio del cómputo de la acción se sitúa en el día en que se notificó al actor la sentencia de impugnación de la paternidad.

La Audiencia Provincial de León también se ha pronunciado en este sentido en Sentencia de fecha 2 de febrero de 2007¹²⁶. En ella rechazan la prescripción de una acción, *ex* artículo 1902, considerando que el cómputo del plazo debe iniciarse cuando se convirtió en firme la sentencia que estimó la acción de impugnación de la filiación respecto del ex marido, es decir, una vez notificada la denegación de la preparación del recurso de casación que se pretendía plantear.

¹²³ Artículo 1968.2 del Código Civil.

¹²⁴ No obstante, la SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2011 (AC 2004/1994) prioriza la fecha de obtención de los resultados de la prueba de ADN ya que fue el momento en el que el actor conoció de forma cierta que no era él el padre de los tres menores. Por tanto, consideran que el momento en que el actor pudo empezar a contemplar la posibilidad de que los niños no fueran hijos suyos deviene irrelevante para el cómputo.

¹²⁵ RJ 1968/2010.

¹²⁶ JUR 2007/59972.

Sobre esta cuestión de la caducidad también alude la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, de 9 de septiembre de 2015¹²⁷. Este es un caso particular debido a que las relaciones mantenidas entre ambos eran de manera esporádica. A pesar de ello, entiende el Tribunal que el hecho de que el demandante pregunte a la demandada sobre si estaba segura acerca de si él era el padre biológico del futuro hijo que nacería, constituye un comportamiento absolutamente normal cuando se habían mantenido relaciones íntimas esporádicas. No permiten enervar el posible conocimiento sus dudas debido a que la madre aseguró al demandante que él era padre. Las sospechas que le pueden surgir al que se creía padre no son un principio de prueba, sino que ésta viene posteriormente constituida con el resultado de la prueba de ADN, momento a partir del cual sí que empieza a contabilizarse dicho plazo.

Como en todos los ámbitos del derecho, es importante la prueba. Los tribunales tienen que constatar, en cada caso concreto, la no existencia de elementos suficientes para que el actor sospechara de su no paternidad ya durante la relación y, por tanto, ya antes de llevar a cabo la impugnación. Se pretende que, con esta impugnación, en ningún caso, se estén amparando conductas oportunistas.

A pesar de que a acción no estuviera prescrita, por no haber empezado a contabilizarse el plazo sino a partir del momento en que adquiere firmeza la sentencia que estima la acción de impugnación de la paternidad, lo que sucede es que si acredita que el falso progenitor tenía sospechas o es más, cabal conocimiento de su falsa paternidad, estaría aceptando también las consecuencias de la misma, por lo que, iría en contra de su propia actuación, reclamar un daño consciente y plenamente aceptado. Es decir, su pretensión resultaría jurídicamente inadmisibles. E, incluso, se podría entender que no existe, en verdad, daño antijurídico cuando la víctima consiente el daño. A pesar de esto, el hijo podría ejercitar la acción de reconocimiento, pero, en ese caso no existiría ni pretensión resarcitoria admisible, ni un daño antijurídico que mereciera ser indemnizado.

Se pretende evitar, de ese modo, que quien sospechara de dicha situación ejercite la acción una vez cesada la relación y evitar así hacer frente a las pensiones alimenticias que le corresponde pagar al hijo y, a mayores, poder obtener una indemnización por los daños sufridos.

¹²⁷ JUR 2015/227826.

En el supuesto de solicitud de una indemnización por daños y perjuicios deben cuantificarse en la demanda lo que se reclama ya que, en otro caso, se desestimaría la demanda.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre esta particularidad en sentencia de 15 de abril de 2009¹²⁸. Viene a señalar que el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil impone la exacta cuantificación del importe de las condenas económicas interesadas, no pudiéndose solicitar la determinación de la misma en fase de ejecución de sentencia, por lo que, al menos, deben establecerse la clase de fijación de las bases con arreglo a las cuales debe efectuarse la litigación¹²⁹.

- **Valoración del daño:**

Una vez que se entiende estimada la pretensión del actor, los Tribunales deberán entrar a valorar y cuantificar el daño moral. Las Audiencias adoptan diversos criterios, lo que da lugar a que las cantidades fijadas por cada una de ellas sean dispares.

La Tribunales¹³⁰, mayoritariamente, recurren al criterio de asimilar este daño moral sufrido por el actor a la pérdida definitiva de los lazos afectivos con el menor. La mayoría hacen alusión a la “*pérdida de un ser querido*”. Consideran como definitivamente finalizada la relación personal y afectiva entre el menor y el hombre que hasta entonces era considerado padre biológico.

Habría que atender a los parámetros propuestos en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL¹³¹), en su artículo 10:301 (2), que, en relación con la cuantificación del daño no patrimonial, establece que, en general, “*se tendrán en cuenta todas las circunstancias del caso, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño. El grado de culpa del causante del daño sólo se tendrá en cuenta si contribuye al daño de la víctima de modo significativo*”.

¹²⁸ RJ 1356/2009.

¹²⁹ Vid.. PÉREZ MARTÍN A., *La nueva regulación del derecho de familia: legislación y doctrina*, Dykinson, Madrid 2011, pág. 54.

¹³⁰ Como la SAP de Cádiz de 8 de abril de 2002 (AC 2002/1064) que reconoce una indemnización al padre biológico por el sufrimiento o padecimiento psíquico que encaja en el reconocimiento de un daño moral y que se debe indemnizar. Por el contrario, la Audiencia Provincial de Barcelona, en Sentencia de 31 de octubre de 2008 (AC 2009/93), deniega dicha indemnización al no apreciar conducta dolosa de la esposa, ya que las sospechas surgieron con posterioridad a la separación.

¹³¹ *Principles of European Tort Law*.

4.2. PÉRDIDA DE LA RELACIÓN CON EL HIJO DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS VISITAS

- Introducción:

Las relaciones paterno-filiales continuarán con independencia de que la relación conyugal o de convivencia entre ambos progenitores no continúe, y lo hará en el sentido que se haya establecido, o bien ya sea de custodia compartida o bien de atribución en exclusiva de la guarda a uno de los progenitores y al otro el correspondiente régimen de visitas¹³².

Estas relaciones pueden dar lugar al resarcimiento de daños por diversas conductas, llegando en algunos supuestos a estar éstas tipificadas como delito en el Código Penal. Sin embargo, cabe buscar otras vías para resarcir los daños derivados del incumplimiento del régimen de visitas y, entre ellas, cabe explorar la vía del artículo 1902 del Código Civil.

- Incumplimiento del régimen de visitas:

En relación con el régimen de visitas hay que decir que éste puede ser fijado, en primer lugar, de mutuo acuerdo por ambos progenitores y, en segundo lugar, en defecto de dicho acuerdo, será competencia del Juez regular el régimen de visitas. Es una situación compleja en la que lo que se busca es la estabilidad emocional del niño quien puede sufrir un desequilibrio producido por la desestructuración familiar.

Las relaciones entre padres e hijos vienen reguladas en el artículo 39.3 de la Constitución que recoge el principio constitucional de protección del menor, así como también en la Convención sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989; en el artículo 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que establece que todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses.

A su vez, el artículo 92 del Código Civil establece que los padres no van a quedar exentos de cumplir con sus respecto sus hijos, a pesar de darse entre los adultos la separación, nulidad o divorcio; el 94 se refiere a que el cónyuge separado de los hijos

¹³² Artículo 160 del Código Civil.

gozará del derecho a visitarlos, comunicarse con ellos y tenerlos consigo, debiendo ser el Juez quien determine el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho. Pero, además, el artículo 160 del Código Civil reconoce que es un derecho del propio hijo menor mantener esa relación con el progenitor con el que no convive.

El incumplimiento del régimen de visitas por parte del “visitador” puede ser subsumido en alguno de los delitos contra los derechos y deberes familiares de los artículos 223 a 233 del Código Penal, pudiendo incluso acarrear la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, o también el delito del artículo 556 del mencionado Código. Resulta lógico que los incumplimientos reiterados puedan llegar a justificar la restricción o suspensión del régimen de visitas¹³³ e, incluso, podría fundar la privación de la patria potestad¹³⁴ y ello sin perjuicio de la eventual responsabilidad que cabría exigir por los daños morales que, en su caso se hubieran podido infringir al menor.

El incumplimiento puede provenir del progenitor guardián cuando obstaculiza o impide las visitas (incluso provocando que sea el hijo quien se oponga a las visitas. Esa conducta puede ser sancionada como delito del artículo 556 del Código Penal. De otra parte, el artículo 776.3 LEC autoriza, cuando el incumplimiento sea reiterado, la modificación del régimen de visitas o el de guarda¹³⁵. Pero no permite compensarlo con el cumplimiento de la obligación de prestar alimentos¹³⁶. En su caso y para los casos más extremos, cabría pensar en una aplicación del artículo 170 para privar a ese progenitor de la patria potestad. Y sin perjuicio, también, de su eventual responsabilidad civil.

- **Daños morales:**

En relación con el resarcimiento del daño moral que pudiera ser derivado de la privación indebida de la compañía de los hijos; se desprende del artículo 160.1 del Código Civil que lo que se protege es el desarrollo de las relaciones personales entre el progenitor y el hijo menor. No se protege únicamente al padre o madre, sino que la

¹³³ Artículo 776.3 y 158 de la LEC.

¹³⁴ Artículo 170.

¹³⁵ Vid. artículo 158.

¹³⁶ Vid. STS de 26 de diciembre de 2002 Tol 240335.

posición jurídica que ocupa el menor es la de sujeto activo de este derecho-deber de guarda que ostenta uno de los progenitores y del derecho-deber de visita que ostenta el otro respectivamente. Cualquier lesión de este derecho, a la vez deber, lesionará al progenitor custodio o visitador, así como al menor.

Por tanto, la guardia y custodia y el derecho de visita tienen como finalidad el proteger el desarrollo de las relaciones personales entre el progenitor y el hijo menor.

El artículo 160 del Código Civil, redactado por el artículo 2.10 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, establece claramente que *“los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque éstos no ejerzan la patria potestad”*.

La doctrina se plantea si sería de aplicación el 1902 del Código Civil para aquellos casos en los que un progenitor no hace uso del régimen de relaciones personales con su hijo fijado judicialmente, e incluso también en aquellos otros supuestos en los que el progenitor custodio impide o dificulta el ejercicio de dicho derecho por el otro.

Los tribunales se han tenido que pronunciar acerca de esto. Es decir, acerca de si es posible que por la vía del 1902 se pueda indemnizar dicho daño moral causado al progenitor que se ve impedido para mantener la custodia que tenía atribuida, o incumple o dificulta las relaciones con los hijos. El 1902 debe ser interpretado, a la hora de aplicarse a las relaciones familiares, conforme a las características derivadas de las especialidades del Derecho de Familia.

Juristas como ROMERO COLOMA¹³⁷ profundizan en el tema y se plantean incluso la posibilidad de reclamar daños morales por parte del menor lo cual sería posible procediendo al nombramiento de un defensor judicial por los trámites previstos en la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

El daño en estos casos consiste en la imposibilidad de un progenitor para tener relaciones con su hijo al impedirlo u obstaculizarlo el otro progenitor, es decir, el que se

¹³⁷ ROMERO COLOMA, A. M., *Revista jurídica de Derecho de familia*, Thomson Reuters: <http://www.asesoriayempresas.es/articulo/JURIDICO/102058/incumplimientos-del-regimen-de-visitas-y-danos-morales-romero-coloma-aurelia-maria-revista-de-d> se plantea: *“...¿Cabría, en consecuencia, sostener que el hijo ostenta una acción procesal contra el progenitor que le ha impedido, u obstaculizado gravemente, disfrutar de la compañía del otro progenitor? A mi juicio, sí cabría, pero, al ser el hijo menor de edad, no ostenta acción procesal, sino que ha de ir representado por su progenitor.”*

encuentra a cargo del hijo menor. El daño es imputable jurídicamente a el progenitor custodio al impedir este las relaciones del menor con el otro progenitor.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre este tema en su sentencia de 30 de junio de 2009¹³⁸. En esta resolución judicial otorga una indemnización por daño moral al padre que reconoció como propio al hijo de su compañera y no pudo ejercer la guarda y custodia del menor que tenía reconocida. En este caso, la madre se traslada a vivir a Florida con el hijo al unirse a la Iglesia de la Cienciología. El Juzgado de Primera Instancia, a petición del padre, dictó sentencia en la que se otorga la guarda y custodia al padre por el riesgo que suponía la convivencia con la madre para el normal desarrollo de la personalidad de su hijo. La Audiencia Provincial de Madrid confirmó la sentencia apelada basándose en que fue la madre la que se trasladó a Estados Unidos sin consultarlo con el padre, privándole, de este modo, de la visita al menor. Aun teniendo una condena favorable el padre, y a pesar de intentarlo por varios medios, esta no fue efectiva debido a estar la madre en Estados Unidos y adherida, a mayores, a la Iglesia de la Cienciología. Este reclamó indemnización en virtud del 1902 CC por daños morales tanto a la madre como a la propia Iglesia. El Tribunal Supremo resolvió absolviendo a la mencionada Iglesia pero no a la madre, abriendo así una nueva línea jurisprudencial que reconoce el daño moral en aquellos casos en que uno de los padres impide al otro progenitor relacionarse con sus hijos. El bien jurídico protegido sería el desarrollo de las relaciones personales entre el progenitor y el hijo y el interés del menor.

Con posterioridad se ha pronunciado nuevamente el Tribunal Supremo en Sentencia de 31 de enero de 2013¹³⁹ en la que se reconoce un daño moral a indemnizar al demandante ocasionado por el otro cónyuge que impide el ejercicio de la guarda y custodia atribuida por decisión judicial bajo el argumento de que *“el demandante ha sufrido un daño moral cierto, que no queda suficientemente indemnizado con la constatación de violación al Convenio”*.

En relación a la jurisprudencia menor, los pronunciamientos de las Audiencias Provinciales no son tampoco abundantes y las posturas adoptadas por unas y otras no son unánimes. Algunas reconocen el derecho a indemnizar por dicha vía resarcitoria del

¹³⁸ RJ 2009/5490.

¹³⁹ RJ 2013/927.

artículo 1902 CC, como es el caso de las Audiencias de Madrid¹⁴⁰, A Coruña¹⁴¹, Tarragona¹⁴² o Palencia¹⁴³, entre otras.

La Audiencia de Madrid en sentencia de 3 de julio de 2008 desestima el recurso interpuesto contra una sentencia en la cual se actúa en contra de la conducta llevada a cabo por la madre. Esta había incumplido reiteradamente el régimen de visitas fijado impidiendo al padre ver a su hijo durante cerca de dos años. Es condenada por un delito del artículo 556 del Código Penal, referente a desobediencia grave a la autoridad, y la obliga a indemnizar al padre con 1.500 euros en concepto de los daños morales sufridos.

La Audiencia de A Coruña en fecha de 14 de octubre de 2011 dicta una sentencia en los mismos términos. Aquí, tras la ruptura del matrimonio la guardia y custodia de la hija menor de edad se le otorga a la madre, fijándose, a su vez, un régimen de visitas a favor del padre. La madre cambia de domicilio sin comunicárselo al padre y cuando este va a recoger a la menor, esta no se encuentra allí. La mujer pretendía que el padre se desplazara a la nueva localidad a recoger a la hija común. La sentencia falla en el sentido de condenar a la madre a una falta del artículo 618.2 del Código Penal así como a una indemnización por el daño moral causado de 100 euros.

A su vez, la Audiencia de Tarragona se pronunció sobre esto en julio de 2008. Falla condenando a la madre por un delito de desobediencia así como a una indemnización de 2.000 euros por daño moral. Los hechos constitutivos de dichas condenas son que la madre cambia de domicilio continuamente sin comunicárselo al padre ni a la autoridad judicial.

También, la Audiencia Provincial de Palencia en fecha de 14 de marzo de 2016 dictó sentencia en este sentido. En Primera Instancia se desestima la pretensión planteada por el padre alegando haber prescrito dicha acción. Los hechos en los que este proceso se basa son constitutivos de un delito de desobediencia debido al incumplimiento, por parte de la madre, de las resoluciones judiciales relativas a la custodia de la menor, acarreando estos un posible daño moral en el padre. Este Tribunal entiende que la acción no está prescrita y entra a estudiar sobre la posible indización del

¹⁴⁰ Vid. SAP de Madrid de 3 de julio de 2008 (JUR 2008/283083).

¹⁴¹ Vid. SAP de A Coruña de 14 de octubre de 2011 (JUR 2012/8460).

¹⁴² Vid. SAP de Tarragona de 27 de octubre de 2008 (JUR 2009/78516).

¹⁴³ Vid. SAP de Palencia de 14 de marzo de 2016 (JUR 2016/73541).

daño moral. Entiende acreditada la existencia de dicho daño moral desde el momento en que se produce la desobediencia y se priva al padre de la práctica de la patria potestad, así como también de la guarda y custodia en el tiempo en que le correspondió.

Esta indemnización que se concede por parte de los Tribunales por la vía del artículo 1902 es independiente, y por tanto no excluye, de la posibilidad de ejercitar acciones penales por desobediencia o sanciones civiles.

Sin embargo, mantienen una postura contraria Audiencias como las de Valencia¹⁴⁴ o Murcia¹⁴⁵.

Los hechos en los que se basa la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de día 30 de enero de 2001, se basan en que el progenitor no custodio no ejercita el régimen de visitas que tiene fijado por Sentencia en favor de sus dos hijos. La madre solicita una indemnización por dichos hechos, pero el Tribunal resuelve en el sentido de que no se puede concretar una indemnización económica, sino que tales efectos solo pueden tener relevancia en el ámbito de la patria potestad, es decir, suspendiendo o privando de la misma al padre, o en la posible modificación o cese del régimen de visitas previsto.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Valencia, en sentencia de 20 de febrero de 2006, y para un supuesto en el cual la madre obstaculiza e impide permanentemente la relación entre el padre y la hija, incluso transmitiendo a la menor, pensamientos contrarios a la figura de su padre, niega la posibilidad de que haya cabida para tal pretensión resarcitoria. Afirma la Audiencia que el incumplimiento de una obligación legal reconocida en sentencia, como es el régimen de visitas, no lleva aparejada indemnización alguna, ya que si el legislador hubiera querido establecer tal consecuencia para el caso del incumplimiento de esta obligación de visita, así lo hubiera sancionado.

En resumen, nuestra doctrina todavía escasa sobre esta materia, así como también la poca jurisprudencia sobre este tema, reconocen, mayoritariamente, la posibilidad de reclamar daños morales por la vía del artículo 1902 del Código Civil, tanto a favor del progenitor que se ha visto privado de su relación con el menor, como a

¹⁴⁴ Vid. SAP de Valencia de 20 de febrero de 2006 (JUR 2006/207982).

¹⁴⁵ Vid. SAP de Murcia de 30 de enero de 2001 (JUR 2001/219493).

favor del propio menor al cual se le estaría lesionando un derecho subjetivo, es decir, ese derecho de visita, además de su integridad psíquica, ya que el mantener contactos y relaciones con los dos progenitores es indispensable para su formación como persona y para su equilibrio psíquico y afectivo.

Para reconocer el derecho a la indemnización por esta vía tienen que darse unos presupuestos que son de obligada apreciación para considerar la existencia de responsabilidad civil extracontractual, y son: existencia de una acción u omisión; que esa acción u omisión sea antijurídica; que se haya producido un daño, pudiendo ser este daño tanto material como moral; que se aprecie dolo o culpa en la conducta de quien produjo dicho daño; y, por último, que exista relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño.

Con respecto al cálculo del daño, la valoración del daño moral y la fijación de la cuantía de la indemnización corresponde al órgano judicial encargado atendiendo a criterios de equidad. El órgano judicial tiene que atender a diversos elementos a la hora de fijar dicha cantidad. Estos criterios son:

- La intención de que la indemnización que se establezca conceda al perjudicado la satisfacción y bienes idóneos para compensar el dolor sufrido. Objetivamente es imposible cuantificar esto.
- El órgano judicial debe observar las condiciones económicas de las partes, en especial la de la parte condenada.
- Debe atenderse a la gravedad del daño causado, la intensidad e importancia de los sufrimientos padecidos y el sufrimiento moral experimentado.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene también su propia doctrina. Este viene admitiendo las indemnizaciones de daños morales en supuestos relacionados con el ejercicio del derecho de visitas en los casos en los que no queda suficientemente protegido este derecho. Considera que es admisible la indemnización cuando sin motivo se priva a un progenitor de la compañía de su hijo.

El mencionado Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencia de 13 de julio de 2000 caso Elsholz contra Alemania (TEDH 152) condena al Estado alemán al pago de una determinada cantidad al padre no matrimonial a quien los tribunales le habían denegado el derecho de visita con base en el rechazo que tenía hacia él el menor

por un “síndrome de alineación parental”. En esta sentencia, el Tribunal, con respecto al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos sienta jurisprudencia en relación con diversas cuestiones como son: en relación con el concepto de familia, este término que también hay que entenderlo extendido a las relaciones familiares no basadas en el matrimonio; por otra parte, que la relación personal entre un progenitor y su hijo constituye un elemento fundamental de la vida familiar aun habiendo cesado la convivencia entre los progenitores, no siendo esta razón para impedir dicha relación ya que si los estados por medio de su legislación obstaculizan esto estarán incumpliendo el mencionado artículo 8 del Convenio; por último y a mayores sientan jurisprudencia acerca de que la pérdida de relación con el hijo y la imposibilidad de actuar en Derecho ocasionan un daño moral cierto y cuantificable en equidad por el citado Tribunal europeo.

La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos se ha mostrado constante a la hora de defender que el mencionado artículo 8 CEDH (*derecho a la vida privada y familiar*). Este ampara el derecho de todo padre o madre a que se adopten las medidas adecuadas que les permitan reunirse con sus hijos y, también, la obligación de las autoridades públicas de adoptar estas medidas¹⁴⁶. Debido a ello, le corresponde a cada Estado dotarse del arsenal jurídico adecuado y suficiente para garantizar el cumplimiento de estas obligaciones positivas¹⁴⁷. Este derecho despliega también su virtualidad en aquellos asuntos en los que entre ambos progenitores, y/o otros miembros de la familia de esos menores, surgen disputas sobre el contacto entre ellos y/o con su residencia¹⁴⁸. En esa medida, estima que, “para un padre y su hijo, estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar, aun cuando se haya roto la relación entre los padres”¹⁴⁹ o que “el goce conjunto por parte de los padres y de los

¹⁴⁶ Entre otras, vid. SSTEDH de 5 de diciembre de 2002, asunto Hoppe contra Alemania, (TEDH 2002/72); 23 de septiembre de 2003, asunto Hansen contra Turquía, (TEDH 2003/54); 23 de junio de 2005, asunto Zawadka contra Polonia (TEDH 2005/69); 13 de julio de 2006, asunto Lafargue contra Rumanía, (*Tol 965118*); 28 de febrero de 2008, asunto Angelova contra República Checa, (*Tol 1258852*); 8 de julio de 2010, asunto Döring contra Alemania, (*Tol 2135183*); 2 de septiembre de 2010, asunto Mincheva contra Bulgaria (JUR 2010\301146); 2 de noviembre de 2010, asunto Piazzzi contra Italia (JUR 2010/360648); 24 de mayo de 2011, asunto Saleck Bardi contra España (JUR 2011/174772); 17 de diciembre de 2013, asunto Nicolò Santilli contra Italia, (JUR 2013/376762); 21 de enero de 2014, asunto Zhou contra Italia, (JUR 2014/15444); 14 de noviembre de 2014, caso Tocarenco contra República de Moldavia, (JUR 2014/266947).

¹⁴⁷ SSTEDH 17 de diciembre de 2013, asunto Nicolò Santilli contra Italia (JUR 2013/376762); 21 de enero de 2014, asunto Zhou contra Italia (JUR 2014/15444).

¹⁴⁸ STEDH 23 de junio de 2005, asunto Zawadka contra Polonia (TEDH 2005/69).

¹⁴⁹ STEDH 8 de julio de 2010, asunto Döring contra Alemania (*Tol 2135183*).

hijos de la compañía del otro constituye un elemento fundamental de la vida de familia, incluso aunque las relaciones entre los padres se hayan roto”¹⁵⁰.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostiene que la falta de cooperación entre los padres que no viven juntos no es una circunstancia que en sí misma permita eximir a las autoridades de sus obligaciones positivas que derivan de ese artículo 8 CEDH. Al contrario, les impone la obligación de adoptar las medidas adecuadas que reconcilien los intereses en conflicto, teniendo siempre presente la necesidad de proteger ante todo los intereses del menor¹⁵¹, tales como, imponerles seguir una terapia familiar, recibir ayuda psicológica o facilitar los encuentros en el seno de una estructura especializada¹⁵². La adecuación de esa medida puede evaluarse, entre otros criterios, por la rapidez de la ejecución de una resolución judicial¹⁵³ que reconozca esas relaciones del menor con sus progenitores, pues el paso del tiempo genera irremediables efectos en su desenvolvimiento¹⁵⁴.

No obstante, aunque esas autoridades deben esforzarse para facilitar dicha cooperación, también tienen la obligación de recurrir a la coerción teniendo en cuenta los derechos e intereses de todos los implicados y principalmente, los del menor¹⁵⁵. En consecuencia, para determinar si existe o no infracción del artículo 8 CEDH resulta preciso analizar si el poder público puso o no en marcha todos los medios necesarios para mantener el vínculo familiar y para impedir que la situación de hecho tornara en irreversible. De este modo “la obligación de las autoridades nacionales de tomar medidas para facilitar la reunión no es absoluta, puesto que la reunión de un progenitor con los hijos que han vivido durante algún tiempo con el otro progenitor tal vez no pueda producirse de forma inmediata y puede exigir que se tomen medidas

¹⁵⁰ SSTEDH 5 de diciembre de 2002, asunto Hoppe contra Alemania (TEDH 2002/72).

¹⁵¹ STEDH 23 de junio de 2005, asunto Zawadka contra Polonia (TEDH 2005/69). Vid. SSTEDH 4 de septiembre de 2014 (JUR 2014/223068); 17 de diciembre de 2013, asunto Nicolò Santilli contra Italia (JUR 2013, 376762). 18 de junio de 2013, asunto RMS contra España (STEDH 2013/60);

¹⁵² SSTDEH 2 de noviembre de 2010, asunto Piazzi contra Italia, (JUR 2010/360648); 18 de junio de 2013, asunto RMS contra España (STEDH 2013/60);

¹⁵³ Cfr. STC 16/2016, de 1 de febrero. Recurso de amparo 2937/2015.

¹⁵⁴ STEDH 17 de diciembre de 2013, asunto Nicolò Santilli contra Italia (JUR 2013/376762)

¹⁵⁵ SSTEDH 23 de septiembre de 2003, asunto Hansen contra Turquía (TEDH 2003/54); 28 de febrero de 2008, asunto Andelova contra República Checa (Tol 1258852); 2 de septiembre de 2010, asunto Mincheva contra Bulgaria (JUR 2010\301146); 2 de noviembre de 2010, asunto Piazzi contra Italia (JUR 2010/360648); 7 de marzo de 2013, asunto Raw y otros contra Francia (Tol 3168616); 17 de diciembre de 2013, asunto Nicolò Santilli contra Italia (JUR 2013/376762); 4 de septiembre de 2014, asunto Drenk contra República Checa (JUR 2014/ 223068); 14 de noviembre de 2014, caso Tocarenco contra República de Moldavia (JUR 2014/266947).

preparatorias¹⁵⁶; medidas que dependerán también de las circunstancias en cada caso concreto, teniendo en cuenta el interés del menor¹⁵⁷.

4.3. INDEBIDA SEPARACIÓN DE UN MENOR DE SUS PADRES POR UNA ENTIDAD PÚBLICA

- Introducción:

El supuesto más común será el mencionado anteriormente, aquel en el que un progenitor, el custodio o visitador, se ve privado de la compañía de su hijo por la acción del otro progenitor; pero también puede ocurrir que uno o los dos padres se vean alejados de su hijo o hijos por parte de la Administración Pública en virtud de una declaración de desamparo improcedente. La Ley 26/2015¹⁵⁸ ha modificado el artículo 172.1 del Código Civil y el artículo 18 de la Ley Orgánica 1/1996, para intentar concretar, en la medida de lo posible, este concepto jurídico indeterminado.

Las Administraciones públicas, a través de los órganos a los cuales ha atribuido esta competencia, pueden tomar medidas que suponen para los padres la pérdida temporal o incluso permanente de la compañía de los hijos. Esto es debido a la obligación que tiene ésta de adoptar las medidas adecuadas de protección de menores siempre que se haya constatado el supuesto de hecho previsto en las normas sustantivas en relación a la situación de desprotección de los menores¹⁵⁹. Debe seguir, para ello, el procedimiento administrativo correspondiente. Si estas no se adoptan correctamente, dentro de los parámetros legales, y dándose los supuestos necesarios para justificarlo, la Administración podrá incurrir en responsabilidad patrimonial.

- Marco legal:

Hay que partir para afrontar el tema del desamparo del menor del principio que aparece recogido en el Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de

¹⁵⁶ STEDH 24 de mayo de 2011, asunto Saleck Bardi contra España (JUR 2011/174772).

¹⁵⁷ STEDH 23 de septiembre de 2003, asunto Hansen contra Turquía (TEDH 2003/54).

¹⁵⁸ Se modifica por el artículo 2.13 de la Ley 26/2015 de 28 de julio de 2015.

¹⁵⁹ Artículo 172 del Código Civil y 18 de la LO 1/1996.

1989¹⁶⁰, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 y vigente en nuestro país desde el 5 de enero de 1991¹⁶¹, que establece que “*el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión*”. Recoge, en su artículo 9, que los Estados parte velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando tal separación es necesaria en el interés superior del niño. El artículo 20.1, también de la citada Convención, establece que “*los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado*”. Asimismo, en relación a la necesidad de los recursos de protección, su apartado 3 hace referencia “*(...) a la colocación en hogares de guarda (...) la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores (...)*”.

También merece especial mención la Resolución del Parlamento Europeo A4-0392¹⁶² que establece que “*toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses*» (letra D, apartado 8.14)”¹⁶³.

La propia Constitución española se refiere a la protección de esta materia en el artículo 39 en sus diversos apartados. El primero, 39.1 recoge la protección económica, social y jurídica de la familia; el 39.2 manifiesta la protección de los hijos por los poderes públicos con independencia de su filiación; el 39.3 establece la obligación que tienen los padres de prestar la necesaria asistencia a los hijos durante la minoría de edad; y, en su último apartado se encuentra una referencia al ordenamiento jurídico internacional.

El Estado podrá llevar a cabo dichas actuaciones por tener atribuido el mandato constitucional de la obligación de tutelar la familia, y sobre todo, de garantizar la protección integral de los menores como se desprende de los artículos 39.1 y 39.2 de la Constitución. El ordenamiento jurídico, y el Estado en su nombre, lo que busca es la

¹⁶⁰ Vid. Resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989.

¹⁶¹ Esta Convención pretende dejar expuesto, con intento de ser exhaustivo, la lista de derechos reconocidos al menor que, a juicio de HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, por el momento parece haberse llegado al límite máximo. HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., *La situación jurídica del menor en el marco de la Comunidades Autónomas*, Dykinson, Madrid, 1998, págs. 9 a 22.

¹⁶² Vid. resolución A4-0392/1996 de 22 de noviembre de 1996.

¹⁶³ Con anterioridad a esta, ya en el ámbito de la Unión Europea, el Parlamento Europeo había aprobado la Carta Europea de los Derechos del niño de 21 de septiembre de 1992, Resolución A3_0172/92.

protección del futuro de ese menor. Este deber del estado, de tutelar al menor, viene ya reconocido constitucionalmente y se consagra el interés superior del este como principio jurídico general que tendrá que servir para guiar las actuaciones públicas destinadas a la protección del menor. Esto se desprende del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 al establecer que *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”* Y además que *“los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas (...)”*.

Es el Código Civil, en su artículo 172, el que atribuye a la Entidad Pública la tutela de los menores desamparados suspendiendo la patria potestad o la tutela a la que anteriormente estuviesen sometidos.

- **Contenido:**

La administración va a llevar a cabo una serie de labores de prevención y ayuda para fomentar que el menor esté con su familia, pero si estas medidas no han sido eficaces para cubrir adecuadamente las necesidades del niño es posible que intervenga la Entidad Pública; en concreto, y al ser competencia autonómica¹⁶⁴, tendrán atribuida esta competencia los Servicios Sociales de las Consejerías correspondientes, dependiendo del órgano al que cada Comunidad Autónoma le encargue la gestión de la presente materia.

Para llegar a la mencionada situación, y como se desprende del artículo 172.1¹⁶⁵ del Código Civil, es necesario que se den tres requisitos¹⁶⁶ que son:

¹⁶⁴ Vid. artículo 148.1.20º de la Constitución.

¹⁶⁵ Considera PEREZ ÁLVAREZ , M.A., (“El desamparo: resoluciones administrativas, sentencias judiciales y reformas legales” en *Estudios jurídicos en memoria del Profesor José Manuel Lete del Río*, Cívitas-Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2009, págs. 711 y 712) que puede hacerse una lectura objetiva del art. 172.1 CC al tenerse en cuenta que la resolución administrativa de desamparo procede, incluso, en los casos de desamparo material o moral que no obedezca a la conducta culposa de

- Por un lado el incumplimiento, imposible o inadecuados ejercicio de los deberes legales de protección (deberes derivados de la patria potestad y de la tutela, 154 y 269 CC). Se trata esta de una situación de hecho, es decir, sin entrar a valorar a las causas ni las intenciones. Basta con que el menor quede “de hecho” privado de la necesaria asistencia moral o material.

- Por otro, la falta de asistencia moral y material del menor o de larga duración, como consecuencia de acciones u omisiones de los encargados de su protección. La ausencia de asistencia, ya sea material o moral, está jurídicamente indeterminada y tendrá que ponerse en conexión con lo recogido en el artículo 39.3 de la Constitución. El mencionado artículo constitucional establece la asistencia de todo orden que deben prestar los padres a sus hijos.

- En último lugar, es necesaria la existencia de un nexo causal entre ambas situaciones.

Los supuestos en los que se va a dar la declaración de desamparo se tienen que interpretar de manera restrictiva. Se entiende que se da dicha situación cuando quede acreditado que se ha producido un incumplimiento efectivo de unos mínimos de atención al menor exigidos por la conciencia social común.

De la manera que estaba redactado el mencionado artículo 172 del Código Civil con anterioridad a la reforma de julio de 2015, se incluía en el apartado 4 la necesidad de buscar siempre el interés del menor y de procurar, cuando no sea contrario a ese interés, la reinserción en su propia familia¹⁶⁷. También del artículo 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996¹⁶⁸ que hacía alusión a que la actuación de los poderes públicos debía ser guiada por la preferencia de la familia propia del menor. A su vez, también la legislación autonómica se refería a dicha preferencia, lo cual se ha proclamado en las distintas leyes autonómicas de protección del menor, como la Ley 14/2002, de 25 de julio, *de promoción, atención y protección a la infancia* en Castilla y León, arts. 43, 44 b), 45 h), y 76.

los titulares de la patria potestad para con sus hijos. Vid. SAP. de Sevilla de 16 de noviembre de 2010 (JUR 2011, 122651).

¹⁶⁶ Llegamos a esos tres requisitos siguiendo la definición de UTRERA GUTIÉRREZ, D., *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales*, Sepin, Madrid 2005, págs. 304 y 305.

¹⁶⁷ Con la actual redacción, este objetivo únicamente se menciona en el artículo 172 bis con respecto al acogimiento para definir y delimitar sus objetivos.

¹⁶⁸ De 15 de enero de 1996, de Protección Jurídica del Menor.

Con dicha modificación legislativa se evitó redactar el artículo 172 en dichos términos, lo cual, en opinión de DÍEZ GARCÍA, E.¹⁶⁹ es correcto, ya que, su inclusión, podría ser “redundante y repetitiva” debido a que esta alusión al interés del menor y a la prioridad de este de ser educado y crecer en su familia de origen ya está incluido en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996¹⁷⁰, con carácter general, en los siguientes términos: “*todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan(...)*”.

El mencionado artículo 11 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor sigue incluyendo en su apartado 2, dentro de los principios rectores que deben regir la actuación de los poderes públicos en relación con los menores, la supremacía del interés del menor y el mantenimiento en su familia de origen, pero con una salvedad, cuando ello sea conveniente para su interés.

De todo esto podemos extraer la idea general de que los poderes públicos han de actuar buscando el interés del menor y, dentro de este, podemos incluir su interés por su familia de origen; pero siempre con limitaciones, es decir, no en cualquier caso, siempre buscando el bienestar del menor.

Para conocer cómo se debe interpretar y aplicar el término ya aludido de “interés del menor” en cada caso concreto, hay que acudir al artículo 2.2 de la LO 1/1996.

- En primer lugar “*la protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas (...)*”.
- En segundo lugar “*la consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente (...) en el proceso de determinación de su interés superior*”.
- En tercer lugar “*la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor (...)*”.

¹⁶⁹ DÍEZ GARCÍA, H., *Las modificaciones del Código Civil del año 2015*, Tirant lo Blanch Valencia 2016, pág. 497.

¹⁷⁰ Reformada por la LO 8/2015.

- En cuarto lugar “*la preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo (...)*”.

Además de estos, en el apartado 3 se recogen unos elementos generales como el transcurso del tiempo, la necesidad de ofrecer una solución estable al menor, etc. Esto puede conllevar que, en determinados supuestos, el simple transcurrir del tiempo convierta en imposible la reinserción en la familia de origen. Ello debido a que la observancia del propio interés del menor haga suponer más beneficioso para este la permanencia en el núcleo familiar alternativo.

Por tanto, el derecho del menor a su familia de origen puede verse desplazado cuando concurren alguna o varias situaciones de los apartados 2 o 3 del artículo 2 de la LO 1/1996, haciendo más beneficioso para el menor continuar en la familia alternativa.

Debido a ello, hay que afirmar que dicho derecho no es absoluto. Este interés del menor viene definido por el propio Tribunal Supremo en sentencia de 14 de julio de 2015¹⁷¹ como “el interés en abstracto no basta ni puede ser interpretado desde el punto de vista de la familia biológica, sino desde el propio interés del menor”.

También, nuestro más alto Tribunal, en sentencia de 31 de julio de 2009¹⁷², establece que este derecho de los padres biológicos no debe ser reconocido como un principio absoluto cuando de lo que se trata es de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado. No puede ser tampoco considerado como un derecho principal, sino subordinado al del menor.

Las modificaciones introducidas por la Ley 26/2015 o la LO 8/2015 no hacen que el alejamiento del menor de su familia de origen deje de ser una medida subsidiaria, al igual que ocurría con la anterior redacción de los preceptos modificados. Pero, lo que se ha incrementado, es la primacía por la observancia del interés del menor. En caso de que se plantee la existencia de un conflicto de intereses entre los del menor y los de su familia, siempre habrá que tener más en consideración los del primero.

Solo se podrá dictaminar el alejamiento del menor de su núcleo familiar en supuestos excepcionales, cuando su permanencia en la familia le sea perjudicial. Esto

¹⁷¹ RJ 3440/2015.

¹⁷² RJ 4581/2009.

viene ya afirmado por el Comité de Derechos del Niño, en su Observación General nº 14, de 2013, y también por el Tribunal Constitucional en Sentencia de 19 de abril de 2004¹⁷³.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha manifestado en este sentido a lo largo de su jurisprudencia¹⁷⁴, afirmando que la intervención de los poderes públicos de los distintos países democráticos y miembros de la Unión Europea en la vida familiar tiene sus límites en el artículo 8 del Convenio de Roma. Este artículo recoge el respeto a la vida privada y familiar. A lo largo de sus Sentencias pone de manifiesto que la familia natural merece el máximo respeto por parte de los poderes públicos.

Los poderes públicos podrán actuar declarando el desamparo del menor cuando persiga uno o varios fines legítimos previstos legalmente. Para entender que se está ante una situación de necesidad de una medida de alejamiento del menor de sus padres habrá de examinarse, atendiendo al conjunto de circunstancias, si los motivos alegados para justificarlas son pertinentes, suficientes y proporcionados para autorizar la referida intromisión, siempre apreciando la obligación que tiene el Estado de permitir el mantenimiento del vínculo entre padres e hijos¹⁷⁵.

- **Declaración de desamparo**

El desamparo continua definiéndose en el artículo 172.1, concretamente en el apartado segundo, en los siguientes términos: *“se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”*.

A pesar de esta inclusión, el desamparo sigue siendo un concepto jurídico indeterminado debido a que, a pesar de la previsión que incluyó la Ley 26/2015 en el artículo 18.2 de la LO 1/1996 pretendiendo limitar los supuestos prácticos, la propia

¹⁷³ RJ 71/2004.

¹⁷⁴ Vid. SSTEDH de 8 de julio de 1987 (JUR 12/1987); de 24 de mayo de 2011 (JUR 50/2011); de 18 de junio de 2013 (JUR 2013/60); de 21 de enero de 2014 (JUR 2014/15444).

¹⁷⁵ DÍEZ GARCÍA, H., *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia 2016, pág. 503.

Disposición Final 21ª dota a este precepto de carácter supletorio respecto a lo regulado por las Comunidades Autónomas en esta materia.

A pesar de que el legislador, ya sea estatal o autonómico, elabore listas casi cerradas de circunstancias que pueden dar lugar a la declaración de desamparo, no será una lista cerrada, es decir, no se elimina la posibilidad de que puedan existir otras que puedan causar dicha situación. Habrá que atender siempre a las actitudes, aptitudes e idoneidad de los padres o de los guardadores para hacer frente a los deberes que se le imponen legalmente de atención al menor; y, también, sobre el entorno social en el que vive el menor.

Si se diera dicha declaración de desamparo, la Administración pasará a asumir la tutela del menor desamparado.

- **Revocación de la decisión**

La resolución declarando el desamparo tiene como característica principal la de ser reversible, es decir, no tiene vocación de permanencia. Una vez notificada dicha declaración, y llevando el menor un tiempo en esa situación, los progenitores que consideren que se encuentran en condiciones para recuperar la patria potestad disponen del plazo de dos años para revocar el acto administrativo basándose en un cambio en las circunstancias que lo motivaron, tal y como establece el 172 CC.

En relación con la propia Administración, no rige ningún plazo para poder revocar su decisión. Se viene exigiendo por parte de esta¹⁷⁶ que se haya eliminado de manera objetiva el riesgo de desamparo y que, por tanto, la vuelta del menor a la familia de origen sea beneficioso para él. No valdrá con que se acredite un cambio de las circunstancias que detonaron en dicha declaración, ya que es lo que se busca es una estabilidad para el menor y, por tanto, no procede su reubicación para que más tarde se tenga que volver a decretar la misma solución por parte del órgano administrativo competente. Se reintegrará en la familia siempre que se crea como improbable que se vaya a volver a dictar la misma medida en el mismo sentido.

¹⁷⁶ Vid. SSTS de 31 de julio de 2009 (RJ 2009/4581); 21 de febrero de 2011 (RJ 605/2011); 13 de junio de 2011 (RJ 4911/2011); 17 de febrero de 2012 (RJ 840/2012); 9 de julio de 2015 (RJ 3162/2015); 28 de septiembre de 2015 (RJ 3999/2015).

Si se da el caso de un cambio sustancial en las circunstancias que motivaron dicha declaración de desamparo¹⁷⁷, procediendo que el menor vuelva con su familia de origen, y la Administración pública no procede a ejecutar una sentencia que ordene la reinserción del menor en su familia de origen o prologan excesivamente la situación de la separación, podría considerarse que se está produciendo una imposibilidad de recuperar efectiva y materialmente a los hijos, y, consecuentemente, un daño.

- **Daño moral**

Es decir, la indebida declaración de desamparo del menor o la dilación en la finalización de la misma, con la consiguiente lejanía de su familia biológica a la que se priva injustificadamente de la compañía de este, da lugar a un daño efectivo, un daño moral. Se trata de un funcionamiento anormal de la Administración que hace que esta sea responsable del daño ocasionado.

Hay que decir que los Tribunales suelen justificar la conducta administrativa y, por tanto, no suelen considerar las pretensiones indemnizatorias¹⁷⁸; pero, existen casos en los que sí contemplan una indemnización a favor de los familiares privados de manera injusta de la compañía de los menores.

Lo primero que debe acreditarse es que dicha Administración ha actuado de forma censurable. Es importante mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de enero de 1991¹⁷⁹ la cual manifiesta cuáles son los requisitos que se deben dar para admitirse la responsabilidad de la administración: *“Primero. La efectiva realidad de un daño material, individualizado y económicamente evaluable. Segundo. Que sea consecuencia del funcionamiento, normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa y exclusiva e inmediata de causa a efecto, cualquiera que sea su origen*

¹⁷⁷ Debe fundamentarse la impugnación de la resolución administrativa en la inadecuación del desamparo a las circunstancias del momento en que se ejercita la pretensión, como se manifiesta en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2008, de 22 de diciembre, pág. 4.

¹⁷⁸ A título de ejemplo, en ninguna de las siguientes sentencias recientes se ha estimado la indemnización, considerándose adecuado el proceder de la Administración en sus funciones protectoras de la infancia: STSJ. de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 7 noviembre de 2007 (JCA 2008/195), STSJ. de Cataluña, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 12 de diciembre de 2012 (JUR 2013/196381), STSJ de Cataluña, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 31 de enero de 2014 (JUR 2014/101809) y STSJ. de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 7 de abril de 2014 (JUR 2014/134741).

¹⁷⁹ RJ 1991/5000.

(reglamento, acto administrativo legal o ilegal, simple actuación material o mera omisión). Tercero. Que no se haya producido por fuerza mayor y que no haya caducado el derecho a reclamar por el transcurso de tiempo que fija la Ley”.

Con respecto a esta materia, el parámetro que se utiliza para evaluar si la Administración ha actuado de manera correcta o incorrecta es siempre el interés superior del menor. Además de este factor principal, se deben tener otro en cuenta y es el derecho del menor a la familia natural y a no ser separado de la misma. Siempre hay un margen de error que es disculpable que se corresponde con el margen de apreciación que cada Estado tiene de la materia.

Quien es competente para conocer de la posible responsabilidad de la entidad administrativa, en relación con una declaración de desamparo improcedente, son los tribunales, no del orden civil, sino del orden contencioso-administrativo. La administración que lleva a cabo una declaración de desamparo que más tarde es declarada como improcedente, va a responder frente a los padres privados de la compañía del menor o menores, en caso de que sean varios los hijos. Lo hará con arreglo a lo establecido en el régimen general de responsabilidad patrimonial de la Administración, concretamente lo hará en relación con lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre sobre el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común.¹⁸⁰

El Tribunal Contencioso Administrativo que considere que se tiene que apreciar responsabilidad de la entidad administrativa competente tendrá también que cuantificar el daño moral derivado de dicha privación de la custodia del hijo a consecuencia de la declaración de desamparo improcedente.

Los Tribunales suelen tener en cuenta diversos criterios para fijar la correspondiente compensación. Algunos de ellos son el número de hijos de cuya compañía se priva a la víctima, el tiempo a lo largo del cual se extiende tal situación, etc.

¹⁸⁰ La citada Ley será derogada próximamente, en septiembre de 2016 y el régimen de las Administraciones Públicas pasará a estar regulado por dos leyes, por un lado la Ley 39/2015 de 1 de octubre sobre el Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y la Ley 40/2015, también de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Existen sentencias en este sentido. En primer lugar, cabe mencionar la del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso- Administrativo, de 5 de abril de 2006¹⁸¹ en la cual se condena a la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de dicha Comunidad al pago de una cantidad, concretamente 12.000 euros, debido al daño moral que a cada uno de los progenitores se causó al dictaminarse que el hijo menor de ambos, recién nacido, fue declarado en desamparo al detectarse en un hospital el cuidado deficiente de su higiene, estando bajo el cuidado de la Administración durante 823 días. Primeramente se internó a este en un centro y a continuación se le otorgó el acogimiento a la abuela materna. En la sentencia se hacen constar una serie de perjuicios causados a los demandantes descartándose aquellos por los cuales no existe relación de causalidad entre los mismos y la Administración para terminar en el fallo fijando una indemnización a tanto alzado, sin hacer referencia a ningún criterio de valoración, y considerando el daño moral como único.

Posteriormente, en Sentencia del TSJ también de Andalucía de 7 de noviembre de 2007¹⁸², se volvió a condenar a la Consejería de Asuntos Sociales a la indemnización, esta vez de 24.000 euros, por declarar a los cinco hijos de un matrimonio en situación de desamparo. Se condena a esta por el atentado contra la vida familiar que significó el estar los menores en centros asistenciales durante un mes y medio y ello por una serie de circunstancias como absentismo escolar, desnutrición o falta de higiene que no quedaron acreditadas.

En el mismo sentido volvió a dictar sentencia este Tribunal el 7 de febrero de 2008¹⁸³ pero en este caso por una indemnización en cantidad considerablemente mayor debido al daño causado debido a la “*imposibilidad de recuperar afectiva y materialmente*” el padre a sus dos hijos debido a que en un primer lugar, en 1997, se declaró la situación de desamparo y posteriormente se declaró improcedente el acogimiento preadoptivo, el 22 de junio de 1998, ya que se dictó a sabiendas de que el progenitor había recobrado ya legalmente la guarda y custodia de los menores, concretamente el 9 de febrero de ese mismo año.

¹⁸¹ JUR 2007/108690.

¹⁸² RJ 2008/195.

¹⁸³ RJ 2008/245529.

También la Sentencia del TSJ de Andalucía de 30 de abril de 2009¹⁸⁴ continúa reconociendo la indemnización, en este caso a favor de la madre así como de sus dos hijas y de la abuela argumentándolo en la grave afectación de la vida familiar que supuso ese alejamiento de las menores de su hogar durante cerca de seis años debido a la declaración de desamparo fundamentada en la imposibilidad de la madre de conseguir una vivienda propia, motivo por el cual residían en la vivienda de la abuela también indemnizada.

Este caso llegó hasta el Tribunal Supremo, quien, en sentencia de 21 de octubre de 2011¹⁸⁵, casó la recurrida. Establece que para la fijación del quantum indemnizatorio, que este Tribunal aumenta, debe tenerse en cuenta que ambas hijas fueron separadas del entorno familiar biológico y también, a su vez, separadas ambas.

También, el Tribunal Superior de Cataluña, en sentencia de 30 de abril de 2010¹⁸⁶, resolvió sobre un caso en el cual la Administración demandada había actuado inicialmente conforme a Derecho, cuando declara en situación de desamparo al hijo recién nacido de una pareja de drogadictos que no podían hacerse cargo del menor; pero, posteriormente incurre dicha entidad en negligencia ya que esta actuó con excesiva celeridad, sin datos objetivos de valoración, o con datos insuficientes, actuando incluso ésta guiada por prejuicios al ser los padres drogadictos. La consecuencia es que se impidió que se pudieran crear vínculos afectivos entre dicho recién nacido y sus progenitores y hermanos. Dicho Tribunal consideró necesario indemnizar por esta privación y dijo acudir al “baremos de circulación” para fijar la cantidad que estima que le corresponde al caso concreto.

Esta resolución fue también casada ante el Tribunal Supremo que resolvió en fecha de 28 de noviembre de 2012¹⁸⁷. Este tribunal se basó en que *“los progenitores (...) tenían por razón de su propia situación, en modo alguno provocada por la Administración, el deber de soportar la pérdida de la custodia del hijo al no poder atenderlo mínimamente, y el riesgo, posteriormente concretado, de que dicha pérdida se convirtiera en definitiva”* y también, en segundo lugar, *“porque la actuación administrativa cuestionada sí se había ajustado a Derecho en todo momento”*.

¹⁸⁴ RJ 2009/256523.

¹⁸⁵ RJ 2012/1417.

¹⁸⁶ JUR 2010/299140.

¹⁸⁷ RJ 2013/461.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado también sobre esta materia. El particular que acude a dicho Tribunal por haber infringido el artículo 8 del Convenio de Roma debido a haber sufrido una intromisión de la Administración en su vida privada, lo que está denunciando es el mal funcionamiento de la misma y si su demanda es resuelta de manera satisfactoria recibirá una indemnización tal y como establece el artículo 41 del mismo Convenio.

Este Tribunal se ha pronunciado en diversas sentencias. Entre ellas la de fecha 24 de febrero de 2009, caso Errico contra Italia¹⁸⁸. El demandante entiende que las intromisiones en su vida privada por parte de las autoridades desencadenaron en el perjuicio de la relación de los padres con su hija. Las autoridades competentes decidieron entregar en adopción al menor sin las garantías previstas por el artículo 8 del Convenio de Roma sin haber oído a los padres primeramente. Entienden que dicha actuación fue tomada sin existir los requisitos exigidos para dicho acto que son el carácter de excepcionalidad y de urgencia.

Los padres reclaman por la vía de dicho artículo. El Tribunal estimó sus pretensiones considerando como probado el dolor al demandante siendo constitutivo de un daño moral cierto. Se le concedió una indemnización de 10.000 euros en virtud de dicho daño moral, ya que el artículo 41 del convenio de Roma establece que *“si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa”*.

También en la Sentencia de 18 de junio de 2013¹⁸⁹, caso R.M.S. contra España, se reconoce una indemnización a favor de la madre. Se entiende que se ha producido una infracción por parte de la administración andaluza al no haber hecho los esfuerzos adecuados y suficientes para hacer valer el derecho de la demandante a vivir con su hija, produciéndose una infracción del derecho a la vida privada y familiar garantizado por el, ya reiteradamente mencionado, artículo 8 del Convenio de Roma. Se reconoce a favor de la madre una indemnización de 30.000 euros en concepto de daño sufridos a causa de la actuación de la administración

¹⁸⁸ TEDH 2009/26.

¹⁸⁹ TEDH 2013/60.

El ya reiterado artículo 8 en el que se basan estas pretensiones establece *que «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida (...) familiar (...) y, en el siguiente apartado, 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria (...) para la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y de las libertades de los demás».*

Este precepto busca prevenir al individuo de las injerencias arbitrarias de los poderes público. Debido a esto, se ponen a cargo del Estado obligaciones positivas encaminadas a garantizar al respeto efectivo de la vida familiar; es decir, cuando exista vínculo familiar debe actuar protegiendo este, permitiendo el desarrollo de dicha unión y adoptando las medidas necesarias para que padres e hijos puedan reunirse. Implica el derecho de un padre a las medidas propias para reunirse con su hijo y la obligación de las autoridades nacionales de adoptarlas. Se llevarán a cabo de manera diferente dependiendo de las circunstancias del caso concreto. Tendrá que haber siempre un equilibrio entre los intereses del menor y los derechos de los padres ya que los menores, y otras personas vulnerables, tienen siempre que ser protegidos por las autoridades nacionales pero este interés del menor exige también el desarrollo del vínculo familiar de nuevo. De no ser necesarias estas medidas es donde entre en juego el artículo 8, dará lugar a una actuación negligente de la administración provocando una necesaria reparación del daño conforme al artículo 41 del mismo Convenio.

Para llegar a dicha reparación debe constatarse una actuación antijurídica por parte de la administración ya que de entenderse esa justificada y adecuada no habría lugar a ningún tipo de reparación por no existir tal daño.

Nuestro Tribunal Supremo en sentencia de 28 de noviembre de 2012¹⁹⁰ aludió a este criterio de la antijuridicidad para negar la indemnización a favor de los padres. En ella descarta la reparación, entiende que no existe responsabilidad por parte de la administración, al quedar acreditado que se decretó la tutela a favor de tal entidad en el momento adecuado y existían resoluciones judiciales en las que se ratificaba la situación inicial de desamparo, no existiendo antijuridicidad. Se pronuncia este Tribunal concretamente estableciendo que el punto al que hay que atender es de *“la lesión*

¹⁹⁰ RJ 2013/461.

antijurídica sufrida por el afectado y que éste no tiene el deber jurídico de soportar, por lo que la antijuridicidad desaparece cuando concurre una causa justificativa que legitime el perjuicio, 'un título que imponga al administrado la obligación de soportar la carga'.

Sobre el conflicto entre los intereses del menor y de los progenitores se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en una Sentencia de 21 de enero de 2008¹⁹¹. Los hechos son los siguientes, en un procedimiento civil se declara la imposibilidad de ejecución de una sentencia en la que se establecía la entrega a la madre biológica de unos menores que estaban siendo tutelados por la administración. La madre inició un proceso para oponerse a la declaración de desamparo y acogimiento de estos. En dicha Sentencia se recoge que el criterio que debe tenerse en cuenta es el interés del menor pero “(...) *los derechos en juego en este tipo de procesos de los que sean titulares los menores han de considerarse inescindibles de los de los recurrentes, por la elemental razón de que constituyen su razón de ser sustantiva, hasta el punto de que carecerían de sentido recursos como el aquí planteado si se fundasen en un interés exclusivo de quienes los interponen (...)*”. El Tribunal Constitucional lo que viene a reconocer es que el interés de los progenitores se identifica con el interés del menor. Debido a esto entiende que debe otorgarse a la madre una indemnización en concepto de los daños morales sufridos por la imposibilidad de tener a los menores con ella.

Con respecto a la valoración económica, la cuantificación de la indemnización, corresponde al juzgador fijarla. Se deben ponderar un conjunto de circunstancias que entran en juego en cada caso concreto. Cuando el Tribunal los estime conveniente, acudirá al Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor. La doctrina del Tribunal Europeo de derechos Humanos ratifica esta postura de que tiene que fijarse atendiendo a las circunstancias específicas de cada caso.

¹⁹¹ RTC 2008/11.

5. CONCLUSIÓN:

PRIMERA: Tradicionalmente, ha sido una cuestión debatida la posibilidad de que cupiera recurrir a los instrumentos propios del Derecho de daños para indemnizar los causados por y entre familiares. Históricamente, en los países de *Common Law*, se ha venido manteniendo el principio de la inmunidad conyugal. Esto se ha ido abandonando y, en la actualidad, comienza a ser posible que los cónyuges actúen judicialmente entre sí por los daños causados del uno contra el otro, pero, persisten preceptos en nuestro ordenamiento jurídico, como son el artículo 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o el 268 del Código Penal, que continúan mostrando cierto recelo a la hora de admitir las reclamaciones entre familiares.

También, en los países de *Civil Law*, jurisprudencialmente se limitaba dicha posibilidad de actuar. En nuestro ordenamiento jurídico, de ningún precepto se puede extraer que exista tal inmunidad; y, por tanto, se puede acudir a las normas de responsabilidad civil con independencia de los vínculos familiares, siendo aplicable, consecuentemente, el Derecho de daños al Derecho de familia.

El Derecho de familia no es un sistema cerrado y completo con capacidad para resolver, con sus propias reglas, los conflictos que se puedan plantear en las relaciones conyugales. Bajo ningún precepto del Código Civil se puede encontrar la exclusión de la aplicación del artículo 1902 CC y que, por lo tanto, no se pueda exigir la responsabilidad civil extracontractual al cónyuge que cause un daño moral al otro, siempre que concurren los presupuestos necesarios para ello.

Contrariamente, a pesar de que ningún precepto reconoce de manera concreta estas diversas posibilidades, la propia doctrina y jurisprudencia amplían lo reconocido legalmente a través de lo recogido en el artículo 1902 del Código Civil que, con carácter general, reconoce que quien cause un daño deberá repararlo.

SEGUNDA: La infracción de deberes matrimoniales no da lugar a una indemnización, sino que esto lo resuelve el ordenamiento español actual con la posibilidad de solicitar la separación o el divorcio de manera unilateral y sin causa. Estos deberes entre cónyuges tienen naturaleza únicamente ética o moral. Sin embargo, esta afirmación no hace que estos carezcan de juridicidad, ya que siempre habrá que

atender al principio general del artículo 1902 del Código Civil según el cual “quien causa un daño debe pagar.

TERCERA: En particular, el incumplimiento del deber de fidelidad del artículo 68 del Código Civil, por sí solo, entiendo que no va a dar lugar a ningún tipo de reparación por el daño moral que se hubiera podido causar. Cosa distinta será la posible indemnizabilidad que puedan acarrear los daños morales autónomos derivados de la misma. Jurisprudencialmente viene admitiéndose la existencia de un daño resarcible cuando de la infidelidad ha nacido un hijo que el cónyuge engañado a tratado como suyo.

CUARTA: En relación con la vía para reclamar dicha responsabilidad civil en el ámbito de la familia, si es la del artículo 1101 o la del artículo 1902, ambos del Código Civil, hay que decir que será la contemplada para la responsabilidad extracontractual, y, por tanto, la del 1902 CC, pues, en sí, no puede calificarse al matrimonio como un contrato en sentido estricto. Para poder apreciar dicha responsabilidad extracontractual, habrá que atender a factores como la gravedad, la reiteración, las consecuencias que se deriven, etc.

QUINTA: Con respecto a la previsión que establece el artículo 98 del Código Civil en relación con el cónyuge de buena fe que sufre determinados perjuicios a consecuencia de que se declare nulo su matrimonio, no solo se indemnizan los daños patrimoniales sino también los morales, siempre que el causante haya actuado de mala fe. Es compatible esta indemnización de tipo resarcitorio del artículo 98, con la indemnización del daño moral por la vía del artículo 1902 CC.

SEXTA: El Código Civil, en el ámbito de las relaciones entre cónyuges, una vez que cese dicha situación, contempla tres diversas concesiones económicas. Por un lado, el artículo 97 CC contempla la posibilidad de conceder una pensión compensatoria en favor de un cónyuge el cual se encuentre en una situación, acreditada debidamente, de desequilibrio con respecto a la que ostentaba con este matrimonio. Esta se va a conceder al cónyuge que demuestre dicha necesidad, con independencia del régimen económico que tuviera estipulado la pareja. Por otro lado, el artículo 1438 CC contempla la posibilidad de compensar por la aportación, a la unidad familiar, de trabajo doméstico realizado por un miembro de la pareja mientras que el otro aportaba el sustento económico por trabajar fuera de ésta, siempre que entre ellos tengan estipulado

el régimen de separación de bienes. Por último, si uno de los cónyuges entiende que se la ha causado daños de tipo moral, a mayores de estos daños, podrá reclamarlos por la ya reiterada vía del 1902 CC.

Considero que estas indemnizaciones serán perfectamente compatibles entre ellas debido a la diferente naturaleza que presentan. La primera de ellas pretende hacer frente a la desigualdad económica que quede patente una vez se haya disuelto el matrimonio; la segunda, tiene un fin reparador, es decir, compensa a quien aportó trabajo no remunerado a la familia, a quién trabajo en el hogar no recibiendo prestación económica alguna; por último, la tercera de las posibilidades es de tipo indemnizatorio con respecto a los daños morales que esta situación pudo haber causado a uno de los miembros del matrimonio.

SÉPTIMA: Como en toda acción penal, con independencia de que esta se ejercite entre miembros de una misma familia, cabe que, a la vez que se plantea la denuncia penal, o con posterioridad, quien haya sido perjudicado por la conducta delictiva reclame también la correspondiente indemnización por daños causados por la vía civil.

OCTAVA: Ligada a la cuestión anterior acerca de la responsabilidad penal, hay que decir que carecerán de ésta los cónyuges que no estuvieran separados legalmente o de hecho por los delitos patrimoniales que se causen entre sí. Para este tipo de acciones quedará únicamente abierta la vía civil.

NOVENA: Como he dicho, la infidelidad, por sí misma, no proporciona derecho a reclamar una indemnización por el daño moral causado. Distinto es el caso en el cual, a consecuencia de dicha infidelidad de la mujer, ya sea con consentimiento o sin él, ella hubiera concebido uno o más hijos extramatrimoniales, ocultando la verdadera paternidad biológica. Se viene exigiendo, por las diversas Audiencias, la concurrencia de dolo o, únicamente, de culpa grave. Podría ejercitarse la acción de resarcimiento de los daños morales por la vía del artículo 1902 del Código Civil.

Entiendo que, ante esta ocultación, no se mantiene la inmunidad de la mujer, sino que, como se viene admitiendo de manera mayoritaria por la doctrina y por las Audiencias Provinciales, dicha reclamación de daños morales tendrá lugar siempre que ella hubiera actuado de manera dolosa. Los Tribunales deberán observar si el marido, a

su vez, tenía o no conocimiento de la verdadera paternidad biológica del que creía hijo o hijos suyos. Si el marido era sabedor de dicha realidad no habrá lugar a concederle una indemnización porque, con su actitud pasiva estaría consintiendo dicha situación. A partir del momento en que el padre no biológico tenga conocimiento de ello comenzará a contabilizarse el plazo de un año que tiene este para hacer valer sus pretensiones indemnizatorias.

También es importante destacar que cabría cuestionarse la posibilidad de demandar al tercero, concretamente, al padre biológico, por el daño moral y para la devolución de la cantidad pagada por alimentos por quien se creía padre hasta ese momento, si bien, ambas pretensiones se vienen desestimando jurisprudencialmente.

Con respecto a la pretensión de la devolución de la cantidad correspondiente al pago de alimentos de manera indebida, ésta vendrá desestimada ya que la cantidad aportada en este concepto era debida hasta el momento en que existe una sentencia judicial que determina la inexistencia de la relación paterno-filial.

En relación a la valoración del daño causado, habrá que acudir a distintos criterios como son la gravedad, la duración y las consecuencias del daño que se le haya causado al progenitor no biológico. Concretamente, para este supuesto, por un lado podemos valorar el daño atendiendo a la duración de la situación de desconocimiento; por otro, al número de hijos sobre los cuales se da este supuesto; y, también, si una vez que se revele dicha realidad, quien se creía padre perdió totalmente la relación con el menor, o lo menores, o no.

DÉCIMA: Hay que estimar la pretensión de indemnizar los daños acreditados que se le causan a un progenitor, ex cónyuge, debido al incumplimiento del régimen de visitas por parte del otro. En la actualidad, doctrina y jurisprudencia ya vienen reconociendo la posibilidad de reclamar daños morales por la vía del artículo 1902 del Código Civil, tanto a favor del progenitor que se ha visto privado de su relación con el menor, como a favor del propio menor, al cual se le estaría lesionando su derecho de visita.

UNDÉCIMA: Cabe la posibilidad de que los progenitores biológicos se vean privados de sus hijos por una declaración de desamparo improcedente. Es posible que las circunstancias del caso hagan necesario que los progenitores se vean privados del

cuidado del hijo o hijos, siempre en observancia del beneficio de estos. Esta situación llevará a la concesión de una indemnización por los daños que se les causan a los padres, siempre que no se cumpla con las formalidades legales o no fuera necesario alejar al menor del ámbito familiar.

6. BIBLIOGRAFÍA:

- ALLUEVA AZNAR, L., “Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores”. *Indret*: 4/2011.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., *El parentesco en Derecho Penal*, Bosch, Barcelona 1973.
- BENAVENTE MOREDA, P., “Riesgo, desamparo y acogimiento de menores”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. ISSN: 1575-8427 nº15, Madrid 2011.
- COLÁS ESCANDÓN, A.,
- “Nuevos daños indemnizables: las relaciones de familia”, *Derecho de daños, Sepin*, Madrid, 2011, págs. 332 a 336.
- “Consecuencias Penales y Civiles derivadas del incumplimiento por uno de los progenitores del régimen de relaciones personales con sus descendientes”. *Boletín del Ministerio de Justicia*, ISSN: 1989-4767. Abril 2015. www.mjustia.es/bmj
- DA SILVA CEDEIRA, A.C., *Da responsabilidade civil dos conyuges entre si*, Coimbra Editora, Coimbra 2000.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., *Responsabilidad civil y divorcio en el Derecho español*, La Ley, Madrid 2007.
- DÍEZ-PICAZO, L.,
- *Fundamentos del derecho civil patrimonial, Vol. II. Las relaciones obligatorias*, S.L. Civitas Ediciones, Madrid 2009.
- *Constitución y Fuentes del Derecho*, en *La Constitución española y Fuentes del Derecho Vol. I*, Madrid 1984.
- DOMÉNECH PASCUAL, G. *La cuantificación de los daños morales causados por las administraciones públicas*. Universitat de Valencia. Valencia, 2014.
- DOMÍNGUEZ MUELMO, A., “La supresión de las causas de separación y divorcio en la Ley 15/2005 y sus repercusiones en el Derecho Civil”, *Revista Jurídica de Castilla y León* nº 13, agosto de 2007.
- FARNÓS AMORÓS, E.,
- “Remedios Jurídicos ante la Falsa Atribución de la Paternidad”. *Derecho Privado y Constitución*. nº25, 2011 ISSN: 1133-8768 . Publicación: 28 de noviembre de 2011.

- “Indemnización del daño moral derivado de Ocultar la Paternidad”. *Indret* 4/2007.
- FERRER RIBA, J., “Relaciones Familiares y Límites del Derecho de daños”. *Indret* 04/2001.
- GARCÍA RIVAS, F.J., “Guarda y custodia compartida: La Ley 15/2005 de 8 de julio de reforma del Código Civil”. *Revista Jurídica de la Región de Murcia*. ISSN: 0213-4799 nº 37, 2006.
- GONZÁLEZ PILLADO, E y GRANDE SEARA, P: *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*. Tirant lo Blanch, Valencia 2004.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., *La situación jurídica del menor en el marco de la Comunidades Autónomas*, Dykinson, Madrid, 1998.
- LACRUZ BERDEJO J.L. Y SANCHO REBULLIDA F., *Elementos del derecho civil VI: Derecho de familia*, Bosch, Barcelona, 1982.
- LLAMAS POMBO, E., “Divorcio y responsabilidad civil”, *Práctica de Derecho de Daños: revista de responsabilidad civil y seguros* nº49, mayo 2007.
- LÓPEZ DE LA CRUZ, L., “El Resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales”. *Indret* 4/2010, 2010.
- NIETO ALONSO, A., “Daños morales derivados del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de una obligación contractual”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 59 nº3, 2006.
- MARTÍN GARCÍA, T., *Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales*, Aranzadi, 2006.
- MARÍN GARCÍA, I., y LÓPEZ RODRÍGUEZ, D., “Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso-administrativo”. *Indret*: 2/2010.
- MARTÍN-CASALS, M Y RIBOT, J., “Daños en el Derecho de Familia: un paso adelante, dos atrás”. *Estudios monográficos*. *Indret* 2011.
- MARUGÁN PINTOS, B., “Violencia de Género”. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Nº 4. Marzo – agosto 2013.
- MIJANCOS GURRUNCHAGA, L., “Las Reclamaciones Económicas por Compensación y/o Resarcimiento en el Proceso de Disolución Matrimonial de los arts. 97, 1438, 98, 1902 y 1101 CC”. *Indret*: 2/2015.

- MOLLEJA DE LA ROSA, M.J., “El derecho de visitas, su incumplimiento por parte de progenitor custodio y la imposición de multas coercitivas”. www.legalprestigia.aranzadi.es
- MORENO-TORRES HERRERA, M.L., “La regulación de la ruptura del matrimonio y de las parejas de hecho”. *Indret*: 4/2015.
- MURILLAS ESCUDERO, J.M., “La Responsabilidad Civil Extracontractual por Daños Morales en la Relación Conyugal”. *Redur* 13/2015.
- NIETO ALONSO A., “Daños morales derivados del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de una obligación contractual”, *Anuario de Derecho Civil* Vol. 59 nº 3 2006.
- OLZA SANZ, I., Trabajo fin de Máster en Acceso a la Abogacía: *La excusa absolutoria del Artículo 268 del Código Penal*. Pamplona. Septiembre de 2014.
- PAÑOS PÉREZ, A., “El menoscabo a la conciliación de la vida familiar y laboral por la doctrina jurisprudencial sobre la compensación del trabajo doméstico. Comunicación en Congreso” *La feminización del Derecho Privado*, Carmona III Valladolid, 13 y 14 de marzo de 2014
- PEREZ ÁLVAREZ, M.A., “El desamparo: resoluciones administrativas, sentencias judiciales y reformas legales” en *Estudios jurídicos en memoria del Profesor José Manuel Lete del Río*, Cívitas-Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur menor, Navarra, 2009.
- PÉREZ GALLEGO, R., “Nuevos Daños en el Ámbito del Derecho de Familia: los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica”. <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>. *Revista de Derecho Civil* vol. II, núm. 3 (julio-septiembre 2015).
- PÉREZ MAYOR A., “Crisis matrimoniales e indemnización del daño moral”, *Revista jurídica de Catalunya* nº1, 2004.
- PÉREZ MARTÍN A., *La nueva regulación del derecho de familia: legislación y doctrina*, Dykinson, Madrid 2011.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. “Denegación de indemnización por daño moral causado por infidelidad matrimonial, Comentario de STS de 30 de julio de 1999”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil* nº52, enero-marzo 2000.

- REYES GALLUR, J.J., “Consideraciones jurídicas sobre la compensación económica establecida en el artículo 1438 CC,” *Revista de Derecho de Familia*, núm. 39. 1 de junio de 2008.
- ROCA I TRIAS, E.,
 - *Derecho de daños: textos y materiales*. Tirant Lo Blanch. Madrid 2011.
 - *La responsabilidad civil en el ámbito de la familia*”, Dykinson, Madrid 2000.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M.,
 - “Indemnización del Daño Moral al Progenitor por la Privación de la Relación Personal con el Hijo”. *ADC*, tomo LXII, 2009, fasc. IV
 - “De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio”, *Diario La Ley*, 7582, 2011.
 - *Responsabilidad civil en el Derecho de familia*. Aranzadi. Pamplona 2009.
- SALVADOR CODERCH, P., “Recensión a “Derecho de daños” de Encarna Roca”. *Indret*: 1/2001.
- SANCHO VILLAREAL L. “El deber de fidelidad conyugal como obligación jurídica y consecuencias de su infracción, Comentario de la STS de 30 de julio de 1999” *Revista de Derecho de familia*, abril de 2001.
- TORRES LANA, J, A., *Código Civil, doctrina y jurisprudencia*, La Ley, Madrid 1991.
- VARGAS ARAVENA, D. *Daños civiles en el matrimonio*, La Ley, Madrid, 2009.
- UTRERA GUITIÉRREZ, D., *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales*, Madrid 2005.

7. ANEXO DE RESOLUCIONES JUDICIALES ESTUDIADAS

- SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS

HUMANOS:

- STEDH de 8 de julio de 1987 (JUR 12/1987)
- STEDH de 13 de julio de 2000, caso Elsholz contra Alemania (TEDH 152/2000)
- STEDH de 5 de diciembre de 2002, asunto Hoppe contra Alemania, (TEDH 2002/72)
- STEDH 23 de septiembre de 2003, asunto Hansen contra Turquía, (TEDH 2003/54)
- STEDH 23 de junio de 2005, asunto Zawadka contra Polonia (TEDH 2005/69)
- STEDH 13 de julio de 2006, asunto Lafargue contra Rumanía, (*Tol 965118*)
- STEDH 28 de febrero de 2008, asunto Angelova contra República Checa, (*Tol 1258852*)
- STEDH 8 de julio de 2010, asunto Döring contra Alemania, (*Tol 2135183*)
- STEDH 2 de septiembre de 2010, asunto Mincheva contra Bulgaria (JUR 2010\301146)
- STEDH 2 de noviembre de 2010, asunto Piazzzi contra Italia (JUR 2010/360648)
- STEDH 24 de mayo de 2011, asunto Saleck Bardi contra España (JUR 2011/174772)
- STEDH 18 de junio de 2013, asunto RMS contra España (STEDH 2013/609)
- STEDH 17 de diciembre de 2013, asunto Nicolò Santilli contra Italia, (JUR 2013/376762)
- STEDH 21 de enero de 2014, asunto Zhou contra Italia, (JUR 2014/15444)
- STEDH 4 de septiembre de 2014 (JUR 2014/223068)
- STEDH 14 de noviembre de 2014, caso Tocarenco contra República de Modavia, (JUR 2014/266947)

- **SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONTITUCIONAL:**
- STC de 21 de enero de 2008 (RTC 2008/11)
- STC de 1 de febrero de 2016, 16/2016. Recurso de amparo 2937/2015

- **SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO:**

- STS de 26 de noviembre de 1985 (RJ 5901/1985)
- STS de 31 de marzo de 1989 (RJ 1989/2780)
- STS de 4 de enero de 1991 (RJ 1991/5000)
- STS de 10 de marzo de 1992 (RJ 1992/2312)
- STS de 14 de diciembre de 1996 (RJ 1996/8970)
- STS de 22 de julio de 1999 (RJ 1999/5721)
- STS de 30 de julio de 1999 (RJ 1999/5726)
- STS de 22 de febrero de 2001 (RJ 2001/2242)
- STS de 10 de febrero de 2005 (RJ 773/2005)
- STS de 11 de abril de 2005 (RJ 91/2005)
- STS de 28 de abril de 2005 (RJ 2659/2005)
- STS de 27 de enero de 2006 (STS 42/2006)
- STS de 10 de marzo de 2009 (RJ 1130/2009)
- STS de 15 de abril de 2009 (RJ 1356/2009)
- STS de 30 de junio de 2009 (RJ 2009/5490)
- STS de 17 de julio de 2009 (RJ 2009/6474)
- STS de 31 julio de 2009 (RJ 4581/2009)
- STS de 14 de julio de 2010 (RJ 2010/5152)
- STS de 22 de octubre de 2010 (RJ 933/2010)
- STS de 21 de febrero de 2011 (RJ 605/2011)
- STS de 13 de junio de 2011 (RJ 4911/2011)
- STS de 14 de julio de 2011 (RJ 2011/146921)
- STS de 21 de octubre de 2011 (RJ 2012/1417)
- STS de 17 de febrero de 2012 (RJ 840/2012)
- STS de 8 de mayo de 2012 (RJ 2012/6115)
- STS de 18 de junio de 2012 (RJ 2012/6849)

- STS de 28 de noviembre de 2012 (RJ 2013/461)
- STS de 31 de enero de 2013 (RJ 2013/927)
- STS de 21 de junio de 2013 (RJ 2013/4379)
- STS 31 de enero de 2014 (RJ 813/2014)
- STS de 19 de febrero de 2014 (RJ 2014/1131)
- STS de 26 de marzo de 2015 (RJ 1490/2015)
- STS de 24 de abril de 2015 (RJ 1254/2013)
- STS de 3 de julio de 2014 (RJ 2014/4254)
- STS de 12 de julio de 2014 (RJ 2014/4583)
- STS de 14 de abril de 2015 (RJ 1693/2015)
- STS de 9 de julio de 2015 (RJ 3162/2015)
- STS de 14 de julio de 2015 (RJ 3440/2015)
- STS de 28 de febrero de 2015 (RJ 3999/2015)

- **SENTENCIAS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA**

- STSJ de Andalucía, (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 5 de abril de 2006 (JUR 2007/108690)

- STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 7 noviembre de 2007 (JCA 2008/195)

- STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 30 de abril de 2009 (RJ 2009/256523)

STSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 30 de abril de 2010 (JUR 2010/299140)

- STSJ. de Cataluña, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 12 de diciembre de 2012 (JUR 2013/196381)

- STSJ de Cataluña, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 31 de enero de 2014 (JUR 2014/101809)

- STSJ de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 7 de abril de 2014 (JUR 2014/134741)

- **SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES:**

- SAP de Vizcaya de 15 de noviembre de 1995(ARP 1995/1995)

- SAP de Murcia de 30 de enero de 2001 (JUR 2001/219493)
- SAP de Cádiz de 8 de abril de 2002 (AC 2002/1064)
- SAP de Toledo de 7 de noviembre de 2002 (JUR 2003/42414)
- SAP de Córdoba de 6 de febrero de 2004 (JUE 2004/103252)
- SAP de Navarra de 2 de junio de 2004 (JUR 2004/258769)
- SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004 (AC 2004/1994)
- SAP de las Palmas de 30 de junio de 2005 (JUR 2005/194339)
- SAP de Valencia de 20 de febrero de 2006 (JUR 2006/207982)
- SAP de Cádiz de 4 de diciembre de 2006 (AC 2007/1026)
- SAP de León de 2 de enero de 2007 (JUR 2007/59972)
- SAP de Barcelona de 16 de enero de 2007 (JUR 2007/323682)
- SAP de Valencia de 5 de septiembre de 2007 (JUR 2007/340366)
- SAP Cádiz de 3 de abril de 2008 (JUR 2008/234675)
- SAP de Madrid de 3 de julio de 2008 (JUR 2008/283083)
- SAP de Tarragona de 27 de octubre de 2008 (JUR 2009/78516)
- SAP de Barcelona de 31 de octubre de 2008 (AC 2009/93)
- SAP de León de 30 de enero de 2009 (JUR 2009/192431)
- SAP de Murcia de 18 de noviembre de 2009 (AC/2010/60)
- SAP de León de 10 de noviembre de 2010 (AC/2010/2120)
- SAP de Sevilla de 16 de noviembre de 2010 (JUR 2011, 122651)
- SAP de A Coruña de 14 de octubre de 2011 (JUR 2012/8460)
- SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2011 (AC 2004/1994)
- SAP de León de 23 de noviembre de 2012 (AC/2012/1643)
- SA P de Alicante de 16 de enero de 2013 (JUR 2013/150976)
- SAP de Jaén fecha 9 de marzo de 2015(JUR 2015/29380)
- SAP de Sevilla de 9 de julio de 2015 (JUR 2015/235882)
- SAP de Cáceres de 9 de septiembre de 2015 (JUR 2015/227826)
- SAP de Valladolid de 15 de diciembre de 2015 (JUR 2016/20249)
- SAP de Palencia de 14 de marzo de 2016 (JUR 2016/73541)
- SAP de Murcia de 23 de marzo de 2016 (JUR 2016/97980)
- SAP de Asturias de 22 de abril de 2016 (SAP 1157/2016)