

Familia y responsabilidad civil

CAMINO SANCIÑENA ASURMENDI*

Catedrática de Derecho civil
Universidad de Oviedo

IGNACIO FERNÁNDEZ CHACÓN*

Profesor Ayudante Doctor de Derecho civil
Universidad de Oviedo

RESUMEN

Dado el creciente interés que la doctrina y la jurisprudencia han venido mostrando a lo largo de los últimos años en torno a la aplicación a las relaciones familiares de las reglas en materia de responsabilidad civil, el objetivo de este trabajo consiste en analizar el actual parecer de nuestro Tribunal Supremo a este respecto. A tal efecto, se aborda la posibilidad de conceder indemnizaciones en el ámbito familiar en algunos de los principales supuestos, como los casos de falsa atribución de la paternidad, de obstaculización de los regímenes de guarda, custodia y visitas o de ausencia de reconocimiento de la filiación. Análisis de dicha problemática que se efectúa a través de un repaso crítico de la jurisprudencia, de la solución adoptada en otros ordenamientos y de las implicaciones constitucionales presentes en cada uno de los casos estudiados. Asimismo, junto a tales supuestos indemnizatorios carentes de regulación en nuestro ordenamiento, se examinan las indemnizaciones previstas legalmente en el ámbito familiar en los casos de nulidad matrimonial y de ruptura de la promesa de matrimonio, si operan como supuestos indemnizatorios autónomos, o por el contrario, es posible u obligado el recurso a las reglas generales de responsabilidad civil.

PALABRAS CLAVE

Derecho de familia. Derecho de daños. Falsa atribución de la paternidad. No reconocimiento de la filiación. Obstaculización de la guarda, custodia y visitas. Promesa de matrimonio. Nulidad matrimonial.

* Los apartados II y III de este estudio monográfico dedicados a la aplicación de las reglas de responsabilidad civil a las relaciones familiares han sido elaborados por Ignacio Fernández Chacón y el IV, relativo a las indemnizaciones legalmente tasadas por Camino Sanciñena Asurmendi.

Family and Tort Law

ABSTRACT

In consideration to the increasing interest that the doctrine and case law have been showing over the last few years regarding the application of the rules of tort law to family relationships, the aim of this paper is to analyze the current opinion of our Supreme Court in this matter. For this purpose, it addresses the problems raised in some of the main cases in which the possibility of obtaining compensations in the family sphere is challenged, such as cases of false attribution of paternity, obstruction of guardianship, custody and visitation regimes or lack of recognition of filiation. The analysis of this phenomenon is carried out through a critical review of the jurisprudential evolution with respect to the recognition of compensations in such cases, taking into account the solution adopted in other legal systems and the constitutional implications present in each of the cases studied. Likewise, together with such compensation cases which are not specifically addressed in our legal system, we examine whether the compensations legally envisaged in the family sphere in cases of matrimonial nullity and rupture of the promise of marriage operate as autonomous compensation cases outside the general rules of tort law or whether, on the contrary, in both cases, recourse to such general rules is necessary.

KEYWORDS

Family law. Tort law. False attribution of paternity. Non-recognition of filiation. Obstruction of guardianship, custody and visitation regimes. Promise of marriage. Matrimonial nullity.

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Progresivo reconocimiento de la aplicabilidad de las reglas de responsabilidad civil a las relaciones familiares.*—1. Las indemnizaciones derivadas de la falsa atribución de la paternidad.—2. Las indemnizaciones derivadas de la obstaculización de los regímenes de guarda, custodia y visitas de los menores.—3. Las indemnizaciones derivadas de la falta de determinación y reconocimiento de la filiación.—3.1. El resarcimiento a los hijos del daño moral por la falta de reconocimiento.—3.2. La problemática en torno al abono y reembolso de los alimentos dejados de percibir.—III. *La Sentencia plenaria del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018. ¿Un antes y un después en el estado de la cuestión?*—IV. *Indemnizaciones legalmente previstas en el ámbito de las relaciones familiares.*—1. Incumplimiento de la promesa de matrimonio.—2. La indemnización derivada de la nulidad matrimonial.—2.1. La indemnización por nulidad y su relación con la pensión compensatoria.—2.2. Los daños indemnizables y la vía para su indemnización.—2.3. La incidencia de la nulidad matrimonial en la pensión compensatoria reconocida en un procedimiento previo de separación o divorcio.—V. *Consideraciones finales. Bibliografía. Índice de sentencias y resoluciones.*

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de los últimos años, la interacción y posible aplicación de las reglas generales en materia de responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares ha venido suscitando un interés creciente tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, en buena medida por la influencia del modelo adoptado a este respecto en otros países. Así lo atestigua el elevado número de monografías, obras colectivas y artículos que se ocupan de la cuestión, tanto desde un punto de vista general como a propósito de cada una de las concretas situaciones o problemas en los que dicha interacción entre la familia y el Derechos de daños se suscita de forma más notoria en el día a día de los Tribunales¹.

El aumento de las reclamaciones de responsabilidad civil que se observa en todos los ámbitos de las relaciones humanas y sociales se extrapola igualmente a las relaciones familiares. Sin embargo, el problema de la interacción entre el Derecho de daños y el Derecho de familia viene dado porque ni las normas de Derecho de daños ni tampoco las reguladoras del Derecho de familia contemplan expresamente la posibilidad, con carácter general, de acciones de responsabilidad civil por daños causados por un familiar a otro. Silencio de nuestro Código Civil y de los derechos forales que ha propiciado una tradicional exclusión de la aplicabilidad de las reglas en materia de responsabilidad civil a las relaciones familiares².

¹ Cfr. MARTÍN CASALS y RIBOT IGUALADA lo denominan *tema de moda* (ADC, 2011, pp. 505 y 506).

Sin ánimo de exhaustividad y a propósito de la referida interacción y límites a la aplicabilidad de las reglas de Derecho de daños a las relaciones familiares en sentido amplio, pueden mencionarse los trabajos de ROCA TRÍAS, 2000, pp. 533 y ss.; RODRÍGUEZ GUTIÁN, 2009 y *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 2015; VARGAS ARAVENA, 2009; ROMERO COLOMA, 2009; FERRER RIBA, *InDret*, 2000; FAYOS GARDÓ, AC, 2011; DE VERDA y BEAMONTE (dir.), 2006 y *Familia y sucesiones: cuadernos jurídicos*, 2009, pp. 13 y ss.; COLÁS ESCANDÓN, 2011, pp. 313 y ss.; y NOVALES ALQUÉZAR, *RJN*, 2006, pp. 197 y ss.

Si además se tienen en cuenta los trabajos que analizan por separado las concretas situaciones en las que se plantea la aplicación del Derecho de daños a las relaciones familiares (por incumplimiento de los deberes conyugales, por ocultación de la paternidad al padre, por obstaculización del régimen de guarda y custodia de los hijos, etc.) sobre los que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como los tribunales de instancia, se ha pronunciado, la creciente importancia del tema resulta más que evidente.

² Por el contrario, el Código penal contempla la circunstancia mixta de parentesco en la que la relación familiar en sentido amplio, incluyendo la relación de afectividad análoga a la matrimonial, como elemento de atenuación, agravación o exclusión de la posible responsabilidad criminal, normalmente de agravación en los delitos contra las personas y de atenuación en los delitos contra el patrimonio. RODRÍGUEZ GUTIÁN analiza la relación de parentesco como circunstancia de atenuación, agravación o exclusión de la posible responsabilidad criminal en los artículos 23, 178 a 180 o 268 CP (2009, pp. 17 a 19). Véase también, entre otros, VIVAS TESÓN, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2011, p. 343.

El Código Civil recoge únicamente algunos supuestos concretos en los que se instauran mecanismos específicos tendentes a paliar los daños ocasionados en el seno familiar, bien mediante el reconocimiento de indemnizaciones propiamente dichas o bien mediante otro tipo de sanciones de naturaleza civil³. En este sentido, dentro de las medidas indemnizatorias que nuestro Código Civil prevé en el ámbito de las relaciones familiares cabe mencionar: la indemnización por incumplimiento de promesa de matrimonio del artículo 43 del Código civil; la pensión compensatoria del artículo 97 del Código civil (encaminada a paliar el desequilibrio económico originado a uno de los cónyuges por la separación o divorcio)⁴; la indemnización al cónyuge de buena fe en los supuestos de nulidad matrimonial del artículo 98 del Código civil; el reconocimiento en el artículo 168 del Código civil de la responsabilidad civil de los padres por la pérdida o deterioro, por dolo o culpa grave, de los bienes de los hijos que ellos administran⁵. Asimismo, cabe citar las reglas indemnizatorias contenidas en sede de régimen económico-matrimonial por los daños que un cónyuge causa con dolo a la sociedad de gananciales mediante actos de administración o disposición de bienes gananciales, por los beneficios exclusivos con los que se lucra en la gestión y disposición de los bienes gananciales (art. 1390 CC), supuestos en los que la sociedad de gananciales es acreedora frente al cónyuge que causa los daños. También se indemnizan los daños causados por un cónyuge al otro mediante actos realizados en fraude de sus derechos, lo que permitirá la rescisión de los actos fraudulentos en caso de que el cónyuge actuara con mala fe (art. 1391 CC), así como la posibilidad del cónyuge

³ Sistematización ésta que realiza RODRÍGUEZ GUTIÁN y que nos parece acertada, a efectos de evidenciar la posición que nuestro Código Civil parece asumir respecto a las indemnizaciones por daños en el ámbito de las relaciones familiares (2009, pp. 102 a 128).

⁴ A propósito de la naturaleza indemnizatoria (no alimenticia o de asistencia) de la pensión compensatoria del artículo 97 CC tendente a paliar el desequilibrio patrimonial padecido a causa de la separación o divorcio por uno de los cónyuges, *vid.* CAMPUZANO TOMÉ, 1989, pp. 24 a 26 (haciendo especial énfasis en la idea a este respecto adoptada en relación al *assegno per divorzio* por la doctrina y jurisprudencia italianas).

Hay que tener en cuenta, además, que el derecho catalán ha regulado una prestación compensatoria para paliar el desequilibrio económico producido en los supuestos de separación y divorcio, y que ha extendido también a la nulidad matrimonial (arts. 233.14 al 233.19 del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, por Ley 25/2010, de 29 de julio).

⁵ LLAMAS POMBO puntualiza que el artículo 168 CC constituye un supuesto de acumulación de responsabilidad contractual y extracontractual, facultándose al hijo a optar por la aplicación de unas u otras normas (2011, p. 836).

Una responsabilidad similar se recoge en el artículo 96 del Código del Derecho Foral de Aragón de 2011 (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas).

perjudicado de solicitar al juez la disolución de la sociedad de gananciales (art. 1393.2.º CC)⁶.

Por otro lado, el Código civil acoge otras medidas que no anudan una indemnización o resarcimiento económico propiamente dichos a determinadas conductas familiares, sino otro tipo de sanción. Así acontece con la privación de la patria potestad a los padres prevista en el artículo 170 del Código civil por el incumplimiento de los deberes paterno-filiales y que opera, asimismo, como causa de desheredación de los padres *ex* artículo 854.1.ª y del cónyuge *ex* artículo 855.2.ª del Código civil. Causa de desheredación que es también la única consecuencia jurídica contemplada para el incumplimiento de los deberes conyugales (art. 855.1.ª CC).

En atención a ese esquema regulatorio y al referido interés que la aplicación de las reglas generales en materia de responsabilidad civil a las relaciones familiares suscita para «remediar» determinadas conductas dañosas, cuya sanción se antoja especialmente flagrante desde un punto de vista de justicia material, el objetivo de este trabajo estriba en valorar la evolución y el estado actual en la doctrina científica y jurisprudencial acerca de la interrelación entre el Derecho de daños y el Derecho de familia, tanto respecto a las indemnizaciones legalmente previstas en el ámbito familiar como a aquéllas otras reconocidas en supuestos que carecen de regulación expresa, comenzando por estas últimas.

II. PROGRESIVO RECONOCIMIENTO DE LA APLICABILIDAD DE LAS REGLAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN LAS RELACIONES FAMILIARES

En términos generales y aunque con matices, a lo largo de los últimos años puede identificarse una cierta apertura de la doctrina y de la jurisprudencia a la posibilidad de aplicación de las reglas generales de responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares. Predisposición que también se observa, si bien con otras connotaciones, respecto a las parejas de hecho, a causa de la inexistencia de reglas específicas encaminadas a dirimir los efectos económicos ocasionados por la ruptura o fallecimiento de un miembro de la pareja, propiciando el reconocimiento de indemnizaciones en

⁶ En estos casos, el hecho de que el Código convierta a la sociedad de gananciales en acreedora impide que técnicamente se pueda incluir este supuesto entre los de responsabilidad entre cónyuges [*cf.* ROCA TRÍAS, 2000, p. 545 y RODRÍGUEZ GUTIÁN, 2009, p. 105]. *Cfr.* ATIENZA NAVARRO, 2011, pp. 1.095 a 1.097.

aplicación de reglas y principios generales tales como la prohibición de enriquecimiento sin causa⁷.

Así pues, de cara a analizar la interrelación entre las reglas de responsabilidad civil y el Derecho de familia comenzaremos por analizar diversos supuestos indemnizatorios en el ámbito familiar, todos ellos carentes de regulación específica en nuestro Código Civil, cuya procedencia ha venido reconociéndose con distinta intensidad en otros ordenamientos foráneos, como los derechos argentino o italiano, y que de alguna manera han obtenido cierto reconocimiento jurisprudencial en España, caso de las indemnizaciones por la falsa atribución de la paternidad a resultas del incumplimiento del deber conyugal de fidelidad, pero con tratamiento autónomo y separado, por la obstaculización del régimen de guarda y custodia de los hijos y, en menor medida, en caso de no reconocimiento de la paternidad.

1. LAS INDEMNIZACIONES DERIVADAS DE LA FALSA ATRIBUCIÓN DE LA PATERNIDAD

La falta de sanción en el articulado del Código Civil del incumplimiento de los deberes conyugales, más allá de operar como causa de desheredación, contribuyó en buena parte a iniciar el debate sobre la aplicación y extensión de las reglas generales de Derecho de daños a las relaciones familiares, de cara a articular tras la ruptura posibles indemnizaciones por los daños ocasionados entre los cónyuges⁸.

Debe tenerse en cuenta que el mero incumplimiento de los deberes conyugales, aun cuando genere un daño en el consorte, no puede operar como presupuesto del reconocimiento de indemniza-

⁷ Téngase en cuenta que nuestra jurisprudencia ha señalado la no equiparación de las parejas de hecho al matrimonio, y la exclusión de la aplicación analógica de las normas sucesorias o de régimen económico matrimonial previstas en el Código Civil para el matrimonio. En este sentido, véase las SSTS plenas de 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005\7148) y de 15 de enero de 2018 (RJ 2018\76), así como la STC de 23 de abril de 2013 (RTC 2013\93). Por ello, el Tribunal Supremo ha acudido al principio del enriquecimiento injusto para otorgar indemnizaciones a uno de los miembros de la pareja por el apoyo prestado sin retribución al otro conviviente en el ámbito de sus relaciones profesionales, vida doméstica, etc. [SSTS de 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992\9733, FJ 4.º), de 20 de octubre de 1994 (RJ1994\7492), plenaria de 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005\7148), de 27 de marzo de 2011 (RJ2011\4770, FJ 6.º), de 6 de mayo de 2011 (RJ 2011\3843, FJ 6.º) o de 15 de enero de 2018 (RJ 2018\76, FJ 5.º)].

Vid. a este respecto, entre otros muchos, DE VERDA Y BEAMONTE, 2006, pp. 223 y ss.; VARGAS ARAVENA, 2009, pp. 364 y ss.; GAGO SIMARRO, 2019, pp. 519 y ss.; HERRERA DE LAS HERAS, MARTÍNEZ RUANO y PAÑOS PÉREZ, *RCDI*, 2015, pp. 1.173 y ss.; y ORDÁS ALONSO, 2017.

⁸ En este sentido se manifiesta MARTÍN CASALS y RIBOT IGUALADA, *ADC*, 2011, pp. 506 y 507.

ción alguna de conformidad con las reglas generales en materia de responsabilidad civil⁹, sino que únicamente cabe tildarlo, de acuerdo con el Tribunal Supremo (Sentencia de 30 de julio de 1999), como merecedor de un *mero reproche ético-social*¹⁰. A este respecto, cabe destacar que la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, no ha supuesto diferencia respecto a la situación anterior, limitándose a eliminar las pocas consecuencias del incumplimiento de los deberes matrimoniales que quedaban, excepto su sanción como causa de desheredación (art. 855.1.ª CC).

Pese a lo anterior, cuando el incumplimiento de los deberes matrimoniales, en concreto del deber de fidelidad (art. 68 CC), tiene como consecuencia el nacimiento de un hijo extramatrimonial cuya filiación se atribuye al marido de la mujer se plantea la causación de un innegable daño al marido; no por el incumplimiento en sí, sino por la falsa atribución de la paternidad. De ahí que resulta necesario separar convenientemente la falsa atribución de la paternidad del incumplimiento de los deberes conyugales y los daños que generan una y otra conducta.

La jurisprudencia ha avivado el debate sobre posibilidad de reconducir las indemnizaciones por incumplimiento de los deberes matrimoniales y por la falsa atribución de paternidad, sin diferenciar adecuadamente ambas conductas, a las reglas generales en materia de responsabilidad civil, en particular al artículo 1902 del Código civil, pero también al artículo 1101 del Código civil¹¹. Así, se aprecia a propósito de las indemnizaciones entre cónyuges derivadas de la falsa atribución –comúnmente referida como ocultación– de la paternidad y su conexión con el incumplimiento del

⁹ El incumplimiento de los deberes conyugales podría ser la causa de transmitir al consorte algún tipo de enfermedad de transmisión sexual y, por consiguiente, tener trascendencia penal al incurrir en el delito por lesiones por contagio de enfermedad de transmisión sexual, en cuyo caso la procedencia de una indemnización de daños y perjuicios *ex arts. 109 y ss.* del Código penal no plantea ninguna duda y dentro de la cual, expresamente, se comprende la indemnización por los daños morales padecidos (art. 110.3.º CP).

Puede verse una evolución legislativa de la intervención del Derecho penal frente a la transmisión o contagio de las enfermedades infecciosas en general, y de las de transmisión sexual en particular, en la STS (Penal) de 8 de noviembre de 2011 (RJ2012\284), y una evolución jurisprudencial de la tipificación del delito por contagio de enfermedad de transmisión sexual en la STS (Penal) de 11 de marzo de 2020 (RJ 2020\900).

¹⁰ *Vid.* a este respecto, entre otros muchos, ROMERO COLOMA, *RCDI*, 2009, pp. 2.441 y ss.; DE VERDA Y BEAMONTE y CHAPARRO MATAMOROS, 2012, pp. 103 y ss.; DE VERDA Y BEAMONTE, *La Ley*, 2007, pp. 1.658 y ss.; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *Revista de Derecho Patrimonial*, 2006, pp. 145 y ss. y *Revista de Derecho de Familia*, 2010, pp. 29 y ss.; y ALGARRA PRATS, 2012, pp. 11 y ss. Para una sistematización del alcance de los deberes conyugales en Derecho comparado *vid.* NOVÁLES ALQUÉZAR, 2009.

Respecto a la evolución histórica de la responsabilidad civil entre cónyuges desde el punto de vista comparado *vid.* LÓPEZ DE LA CRUZ, *InDret*, 2010, pp. 5 a 12.

¹¹ Tal y como han señalan, entre otros, PÉREZ GALLEGU, *RDC*, 2015, p. 149; y BARCELÓ DOMÉNECH, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2016, pp. 286 y 288.

deber de fidelidad previsto en el artículo 68 del Código civil y la posición adoptada por el Tribunal Supremo a tal efecto. Problemática respecto a la cual cabe mencionar las conocidas Sentencias de 22 y 30 de julio de 1999 (RJ 1999\5721 y RJ 1999\5726) en las que, curiosamente y pese a tener el mismo ponente (el Excmo. Sr. Alfonso BARCALÁ TRILLO-FIGUEROA), se efectuaban razonamientos dispares acerca de la viabilidad de la indemnización solicitada por el marido en tales casos de falsa atribución de la paternidad.

En efecto, aun cuando en ambas sentencias se desestimó la indemnización reclamada, en la STS de 22 de julio de 1999 la imposibilidad de obtener una indemnización *ex* artículo 1902 del Código civil se hacía descansar en la inexistencia de conducta dolosa por parte de la esposa en la ocultación de la paternidad a su marido¹²; abriendo con ello la posibilidad de estimar que, en caso de haber concurrido una conducta dolosa, la indemnización hubiera resultado procedente¹³.

Sin embargo, en la Sentencia de 30 de julio de 1999, el Tribunal Supremo daba un paso más y efectuaba un amplio *excursus* acerca de la sustracción del incumplimiento de los deberes matrimoniales del ámbito aplicativo de las reglas generales en materia de responsabilidad contractual *ex* artículo 1101 del Código civil, invocado en el caso de autos. En este sentido, la falsa atribución de la paternidad matrimonial parece subsumirse en el incumplimiento del deber de fidelidad, que no merece mayor sanción que el mero reproche ético-social y cuyos daños asociados no resultan indemnizables.

«Indudablemente, el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código civil, son merecedores de un innegable reproche ético-social, reproche que, tal vez, se acentúe más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación sustantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su artículo 82 pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos, los que, de ningún modo es posible comprenderlos dentro del caso de pensión compensatoria que se

¹² La inexistencia de dolo en la esposa so pretexto de la cual el Tribunal Supremo desestimó la pretensión indemnizatoria del marido (basada en la devolución de los importes abonados en concepto de alimentos más otra partida en concepto de daños morales) radicaba en su desconocimiento de la falsedad de la paternidad del actor, motivo por el cual el Tribunal Supremo concluía que «los supuestos que comportan la aplicación del artículo 1902 del Texto Legal sustantivo, vienen a originar, como consecuencia de esa aplicación, una reparación por el daño causado, que puede hacerse extensiva al doble ámbito patrimonial y moral, pero ello no resulta aplicable al caso de autos, en el que, como ha quedado razonado, no era posible hacer aplicación del meritado precepto, debido a no haberse apreciado una conducta dolosa en el comportamiento atribuido a la señora C.» (FJ 6.º).

¹³ Así lo consideran, entre otros, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, 2006, p. 175; BARCELÓ DOMÉNECH, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2016, p. 289.

regula en el artículo 97 e), igualmente, no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar. Las precedentes consideraciones (...) son suficientes de por sí en orden a concluir que el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro, no es susceptible de reparación económica alguna, lo cual, origina la imposibilidad de atribuir al Tribunal *a quo* haber infringido, en el aspecto estudiado, los artículos 67 y 68 del Código civil, en relación con el 1101» (FFJJ 3.º y 4.º).

En suma, ambas sentencias descartaban tanto la posibilidad de conseguir una indemnización por los daños morales derivados del incumplimiento de los deberes conyugales, como por los daños materiales y morales asociados a la falsa atribución de la paternidad en aplicación de las reglas generales en materia de responsabilidad civil (contractual o extracontractual). Asimismo, en ambas se rechazaba la devolución, por la vía del enriquecimiento injusto *ex* artículo 1895 del Código civil, de los alimentos abonados por el que creía ser padre sin serlo debido a la falsa atribución de la paternidad.

La no devolución de tales gastos alimenticios soportados por quien después ve impugnada su paternidad —«falso progenitor»— ha sido corroborada en la Sentencia Plenaria del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2015 (RJ 2015\1915), a propósito de un caso en el que el marido había solicitado *ex* artículo 1895 del Código civil, y no por la vía del artículo 1902 del Código civil, la devolución de las cantidades abonadas en concepto de alimentos a la hija, cuya filiación se desveló falsa, aun cuando quedaba acreditado en autos el comportamiento doloso de la esposa y madre¹⁴.

¹⁴ En el caso enjuiciado en la STS Plenaria de 24 de abril de 2015 (RJ 2015\1915) había quedado probado que la mujer había convencido a su marido para que se sometiese a un costoso tratamiento de fertilidad, pese a lo cual mantuvo relaciones extramatrimoniales con un tercero que dieron lugar al nacimiento de la hija. Este comportamiento doloso de la esposa fue la causa del voto particular formulado por los Magistrados SALAS CARCELLER y ORDUÑA MORENO, a favor de la devolución de alimentos *ex* artículo 1895 CC, por entender correctamente la concurrencia de sus presupuestos en el caso enjuiciado.

La imposibilidad de devolución de los alimentos ya prestados ha sido, asimismo, destacada también por la jurisprudencia menor, caso, por ejemplo, de la SAP de Cádiz (Sección 8.ª) de 16 de mayo de 2014 (JUR 2014\203955). No obstante, otras sentencias de audiencias han abierto un resquicio a la posibilidad de indemnizar el daño patrimonial derivado del abono de una pensión alimenticia al hijo/a cuya verdadera paternidad se ha ocultado, invocando la figura del cobro de lo indebido. Cabe citar a tal efecto, entre otras, las SSAP de Cádiz (Sección 2.ª) de 3 de abril de 2008 (JUR 2008, 234675) y (Sección 8.ª) de 16 de mayo de 2014 (JUR 2014\203955) en las que, si bien se destacaba la imposibilidad de aplicar dicha figura para la restitución de los alimentos abonados a causa de la existencia de una sentencia judicial firme que los había ordenado, se reconocía la posibilidad de instar a través del correspondiente procedimiento la nulidad de dicha sentencia o su

La posibilidad de obtener una indemnización por la falsa atribución de la paternidad fue abordada de nuevo por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 14 de julio de 2010 (RJ 2010\5152), si bien en el caso enjuiciado no se entró a valorar la pretensión indemnizatoria del marido por la ocultación de la paternidad *ex artículo* 1902 del Código civil, al considerar prescrita la acción de acuerdo con el artículo 1968.2 del Código civil. En efecto, la demanda se había interpuesto más de un año después del día en que se había notificado al marido la sentencia estimatoria de la impugnación de la paternidad matrimonial. La sentencia tampoco apreció la solicitud, que hubiera evitado la prescripción, de considerar como daño continuado el padecimiento sufrido por el actor y la incidencia en su estado de salud¹⁵. La prescripción por el transcurso del plazo anual de la acción de responsabilidad por daños ejercitada por el marido fue igualmente apreciada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012 (RJ 2012\6849)¹⁶.

Ahora bien, en el ámbito de la denominada jurisprudencia menor, las Audiencias Provinciales sí que han admitido la posibilidad de obtener una indemnización por los daños morales derivados de la falsa atribución u ocultación de la paternidad en aplicación de las reglas generales en materia de responsabilidad civil¹⁷, haciendo

revisión. Véase también la SAP de Murcia (Sección 5.ª) de 18 de noviembre de 2009 (AC 2010\60).

Defienden la posibilidad de reintegro de los alimentos «indebidamente» abonados, pese a reconocer la dificultad de la materia, ÁLVAREZ OLALLA, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2011, p. 6 (BIB 2010\2878); FARNÓS AMORÓS, *DPC*, 2011, pp. 48 a 51.

¹⁵ Véase la explicación en este sentido de VIVAS TESÓN, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2011, pp. 346 y 347. Para otro comentario y resumen de esta sentencia, *vid.* PANIZA FULLANA, *Aranzadi Civil-Mercantil*, 2011, pp. 85 y ss.

¹⁶ No obstante, tal y como apunta ÁLVAREZ OLALLA, si en tales casos la acción de reclamación de daños y perjuicios se hubiese encaminado a la devolución de los alimentos abonados en aplicación de las figuras del cobro de lo indebido o enriquecimiento injusto, posiblemente la acción no se habría considerado prescrita *ex artículo* 1964 CC (*cf.* *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2011, pp. 7 y 8).

¹⁷ Cabe mencionar en este sentido, entre otras, la SAP de Ciudad Real (Sección 2.ª) de 23 de abril de 2018 (AC 2018\1384), la SAP de Cádiz (Sección 5.ª) de 13 de junio de 2017 (AC 2017\1113), la SSAP de Valencia de 5 de septiembre de 2007 (Sección 7.ª, JUR 2007\340366) y de 2 de noviembre de 2004 (Sección 7.ª, AC 2004\1994) confirmada esta última por el ATS de 10 de junio de 2008 (JUR 2008\222445), la SAP de Murcia (Sección 5.ª) de 18 de noviembre de 2009 (AC 2010\60), la SAP de León (Sección 1.ª) de 30 de enero de 2009 (JUR 2009\192431), la SAP de Jaén (Sección 1.ª) de 9 de marzo de 2015 (JUR 2015\129380), la SAP de Madrid (Sección 8.ª) de 24 de mayo de 2019 (JUR 2019\214532), la SSAP de Barcelona (Sección 18.ª) de 16 de enero de 2007 (JUR 2007\291114) y de 25 de julio de 2018 (Sección 13.ª, JUR 2018\218657), la SAP de Cádiz (Sección 8.ª) de 16 de mayo de 2014 (JUR 2014\203955), las SSAP de Alicante (Sección 6.ª) de 16 de enero de 2013 (JUR 2013\150976) y de 4 de octubre de 2010 (Sección 9.ª, JUR 2011\24159); o la SAP de Cantabria (Sección 2.ª) de 3 de marzo de 2016 (AC 2016\799). La SAP de Valencia (Sección 6.ª) de 16 de octubre de 2017 (AC 2018\1076), si bien reconocía –con un profuso análisis jurisprudencial al respecto– la viabilidad de la indemnización solicitada, el fallo la denegó por no haber acreditado el marido los daños morales reclamados.

una interpretación *a contrario sensu* de la referida STS de 22 de julio de 1999 (según la cual cabría indemnización en tales casos únicamente cuando medie una conducta dolosa de la esposa¹⁸) y excluyendo, de acuerdo con la STS de 30 de julio de 1999, como fundamento de la indemnización el incumplimiento del deber de fidelidad del artículo 68 del Código civil.

En este sentido, dejando al margen por el momento la Sentencia Plenaria del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018\5158) merecedora de un análisis por separado, son varias las sentencias de las Audiencias Provinciales que con base en la conducta dolosa de madre en la falsa atribución de la paternidad conceden una indemnización por los daños causados. Así, la SAP de Valencia (Sección 7.ª) de 2 de noviembre de 2004 (AC 2004\1994) ratificó la condena a la esposa y al verdadero padre no matrimonial por los daños morales y patrimoniales ocasionados al marido a resultas de la ocultación de la paternidad de *tres* menores, con base en el argumento determinante de que la conducta de los demandados había sido claramente dolosa¹⁹.

Esta sentencia fue pionera por varios motivos. Por una parte, introdujo en España la construcción alemana (elaborada por el Tribunal Federal Alemán, en particular por la sentencia de 19 de diciembre de 1989) que requiere la existencia de una conducta dolosa, para que el daño originado en el ámbito de las relaciones familiares (y en particular en las relaciones conyugales) resulte indemnizable²⁰ Construcción de la que, a su vez, se ha hecho eco la

¹⁸ La exigencia de una conducta dolosa en la esposa para que la indemnización derivada de la falsa atribución de la paternidad resulte viable, en los términos razonados en la STS de 22 de julio de 1999, sin conferir relevancia suficiente a la mera duda en la mujer derivada *plurium concubentium*, se requiere también, en la SAP de Sevilla (Sección 6.ª) de 9 de julio de 2015 (JUR 2015\235882), las SSAP de Barcelona (Sección 14.ª) de 31 de octubre de 2008 (AC 2009\93) y (Sección 18.ª) de 23 de julio de 2009, (JUR 2009\464365), la SAP Valencia (Sección 7.ª) de 2 de noviembre de 2004 (AC 2004\1994) y (Sección 7.ª) de 5 de septiembre de 2007 (JUR 2007\340366), la SAP de A Coruña (Sección 3.ª) de 8 de noviembre de 2010 (AC 2010\2303), la SAP de León (Sección 2.ª) de 2 de enero de 2007 (JUR 2007\59972) y (Sección 1.ª) de 30 de enero de 2009 (JUR 2009\192431), la SAP de Pontevedra (Sección 3.ª) de 13 de diciembre de 2006 (JUR 2007\38139) o la SAP de Granada (Sección 5.ª) de 13 de junio de 2014 (AC 2014\1628), entre otras muchas.

¹⁹ Esta sentencia ha sido identificada por la doctrina como el punto de inicio en nuestro país de la apertura de las relaciones familiares a la aplicabilidad del Derecho de daños (cfr. LLAMAS POMBO, *Revista Práctica de Responsabilidad Civil y Seguros*, 2005, pp. 3 y 4, y BARCELÓ DOMÉNECH, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2016, p. 289). Véase un comentario en FARNÓS AMORÓS, *Indret*, 2005, p. 8.

²⁰ Ha de tenerse en cuenta, como destacaba la propia Audiencia Provincial de Valencia en las SSAP de Valencia (Sección 7.ª) de 2 de noviembre de 2004 (AC 2004\1994) y (Sección 7.ª) de 5 de septiembre de 2007 (JUR 2007\340366), que la exigencia de que medie una conducta dolosa, para la indemnización del daño originado en el ámbito de las relaciones familiares y, en concreto, en las relaciones matrimoniales, es una construcción que tiene su origen en el planteamiento adoptado en este ámbito por el Tribunal Federal alemán (como se aprecia en la sentencia del *Bundesgerichtshof* de 19 de diciembre de 1989 (NJW 1990: 706), que reiteraba el criterio adoptado anteriormente de desestimar las

doctrina de nuestro país²¹. Por otro, esta sentencia de Valencia admitió la posibilidad de dirigir la pretensión indemnizatoria no solo frente a la esposa sino también frente al tercero que se sabe el verdadero padre de los menores²², planteamiento posteriormente confirmado por el Auto del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2008 (JUR 2008\222445) que inadmitió el recurso de casación y ratificó el razonamiento adoptado por la Audiencia Provincial.

No obstante, son también numerosos los pronunciamientos de las Audiencias Provinciales que prescinden de la restrictiva exigencia de una conducta dolosa por parte de la esposa en estos casos de falsa atribución de la paternidad, pues según el artículo 1902 del Código civil son indemnizables también los daños ocasionados derivados de comportamientos meramente culpables o negligentes, siguiendo la línea apuntada por los autores que admiten la inclusión a efectos indemnizatorios de las conductas gravemente negligentes de la mujer que conducen a que ésta haya permitido el juego

indemnizaciones de daños y perjuicios en el ámbito de las relaciones conyugales (sentencias de 31 de marzo de 1956, 6 de febrero de 1957 o 22 de febrero de 1973).

²¹ En el mismo sentido de fijar el origen del requerimiento de dolo en el ordenamiento alemán, *vid.* FERRER RIBA, 2003, pp. 1.858 y 1.859, o ALGARRA PRATS, 2012, pp. 19 a 21.

A propósito de dicha construcción alemana, CARRASCO PERERA critica el razonamiento adoptado por la Audiencia Provincial de Valencia en dicha Sentencia apuntando la necesidad de distinguir entre «dolo perverso» (ser adúltero para causar daño al otro cónyuge) y «dolo más compasivo» (ser simplemente adúltero), en consonancia con la distinción sobre el dolo trazada por el Tribunal Federal alemán para reputar viable la indemnización del padre en estos casos de falsa atribución de la paternidad (2006, pp. 526 y 527).

También de forma crítica, aun cuando se muestran partidarios del reconocimiento de indemnizaciones por la ocultación de la paternidad, aunque no haya dolo, MARTÍN CASALS y RIBOT IGUALADA explican cómo a su modo de ver, la aplicación de los criterios seguidos por el Tribunal Federal alemán en aplicación de dicho § 826 BGB (según el cual quien de una forma que contraviene las buenas costumbres causa dolosamente un daño a otro está obligado a repararle el daño causado) no han sido bien entendidos en nuestro país, citando como caso extremo en el que podría haber tenido encaje dicha construcción alemana el caso enjuiciado por la SAP de Valencia (Sección 7.^a) de 9 de marzo de 2018 (JUR 2018\112998), en el que la madre, a sabiendas de que su marido no era el padre biológico de su hija y de que carecía de medios para pagar la pensión de la hija, presentó una denuncia que provocó que fuese condenado a seis meses de multa como autor de un delito de abandono de familia, y que ingresase en prisión al no poder pagarla (CCJC, 2019, p. 29 en la versión electrónica).

²² La condena solidaria a la madre y al verdadero padre que actuaron dolosamente en la ocultación de la paternidad se estimó asimismo en la SAP de León (Sección 2.^a) de 2 de enero de 2007 (JUR 2007\59972), en la que no solo se reconoció una indemnización por daños morales al actor, sino también el reembolso *ex* artículo 1895 CC de los alimentos abonados. Por su parte, en la SAP de Alicante (Sección 9.^a) de 6 de noviembre de 2017 (JUR 2018\111191) no se excluía expresamente la posibilidad de obtención de una indemnización en tal caso, siempre y cuando se hubiera acreditado la conducta dolosa por parte del padre demandado, cosa que en el caso enjuiciado no se estimó probado, conectando además el conocimiento a ciencia cierta de su paternidad con la necesidad de interposición de la correspondiente acción de impugnación de la filiación (algo que no aconteció en el caso enjuiciado, pues fue el marido demandante el que ejerció dicha acción de impugnación, tras lo cual el demandado procedió a inscribir su paternidad en el Registro Civil por reconocimiento con el visto bueno de la madre).

de la presunción de paternidad sin informar al marido de las dudas sobre la filiación del menor²³. Admisión de la virtualidad indemnizatoria de las conductas negligentes y no únicamente dolosas de la mujer que se vincula con la aplicabilidad de las reglas generales en materia de responsabilidad civil *ex art* 1902 del Código civil a las relaciones familiares²⁴.

Cabe destacar en este sentido la SAP de Ciudad Real (Sección 2.ª) de 23 de abril de 2018 (AC 2018\1384), que no califica la conducta de la mujer de dolosa, sino que la reputa «gravemente negligente». La Audiencia elude la exigencia de una «conducta dolosa», dada la dificultad probatoria que ello entraña, y declara

²³ *Cfr.* FARNÓS AMORÓS, *DPC*, 2011, pp. 20 a 28. GARCÍA AMADO (2017, pp. 106 y ss.), NEVADO CATALÁN (*InDret*, 2018, pp. 12-13) y ALGARRA PRATS (2012, pp. 53-55) fundamentan la indemnización de daños y perjuicios en estos casos de falsa atribución u ocultación de la paternidad, en el interés del marido o pareja en conocer la filiación de sus supuestos hijos, y en la correlativa información por parte de la mujer sobre el carácter de la paternidad o por lo menos sobre sus dudas.

Por el contrario, MARTÍN CASALS y RIBOT IGUALADA, so pretexto de la necesidad de acudir a la función de demarcación e intereses protegidos en el ámbito de la responsabilidad civil, consideran necesario en estos casos de falsa atribución u ocultación de la paternidad contraponer a los intereses del marido los de la esposa. En particular, en la protección de su esfera íntima y privada a resultas de la cual no le resultaría exigible desvelar los detalles de su vida sexual en el momento de la procreación, haciéndose eco, a tal efecto, de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 24 de febrero de 2015 que había considerado inconstitucional la jurisprudencia del Tribunal Federal que imponía a la madre un deber de información sobre la paternidad. Según estos autores la solución es distinta en los casos en los que la información acerca de la vida íntima de la pareja tiene repercusiones en la salud del otro, caso, por ejemplo, del contagio de enfermedades de transmisión sexual como el VIH, en los que la ponderación se da entre la intimidad y la salud o incluso la vida de la otra parte, citando a tal efecto la STS (Sala 2.ª) de 8 de noviembre de 2011 (RJ 2012\284), en la que la transmisión del VIH se consideró como un delito de lesiones por imprudencia agravada a efectos del artículo 149 CP, reconociéndole a su novia una indemnización por los daños corporales y morales padecidos cifrada en 90.000 € (*CCJC*, 2019 pp. 14 y 15).

²⁴ ASÍ, DE VERDA Y BEAMONTE considera inapropiado extrapolar el planteamiento del Tribunal Federal alemán, a la vista de las diferencias existentes entre el modelo de responsabilidad civil imperante en el ordenamiento alemán (basado en la tipicidad de los ilícitos civiles, en particular por lo que respecta al tema objeto de análisis a tenor del § 826 BGB) frente a la cláusula general del artículo 1902 CC que acoge nuestro ordenamiento (*La Ley*, 2007, p. 1.662). Para una crítica detallada a la exigencia de dolo para que la indemnización de daños y perjuicios *ex artículo* 1902 CC resulte procedente en estos casos de daños en las relaciones familiares, *vid.* BARCELÓ DOMÉNECH, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2016, pp. 294-303 y 2012, pp. 80 y ss.

No obstante, en algunos casos concretos, el Derecho español supedita a la conducta dolosa o gravemente negligente el reconocimiento de indemnizaciones en el ámbito de las relaciones familiares, como el artículo 168, que limita a supuestos de dolo o culpa grave la responsabilidad de los progenitores por la pérdida o deterioro de los bienes de sus hijos durante la patria potestad, y el artículo 1390 CC que exige una conducta dolosa a la hora de resarcir los daños ocasionados mediante actos de administración o de disposición llevados a cabo por uno sólo de los cónyuges, en su beneficio propio o en fraude del consorte. *Cfr.*, entre otros, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, 2006, p. 160; y BOSQUES HERNÁNDEZ, *CCJC*, 2010, pp. 885 y ss. Por su parte RODRÍGUEZ GUITIÁN considera que debe considerarse necesario que medie una conducta dolosa al menos gravemente culposa, en atención a la preservación de la paz familiar, citando a tal efecto el planteamiento seguido en su momento en el Proyecto de Reforma del Código Civil argentino de 1998 (que no ha sido finalmente acogido) (2009, pp. 132 y 133).

suficiente la actitud gravemente negligente de la esposa que *plurimum concubentium* queda embarazada y no despliega la razonable y necesaria actitud para determinar la paternidad biológica y evitar el juego de la presunción legal de paternidad matrimonial. Sin embargo, en vez de centrarse únicamente en la falsa atribución de la paternidad, la sentencia precisa cómo el fundamento de la indemnización en los casos de ocultación de la paternidad se basa, no solo en el incumplimiento del deber matrimonial de fidelidad por parte de la esposa (enfazando la dimensión constitucional de los deberes matrimoniales), sino también, y en particular, en el deber de información entre cónyuges (FJ 13.º).

Innecesariedad de dolo por parte de la esposa para estimar viable la indemnización por la ocultación o falsa atribución de la paternidad por la que se decantaban, asimismo, las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Barcelona (Sección 18.ª) de 16 de enero de 2007 (JUR 2007\291114), de Cádiz de 3 de abril de 2008 (JUR 2008\234675) y de 16 de mayo de 2014 (JUR 2014\203955) y de Jaén (Sección 1.ª) de 9 de marzo de 2015 (JUR 2015\129380).

Nótese además que el artículo 44 de la Ley de Registro civil (2011), en vigor desde el 15 de octubre de 2015, concede a la madre la posibilidad de destruir la presunción de paternidad del marido mediante expediente registral de determinación de la filiación paterna. Lo que simplifica que la mujer casada pueda evitar la atribución de paternidad a su marido mediante la presunción de paternidad.

2. LAS INDEMNIZACIONES DERIVADAS DE LA OBSTACULIZACIÓN DE LOS RÉGIMENES DE GUARDA, CUSTODIA Y VISITAS DE LOS MENORES

La negativa por parte de uno de los progenitores al establecimiento y mantenimiento de la relación paterno filial de los hijos comunes con el otro progenitor mediante la obstaculización del régimen de visitas o, en su caso, del régimen de guarda y custodia, causa un daño al progenitor desplazado susceptible de indemnización de conformidad con el artículo 1902 del Código civil; tal y como el Tribunal Supremo ha reconocido en su Sentencia de 30 de junio de 2009 (RJ 2009\5490) y en la que se decanta por la aplicabilidad del artículo 1902 del Código civil en el ámbito de las relaciones familiares²⁵.

²⁵ Sentencia que DE VERDA Y BEAMONTE, considera como *una resolución puntera en el campo de la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares* que «... constituye un importante avance en orden a romper el «prejuicio» (...) consistente en

El caso enjuiciado tiene un largo recorrido procesal. El actor se vio privado de todo tipo de relación con su hijo de siete años en agosto de 1991, cuando la madre, perteneciente a la denominada Iglesia de la Cienciología, se trasladó a Estados Unidos, reteniendo al niño allí con ella. En ese momento el actor entabló un primer procedimiento civil en el transcurso del cual las sentencias del Juzgado de Primera Instancia de 28 de junio de 1993 (que confirmó el Auto de 13 de octubre de 1992 de medidas cautelares) y de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de enero de 1995 le atribuyeron la guarda y custodia del menor «por existir sospechas de que la convivencia con la madre podía afectar la personalidad del menor».

Tras intentar fallidamente ejecutar en Estados Unidos la sentencia que le atribuía la guarda y custodia, en octubre de 1998, el padre inició un segundo procedimiento civil de reclamación de indemnización de daños y perjuicios *ex* artículo 1902 del Código civil. Demandó a la madre y a la Asociación Civil Dianética (nombre con el que Iglesia de la Cienciología figura inscrita en el Registro de Asociaciones del Ministerio del Interior de España), solicitando se les condenase solidariamente al abono de una indemnización de 35 millones de pesetas, en concepto de daños morales ocasionados por la privación de relación con su hijo, fruto de la captación por la madre por dicha confesión religiosa.

El Juzgado de 1.^a Instancia N.º 12 de Madrid de 2 de abril de 2003 y la SAP de Madrid (Sección 18.^a) de 27 de octubre de 2004 (JUR 2004/297841) desestimaron la demanda y el recurso de apelación respectivamente. Consideraron prescrita la acción de responsabilidad civil extracontractual por el transcurso del plazo anual, tomando como *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción el momento en el que la madre se trasladó a Estados Unidos llevándose consigo al menor en agosto de 1991 o, en su defecto, aquél en el que se archivaron las diligencias penales incoadas por la desaparición del hijo (3 de octubre de 1991)²⁶.

considerar que las normas de Derecho de Familia constituyen un sistema cerrado, que no permite la aplicación de normas o principios generales tendentes al resarcimiento, «prejuicio» éste que carece de fundamento legal y que aparece contradicho en esta resolución judicial» (*Responsabilidad civil y seguro: cuaderno jurídico*, 2010, pp. 18 y 19). En la misma línea, MARÍN GARCÍA y LÓPEZ RODRÍGUEZ también señalan cómo «... el Tribunal Supremo abre con este pronunciamiento una nueva línea jurisprudencial que reconoce el daño moral en aquellos casos en que uno de los padres impide que el otro progenitor se relacione con su hijo menor. (...) Esta postura puede conllevar el incremento de las reclamaciones entre progenitores, motivadas por una probabilidad de éxito mucho mayor y porque la extensión del régimen general de la responsabilidad civil al ámbito familiar aumenta el número potencial de demandantes» (*Indret* 2010, p. 20).

²⁶ Ha de tenerse en cuenta que la conducta de la madre en el caso enjuiciado resultaba susceptible de ser tipificada como un delito de sustracción internacional de menores a tenor del artículo 225 *bis* CP, según el cual: «1. El progenitor que sin causa justificada para

Interpuesto el correspondiente recurso de casación, el Tribunal Supremo estimó la alegación del actor acerca del carácter continuado de los daños morales sufridos tras la sustracción del menor, considerando la mayoría de edad del hijo, el 23 de agosto de 2002, como *dies a quo* para el inicio del cómputo del plazo de prescripción, entendiendo interpuesta en plazo la demanda de daños y perjuicios por su parte²⁷. Apreciación tras la cual analizaba la concurrencia en el caso enjuiciado de los presupuestos de aplicación del artículo 1902 CC: acción u omisión culpable o negligente, causación de un daño y relación de causalidad entre ambos.

En primer lugar, y respecto a la madre, la sentencia calificaba su conducta de contraria al derecho de los menores a relacionarse con sus progenitores del artículo 160 del Código civil, es decir, un comportamiento culpable a efectos del artículo 1902 del Código civil²⁸. Comportamiento culpable que, sin embargo, no apreciaba

ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años. 2. A los efectos de este artículo, se considera sustracción: 1.º El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviere confiada su guarda o custodia. 2.º La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa». Trascendencia penal del caso enjuiciado que llevaría aparejada, caso de recaer condena penal firme, la correspondiente responsabilidad civil por los daños ocasionados *ex* artículos 109 y ss. CP, dentro de la cual expresamente se comprende la indemnización por los daños morales padecidos (art. 110.3.º CP).

²⁷ A propósito de la apreciación por el Tribunal Supremo de la naturaleza continuada de los daños ocasionados al actor a efectos de la posible prescripción de la acción de responsabilidad civil, *vid.* BOSQUES HERNÁNDEZ, *CCJC*, 2010, pp. 885 y ss., que incluye interesantes reflexiones acerca de la posibilidad de introducir matices al régimen de prescripción de las acciones entre familiares, en particular en materia de responsabilidad civil, a la vista del reconocimiento de suspensión del plazo de prescripción por motivos familiares expresamente previsto en otros ordenamientos (caso de Francia, Alemania, Italia, Portugal, Quebec, Holanda o incluso el Código Civil catalán en su artículo 121-16 respecto al matrimonio y las parejas de hecho).

²⁸ A este respecto interesa el razonamiento efectuado por BOSQUES HERNÁNDEZ, cuando precisa cómo según la Sentencia comentada «el acto antijurídico es la infracción del artículo 160 CC y no el artículo 154 CC que establece el contenido de la patria potestad. No se debe confundir el derecho a relacionarse, aunque no se ostente la patria potestad, con las facultades-deberes de «tenerlo en su compañía», que forman parte del engranaje de la relación derivada de la patria potestad. Este matiz puede justificarse por doble vía. En primer lugar, es de todos conocido que la finalidad esencial de la patria potestad es el cuidado, educación y formación integral de los hijos. Es en este entorno que la patria potestad recoge algunos de los deberes y facultades de los progenitores, siempre presididos por el beneficio del hijo. La doctrina mayoritaria configura los deberes y facultades de la patria potestad como una función por la cual se les atribuye a los progenitores ciertos derechos, que a su vez constituyen un deber para con el hijo. Acorde con esta premisa, es el hijo quien ostenta legitimación para reivindicar la vulneración del artículo 154 CC, dentro de lo que denominamos la relación vertical. Por supuesto, que los progenitores que ostenten la patria potestad, conforme al artículo 162 CC serán los representantes legales de sus hijos. En cambio, en el artículo 160 CC, si bien es cierto que reconoce el derecho que tiene el menor a relacionarse con sus progenitores, el texto normativo se enfoca desde la perspectiva del derecho de los progenitores a relacionarse con sus hijos. La intención legislativa de la Ley 21/1987, de 11 noviembre, al añadir el derecho a relacionarse con el menor, es que este derecho no esté necesariamente atado a la patria potestad. Por lo tanto, conforme al

el Tribunal Supremo concurrese en la Iglesia de la Cienciología, al no ser factible atribuirle «ninguna acción u omisión dirigida a impedir las relaciones entre padre e hijo, básicamente, porque no concurre en ella la necesaria imputación objetiva» (FJ 4.º). En segundo lugar, respecto al daño causado al padre, el Tribunal Supremo lo cifraba en un daño moral «ocasionado por quien impide el ejercicio de la guarda y custodia atribuida al otro en una decisión judicial e impide las relaciones con el otro progenitor» (FJ 5.º). En tercer lugar, respecto a la relación de causalidad entre el daño moral padecido por el padre y la conducta de la madre, el Tribunal puntualizaba la inexistencia de duda alguna al respecto, pues era precisamente la madre «... la persona que tenía la obligación legal de colaborar para que las facultades del padre como titular de la potestad y guarda y custodia del menor, pudieran ser ejercidas por éste de forma efectiva y al impedirlo, deviene responsable por el daño moral causado al padre» (FJ 6.º). A la vista de todo ello, el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por el padre, concediéndole una indemnización a cargo de la madre de 60.000 €, en concepto de daños morales.

Para llegar a la conclusión de la existencia de un daño indemnizable y de la concurrencia de los presupuestos de aplicación del artículo 1902 del Código civil, el Tribunal Supremo utiliza diversos argumentos. En particular, la sentencia hacía expresa referencia a tal efecto a la Sentencia italiana del Tribunal de Roma de 13 de junio de 2000 que, en un supuesto similar, había condenado a la madre a indemnizar al padre por el incumplimiento reiterado de su derecho de visitas que aquélla motivó con su proceder, considerando que el derecho de visita del padre no guardador constituye un

principio reconocido en el artículo 39.2 CE, el derecho de los progenitores a relacionarse con sus hijos puede tener lugar aún en supuestos de privación de patria potestad. (SSTS 28 de junio de 2004 [RJ 2004\1130]; de 30 de abril de 1991 [RJ 1991\3108]; de 19 de octubre de 1992 [RJ 1992\8083]). En segundo lugar, la consecuencia tradicionalmente aceptada por la vulneración de los deberes que emanan de la patria potestad nos viene dada por el artículo 170 CC. El incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad es el fundamento para la privación total o parcial de la misma. Por supuesto, que este incumplimiento puede ser constitutivo del delito de abandono familiar y, en consecuencia, constituir a su vez causa de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos derivados de la patria potestad por la vía penal, como pena complementaria, conforme al artículo 192.2 CP (STS de 1 de abril de 1997 [RJ 1997\2922]). En cambio, el propio artículo 160 CC, en su tercer párrafo, se limita a indicar, sin más, que en caso de oposición el Juez resolverá atendidas las circunstancias. Por lo que la consecuencia del incumplimiento de los deberes de la patria potestad, como relación vertical, se limita a los previstos en el Derecho de familia. En cambio, la vulneración del derecho a relacionarse, al no tener consecuencia prevista en el ordenamiento de familia, ni depender de si se ostenta la patria potestad o no, tiene la puerta abierta para recurrir a la responsabilidad aquiliana. Este argumento se fundamenta en la tesis de la autonomía del Derecho de Familia, donde se presta particular atención al principio de especialidad del Derecho de Familia y señala que sólo han de aplicarse los remedios específicos previstos en esta rama del ordenamiento» (CCJC, 2010, pp. 885 y ss.).

verdadero deber hacia el hijo, por lo que es un derecho del hijo, además del derecho del padre a conocer, frecuentar y educar al hijo²⁹. De hecho, el ordenamiento italiano prevé expresamente en el artículo 709-ter del *Codice di procedura civile*³⁰, entre otras medidas, la posibilidad de obtener una indemnización por los daños ocasionados a un progenitor por la obstaculización del régimen de guarda y custodia o de visitas de los menores causada por el otro progenitor³¹.

Por otro lado, el Tribunal Supremo fundamenta su parecer sobre los efectos asociados a la obstaculización de la relación de los padres con sus hijos, en una exhaustiva referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (FJ 5.º) sobre la violación del derecho a la vida familiar, reconocido en el artículo 8 del CEDH, estimando precedentes en tales casos el reconocimiento de indemnizaciones económicas al progenitor que se ve privado o al que se le obstaculiza el ejercicio de su derecho a estar en compañía de sus hijos³².

En este sentido, el Tribunal Supremo hacía referencia a las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos³³, recaídas en

²⁹ A propósito de esta sentencia y del régimen aplicable al resarcimiento de daños por incumplimiento del régimen de visitas de los menores, *vid.* MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, 2006, pp. 186 a 190.

³⁰ El artículo 709-ter, introducido en 2006 establece textualmente: «In caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento, può modificare i provvedimenti in vigore e può, anche congiuntamente: 1) ammonire il genitore inadempiente; 2) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore; 3) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti dell'altro; 4) condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 75 euro a un massimo di 5.000 euro a favore della Cassa delle ammende. I provvedimenti assunti dal giudice del procedimento sono impugnabili nei modi ordinari».

³¹ El expreso reconocimiento de indemnizaciones como consecuencia de la interferencia en las relaciones paterno-filiales, y en particular en el régimen de guarda y custodia se da, asimismo, en varios Estados norteamericanos en aplicación del *Restatement (Second) of Torts* (§ 700) de 1977, tal y como destaca BOSQUES HERNÁNDEZ (CCJC, 2010, pp. 885 y ss.).

³² A este respecto, algunos autores consideran, caso de MARÍN GARCÍA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, que con esta de forma de proceder, el Tribunal Supremo excede el imperativo constitucional de interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con los acuerdos internacionales ratificados por España *ex* artículo 10.2 CE. Proceder del Alto Tribunal que califican de atípico, alegando que la incorporación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos le compete al Tribunal Constitucional, sin que dicha incorporación se produzca de forma automática y aislada, sino conectando el derecho definido por el Tribunal de Estrasburgo con el correspondiente derecho reconocido en nuestra Constitución (*Indret* 2010, p. 14).

³³ No obstante, y como es sabido, las sentencias del Tribunal de Estrasburgo condenan a los Estados por el incorrecto proceder de los Tribunales y administraciones públicas involucrados en los correspondientes procedimientos de adopción o seguimiento del régimen de visitas instaurado de los padres con sus hijos. Así, lo había hecho en nuestro país la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) de 9 de julio de 2009 (JUR 2019\234779), que concedió a unos abuelos una indemnización de 50.000 € por los daños morales causados por el mal funcionamiento de la Administración de Justicia, como consecuencia de indebida dilación en la adopción de las medidas tendentes a acabar con la

los asuntos *Keegan v. Irlanda*³⁴, *Elholz v Alemania*³⁵, *Johansen v. Noruega*³⁶, *Bronda v. Italia*³⁷ y *Ciliz v. Países Bajos*³⁸, junto a las que cabe mencionar, asimismo, los Casos *Sahin v. Alemania* y *Venema v. Países Bajos*³⁹.

obstaculización por parte de la madre del ejercicio del derecho de visitas a favor de los abuelos paternos.

En este sentido, cabe también citar a este respecto el AAP de Sevilla (Sección 7.ª) de 30 de diciembre de 2005 (AC 2006\70), en el que se condenó a la Junta de Andalucía a indemnizar los daños morales ocasionados a una madre a resultas de la imposibilidad de recuperar la guarda y custodia de sus hijos, tras haberse dejado judicialmente sin efecto el acogimiento de los menores y la declaración de su situación de desamparo. A propósito de dicha responsabilidad patrimonial de la administración derivada de la impropiciada declaración de la situación de desamparo de los menores *ex artículo 172.1 CC vid. VALLÉS AMORES*, 2012, pp. 1.251 y ss.; y FARNÓS AMORÓS, *CCJC*, 2011.

³⁴ En la referida STEDH *Keegan v. Irlanda* de 26 de mayo de 1994 (TEDH 1994\21) se enfatizaba la naturaleza necesariamente temporal de las medidas de custodia del menor que implican una suspensión su relación con su progenitor natural, de forma que todo acto de ejecución debe estar presidido por el fin último de volver a unir al progenitor natural y al niño.

³⁵ La STEDH (Gran Sala) de 13 de julio de 2000 (TEDH 2000\152) recaída en el asunto *Elholz v Alemania*, era expresamente destacada por el Tribunal Supremo. En el caso enjuiciado por dicha sentencia se había condenado a Alemania por violación de los artículos 6.1 y 8 CEDH al abono de 17.895,22 € por daño moral, en un caso en el que los tribunales alemanes habían denegado al padre no matrimonial el derecho de visitas, sobre la base de la negativa de un hijo de cinco años, que sufría el síndrome de alienación parental. Sentencia en la que el Tribunal Europeo de Derechos humanos recordaba «...que el concepto de familia con arreglo a este artículo [art. 8] no se limita únicamente a las relaciones basadas en el matrimonio y puede englobar otras relaciones «familiares» factibles cuando las partes cohabitan fuera del matrimonio. Un niño nacido de tal relación se inserta de pleno derecho en esta célula «familiar» desde su nacimiento y por el hecho mismo de éste. Por tanto, existe entre el niño y sus padres una relación constitutiva de una vida familiar, citando a tal efecto la STEDH recaída en el asunto *Keegan v. Irlanda* de 26 mayo 1994 (TEDH 1994\21) apartado 44.

³⁶ La STEDH de 7 de agosto de 1996 recaída en el asunto *Johansen v. Noruega* (TEDH 1996\31) recordaba que, para un padre y su hijo, estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar, aunque la relación entre el padre y la madre se haya roto, y que las medidas internas que lo impidan constituyen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 8 del Convenio (apartado 52).

³⁷ La STEDH recaída en el asunto *Bronda v. Italia* de 9 de junio de 1998 (TEDH 1998\27) recordaba nuevamente que «... para un padre y su hijo, estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar y que las medidas internas que se lo impiden constituyen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 8» Añadía: «Ocurre lo mismo cuando se trata, como en este caso, de relaciones entre un niño que ha vivido con sus abuelos y éstos. El no regreso del niño a su hogar de origen, lo cual no da lugar a controversias, constituye una injerencia en el derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar, tal como lo garantiza el artículo 8.1» (apartado 51).

³⁸ En la STEDH recaída en el asunto *Ciliz v. Países Bajos* de 11 de julio de 2000 (TEDH 2000\150) el Tribunal condenó a los Países Bajos al abono de una indemnización por la falta de coordinación entre el procedimiento de expulsión del padre de Holanda y el procedimiento para acordar el régimen de visitas con su hijo, en el que no pudo personarse.

³⁹ Como apunta DE VERDA Y BEAMONTE, en la STEDH recaída el asunto *Sahin v. Alemania* de 11 de octubre de 2001 (TEDH 2001\591) se condenó al Estado alemán por no haber recabado la correspondiente información de cara al establecimiento del régimen de visitas con su hija a abonar al padre en concepto de indemnización la cantidad de 50.000 €; y en la STEDH en el Caso *Venema v. Países Bajos* de 17 de diciembre de 2002 (TEDH 2002\75) se reconoció una indemnización a los padres de una menor con síndrome de *Münchhausen* heredado de la madre, que había sido acogida sin haber permitido a los padres realizar alegaciones, acogimiento que fue posteriormente anulado (*Responsabilidad civil y seguro: cuaderno jurídico*, 2010, pp. 14 y 15).

Con anterioridad a esta sentencia, algunas Audiencias Provinciales ya habían reconocido indemnizaciones por la privación del derecho de los padres a relacionarse con sus hijos, exigiendo para ello la concurrencia de dolo en el progenitor no custodio, caso de la SAP de Cádiz (Sección 2.^a) de 8 de abril de 2002 (AC 2002\1064) o de la SAP de Barcelona (Sección 14.^a) de 31 de octubre de 2008 (AC 2009\93); mientras que en otras simplemente se requería culpa, como en la SAP de Madrid (Sección 11.^a) de 16 de junio de 2001.

Por el contrario, mención expresa merece por la argumentación utilizada la SAP de Valencia (Sección 11.^a) de 20 de febrero de 2006 (JUR 2006\207982), en que se deniega la indemnización solicitada por los daños derivados de la obstaculización del régimen de custodia o de visitas. En el caso enjuiciado, un padre reclamaba una indemnización de 60.000 € en concepto de daños morales contra la madre de su hija por haber obstaculizado el régimen de visitas. La Audiencia Provincial consideró que «por mucho que se amplíe el concepto de daño moral en dolor inferido, sufrimiento, tristeza, desazón o inquietud que afecta a la persona que lo padece (con cita de la STS 19 de octubre de 2000), y por mucho que se hayan ampliado los supuestos fácticos a los que aplicar ese daño moral, se hace impensable extender sus consecuencias al ámbito de las relaciones familiares, pues cualquier causa de alteración de la convivencia bien matrimonial, bien paterno-filial, bien fraternal, daría lugar a indemnizar, lo que, aparte de no amparado en norma jurídica alguna, se nos antoja ajeno al sentido común» (FJ 2.^o)⁴⁰. Argumentación de la Audiencia Provincial de Valencia con la que se excluían las relaciones familiares del ámbito de aplicación del artículo 1902 del Código civil, equiparando los daños *proprios de las relaciones familiares* que deben soportarse y los daños antijurídicos e indemnizables que se ocasionan *en* las relaciones familiares.

Por otro lado, cabría plantearse como supuesto separado, la posible responsabilidad civil derivada del incumplimiento del régimen de visitas por parte del progenitor no custodio, tanto respecto al progenitor custodio (en concepto de daños patrimoniales) como respecto al propio hijo/a (en concepto de daños morales)⁴¹. Supuesto éste sobre el que ha tenido ocasión de pronunciarse en sentido negativo la jurisprudencia menor, al menos por lo que respecta a la indemnización de los daños patrimoniales ocasionados al progenitor custodio⁴².

⁴⁰ DE VERDA Y BEAMONTE apunta que este planteamiento carece de base jurídica en nuestro Derecho (*Responsabilidad civil y seguro: cuaderno jurídico*, 2010, p. 18).

⁴¹ *Vid.* a este respecto DE VERDA Y BEAMONTE y CHAPARRO MATAMOROS, 2012, pp. 358 y ss.; y RAMOS MAESTRE, 2012, pp. 401 y 402.

⁴² Así, excluyen la posibilidad de indemnización alguna al progenitor custodio por el incumplimiento del derecho de visitas por el no custodio las SAP de Madrid (Sección 22.^a) de 13 de febrero de 1998 (AC 1998\447) en la que se niega la posibilidad de mercan-

3. LAS INDEMNIZACIONES DERIVADAS DE LA FALTA DE RECONOCIMIENTO Y DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN

La ausencia de reconocimiento de la filiación extramatrimonial suscita la posibilidad de plantearse la procedencia en tal caso de la obtención de una indemnización por parte del hijo frente al padre que no le reconoce. Indemnización que podría abarcar tanto los daños morales como los daños patrimoniales derivados del no reconocimiento, referidos estos últimos, básicamente, a los alimentos en sentido amplio dejados de percibir⁴³.

Por otro lado, la posibilidad de obtención de una indemnización por daños morales podría extrapolarse también a la madre que se ha visto obligada a criar en solitario al menor y que además ha costeado en exclusiva los gastos alimenticios, con la consiguiente posibilidad de solicitar su reintegro *a posteriori* una vez se determina la filiación.

Además, en sentido contrario, cabría también entender que la falta de reconocimiento de la filiación paterna obedece en último término a la falta de actividad de la madre que no ejercita la correspondiente acción de determinación de la filiación. Planteamiento en atención al cual cabría no solo negarle toda posibilidad de obtención de una indemnización por daños morales o por los alimentos abonados en solitario, sino incluso determinar el reconocimiento de una indemnización frente a ella del hijo o hija no reconocido en virtud de dicha conducta omisiva.

A falta de regulación expresa en nuestro ordenamiento jurídico, las resoluciones judiciales que han analizado la viabilidad de indemnizaciones derivadas de la falta de reconocimiento o de determinación de la filiación se han limitado, en buena medida, a la posibilidad de aplicar en tales casos el artículo 1902 del Código civil para el resarcimiento de los daños morales ocasionados, y de solicitar con efectos retroactivos los alimentos dejados de percibir por el hijo, diferenciando en este último caso, el reembolso de los alimentos abonados por la madre, en virtud de la prohibición del enriquecimiento injusto y de las reglas aplicables al pago por tercero.

tilizar tales incumplimientos y también la SAP de Murcia (Sección 1.ª) de 30 de enero de 2001 (JUR 2001\219493), considerando que el incumplimiento del régimen de visitas únicamente operará, en su caso, como causa de la restricción o supresión del régimen de visitas previamente instaurado.

⁴³ Vid. a propósito de esta problemática RODRÍGUEZ GUTIÁN, 2009, pp. 175 y ss.; ROMERO COLOMA, 2009, pp. 151 y ss.; y BUSTOS MORENO, 2012, pp. 129 y ss.

3.1 El resarcimiento a los hijos del daño moral por la falta de reconocimiento

Hasta el momento son escasos los pronunciamientos de los Tribunales de nuestro país acerca de la indemnización del daño moral ocasionado a los hijos por la falta de reconocimiento o de determinación de su filiación. Situación que, como veremos, contrasta con la de otros países que cuentan ya con una dilatada trayectoria jurisprudencial y un elaborado grado de desarrollo doctrinal a este respecto.

Así, cabe destacar que la indemnizabilidad de los daños por el no reconocimiento de la filiación se supedita a la concurrencia en el padre de una conducta culpable, de tal forma que el mero desconocimiento de la paternidad exonera de toda responsabilidad. Especial mención merece en este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 9.^a) de 21 de julio de 2014 (JUR 2014\284346), en la que se desestimó la indemnización *ex* artículo 1902 del Código civil solicitada por la hija en concepto de daños morales por la falta de reconocimiento de la paternidad del demandado, indemnización que cifraba en el importe de los alimentos que hubiera podido percibir entre los 18 y los 26 años que tenía al momento de interposición de la demanda. Alimentos no percibidos que, conviene precisar, no fueron solicitados por la hija en concepto de daños patrimoniales, permitiendo así eludir la doctrina del Tribunal Supremo según la cual dentro de los efectos retroactivos de la filiación no se comprende el abono de tales alimentos⁴⁴.

La Audiencia Provincial de Alicante dejaba de lado la posible prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual ejercitada y el *dies a quo* para su cómputo, y se detenía brevemente, en primer lugar, en la eventual existencia de una obligación legal de los padres de reconocer a un hijo extramatrimonial, sin necesidad de reclamación por parte de éste o del otro progenitor, limitándose a reproducir a tal efecto los preceptos del Código Civil relativos al reconocimiento de la filiación, sus efectos y requisitos (arts. 112, 120, 122 y 123 CC), así como el contenido de los deberes parentales establecidos en los artículos 39.3 de la Constitución Española y 110 del Código civil. En segundo lugar, la sentencia analizaba el posible conocimiento por parte del demandado de su condición de padre, que fue judicialmente determinada con posterioridad. A la vista de los datos del caso enjuiciado, la Audiencia da por buena la afirmación del demandado sobre el desconocimiento de que la actora era hija suya, haciendo hincapié en la conducta de la madre

⁴⁴ *Vid. infra* apartado 3.2.

y en la posibilidad de haber comunicado la paternidad o haber interpuesto en tiempo la acción de reclamación de la paternidad⁴⁵. Por todo ello, la sentencia concluye que no ha lugar a la aplicación del artículo 1902 del Código civil, dada la falta de concurrencia en el demandado de conducta reprochable alguna, «pues queda como no acreditado que supiese de forma incontestable que la actora era su hija» (FJ 5.º).

Más recientemente, la SAP de Pontevedra (Sección 1.ª) de 12 de abril de 2019 (JUR 2019\169329) descartó nuevamente la indemnización *ex* artículo 1902 del Código civil solicitada por un hijo por importe de 70.000 € por los daños morales derivados del

⁴⁵ Nótese que en estos casos en los que se analiza la viabilidad de indemnizaciones derivadas del no reconocimiento de la filiación extramatrimonial, y en particular la conducta desplegada por la madre, resulta necesario prestar atención a las normas civiles y procesales reguladoras de las acciones de reclamación e impugnación de la paternidad. En este sentido, a partir de 1981, el Tribunal Supremo admitió que la madre como representante de su hijo menor de edad o incapaz tenía legitimación para interponer acciones de filiación, al principio expresamente [SSTS de 3 de junio de 1988 (RJ 1988\4736), de 11 de marzo de 1988 (RJ 1988\1959), de 29 de abril de 1994 (RJ 1994\2947) y de 16 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 9424)]; después implícitamente [SSTS 2 enero 1991 (RJ 1991\103), 19 marzo 1997 (RJ 1997\1983) y 2 julio de 2004 (RJ 2004\5453)].

Ahora bien, la actual redacción del artículo 133.2 CC dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ha modificado el artículo 133 CC, para permitir al padre interponer acción de reclamación de la paternidad no matrimonial, pero ha alterado, más o menos directa o indirectamente, la legitimación de la madre, en lo que parece seguir un desarrollo en sentido inverso a la legitimación del padre no matrimonial. Introduce la legitimación activa del *progenitor* para la reclamación de la paternidad no matrimonial durante el plazo de un año, por lo que técnicamente incluye a la madre, en contra del artículo 765 LEC, que mantiene la legitimación del representante legal, durante la minoría de edad. Llegados a este punto, y analizando la jurisprudencia del Tribunal Supremo que todavía es escasa por el tiempo transcurrido desde 2015, se puede advertir una tendencia a diferenciar dos supuestos, interposición de la acción de reclamación de filiación, por un lado, e interposición de la acción de impugnación de la paternidad, con o sin reclamación de la paternidad, por otro.

Respecto a la acción de reclamación de la paternidad, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2019 (RJ 2019\3689) entiende que la madre, como progenitor determinado, tiene legitimación activa para ejercitar acciones de filiación en nombre y representación de su hijo menor, durante toda la minoría de edad del hijo. En estos casos no se aprecia conflicto de intereses, y se considera habitualmente en interés del menor la determinación de la paternidad.

Pero en el supuesto de impugnación de la paternidad existe conflicto de intereses entre la madre y el hijo, no siendo evidente cuál sea el mejor interés del menor. La Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2016 (RJ 2016/2859), resuelve un caso de reclamación de la paternidad no matrimonial con impugnación de la paternidad matrimonial, interpuesta por la madre en representación de su hija menor de edad al amparo del artículo 765 LEC. La sentencia concluye que «la solución correcta será apreciar la falta de legitimación de la madre para, como representante de la hija y en interés de ella, ejercitar las acciones mencionadas». En estos casos, la madre goza de legitimación activa para impugnar y reclamar, en su propio nombre, la paternidad no matrimonial durante el plazo de un año a contar desde el nacimiento, en aplicación del artículo 133.2 del Código civil.

El hijo podrá, en todo caso, reclamar e impugnar la filiación al llegar a la mayoría de edad. Pero no se puede perder de vista que el ejercicio de una acción de filiación por la madre en nombre y representación del menor, puede tener consecuencias procesales, pues, como destaca QUESADA GONZÁLEZ, si la madre demandó la paternidad en representación del hijo cuando era menor de edad, cuando llegue a la mayoría de edad no puede volver a ejercitar la acción por ser cosa juzgada (2012 p. 373).

no reconocimiento de la filiación paterna no matrimonial, identificando como derechos subjetivos lesionados el derecho a la intimidad, el derecho al uso del nombre, el derecho a conocer el origen biológico de la persona y la circunstancia de la falta de ubicación en una familia paterna. La argumentación de la Audiencia Provincial reconoce que *el artículo 1902 del Código civil se configura como una cláusula abierta, de aplicación general a todos los ámbitos de la vida jurídica*, aunque debido al carácter ético de los derechos y deberes que nacen de las relaciones familiares, cuestiona la idoneidad de la aplicación de las normas del Derecho de daños. La sentencia se basa a tal efecto en que los «deberes o admoniciones de contenido ético o moral, no susceptibles de ser exigidos coactivamente, o de ser sancionados a través de las normas de la responsabilidad extracontractual». De manera que rechaza la aplicabilidad del artículo 1902 del Código civil, aunque reconoce la posibilidad –difícil– «de enlazar causalmente la conducta omisiva de no asumir la paternidad con concretos bienes jurídicos de titularidad del demandante, de identificar una conducta dolosa o culposa en el demandado», admitiendo, por último, que «una situación como la descrita haya podido generar un daño moral al demandante, entendido como un sufrimiento o aflicción de carácter psíquico». Llegado a este punto, la sentencia hace un quiebro, y vuelve a la premisa del punto de partida, al destacar *«que este tipo de daños no son indemnizables en el marco de la responsabilidad extracontractual»*.

Como puede apreciarse, la sentencia acoge sin ambages la no concesión de indemnización alguna al hijo en concepto de daños morales por la falta de reconocimiento de la filiación paterna, con alegación de una regla general no escrita según la cual el régimen de responsabilidad por daños del artículo 1902 del Código civil no resulta aplicable en el ámbito de las relaciones familiares, aun cuando en el caso enjuiciado hubiera sido posible admitir la concurrencia de los presupuestos que este precepto exige.

A nuestro modo de ver, con dicho razonamiento la Audiencia Provincial no parece distinguir la naturaleza que los derechos y deberes en el ámbito familiar tienen en cada caso. Y es que, pese a que en el matrimonio los deberes conyugales de los artículos 67 y 68 del Código civil tienen un marcado carácter moral y ético, en el ámbito de las relaciones paterno-filiales ha de primarse el carácter de orden público que reviste la protección a los menores en el seno familiar, y en virtud del cual podría reconocerse la responsabilidad de los progenitores por los daños causados de forma dolosa o culposa.

Nótese además que los daños reclamados por el hijo no reconocido en supuestos como el enjuiciado por esta sentencia tienen una innegable trascendencia constitucional, en tanto que se encuentran estrechamente vinculados con la investigación de la paternidad, el derecho del menor a conocer sus orígenes biológicos y con los deberes paterno-filiales, tal y como han destacado expresamente la doctrina y jurisprudencia italianas⁴⁶.

Esta dimensión constitucional de las indemnizaciones solicitadas por los hijos por la falta de reconocimiento ha sido, asimismo, enfatizada desde hace tiempo en el Derecho argentino, haciendo hincapié a tal efecto en el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, a cuyo tenor: «El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos»⁴⁷. Motivo por el cual el vigente Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina de 2011 expresamente contempla en su artículo 587 el derecho de los hijos a ser indemnizados por los daños causados por la falta de reconocimiento⁴⁸, culminando así la tendencia jurisprudencial proclive en ese país a la concesión de indemnizaciones en tales casos, cuyo precedente se remonta a la Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia en lo Civil y Comercial N.º 9 de San Isidro (Provincia de Buenos Aires) de 9 de marzo de 1988, anterior incluso a la Convención⁴⁹.

⁴⁶ En concreto la trascendencia constitucional de los deberes de los padres para con sus hijos a efectos de la consiguiente responsabilidad civil se apunta en el Derecho italiano a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2000 (*Cassazione Sezione Prima Civile* n. 7713). A este respecto, siquiera someramente y entre otros muchos, *vid. FACCI, Responsabilità Civile e Previdenza*, 2012, p. 1.483; BIZZARRO, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, pp. 161 y ss.; y TOVANI, *Revista de Derecho*, 2012, pp. 253 y 254.

⁴⁷ *Cfr. BIDART CAMPOS, El Derecho*, 1988, pp. 128-331; PIZARRO WILSON, 2012, p. 103; MEDINA, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, p. 35 (nota 25); y RODRÍGUEZ GUTIÁN, 2009, p. 180.

⁴⁸ Según el artículo 587: «El daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable, reunidos los requisitos previstos en el Capítulo 1 del Título V de Libro Tercero de este Código». Cabe destacar que el precepto transcrito se aparta del Proyecto de Reforma del Código Civil de 1998, en el que la responsabilidad por la falta de reconocimiento de la filiación se restringía a los casos en mediase dolo o culpa grave (art. 1686 del Proyecto), requisito que ha desaparecido del vigente artículo 587. *Cfr. RODRÍGUEZ GUTIÁN*, 2009, pp. 176 y 177, y HERRERA, 2016, p. 334.

⁴⁹ Como explica RODRÍGUEZ GUTIÁN, en el caso enjuiciado por la Sentencia de 9 de marzo de 1988 se trataba de una pareja que tras haber iniciado una relación sentimental tuvo una hija, conviviendo como pareja de hecho entre los años 1975 a 1981, estando el hombre estaba casado y teniendo a su vez otros hijos y nietos. Tras la negativa del hombre a reconocer la paternidad de la menor la madre interpuso en representación de su hija una acción de reclamación de la filiación en la que además solicitaba una indemnización de daños y perjuicios por la falta de reconocimiento voluntario. So pretexto de la existencia implícita en el Derecho argentino de un derecho constitucional de los hijos a conocer su identidad biológica el Tribunal estimó la pretensión indemnizatoria solicitada por daños morales, dado que la identificación de la menor como hija de madre soltera suponía por

En nuestra opinión, el fundamento constitucional de la responsabilidad civil por la falta reconocimiento de la filiación acogido en los modelos argentino o italiano resultaría también perfectamente extrapolable al Derecho español, en la medida en que tales derechos se encuentran reconocidos en la Constitución y nuestro país es también parte de la Convención de los Derechos del Niño, que de acuerdo con el artículo 10.2 de la Constitución Española debe coadyuvar a la interpretación de los derechos fundamentales y cuya importancia en el caso particular de los derechos de los menores expresamente se destaca en el artículo 39.4 de la Constitución Española⁵⁰. No en balde, tal y como, con ocasión de resolver acerca de una acción de reclamación de la filiación no matrimonial interpuesta por el padre, subrayaba la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2000 (RJ 2000\4427):

«La verdad biológica no puede dejarse de lado y conforma la efectiva verdad material y, a su vez, también ha de tenerse en cuenta el derecho natural y, por ello, el interés justificado que asiste a los hijos de saber y conocer quién es su padre y se presenta como encuadrable en tutela judicial efectiva que a los mismos ha de otorgarse por integrarse en la moral-jurídica y normativa constitucional (art. 39), e incluso resulta necesaria para la determinación genética y puede ser vital para preservar la salud. La ocultación de tal situación resulta casi siempre perjudicial por el daño que se le puede ocasionar al menor, al imponerle una vida de encubrimiento y mentiras que a la larga suele cobrar su tributo siempre negativo...» (FJ 1.º).

Nótese que, aun cuando el debate acerca de la indemnización de los daños ocasionados a los hijos por la falta de reconocimiento paterno gire en torno a la aplicación del artículo 1902 del Código civil, ha de tenerse en cuenta que, cuando el padre es conocedor de su paternidad puede, en atención a la edad del hijo o hija, intentar algún tipo de acercamiento personal y de alguna manera colaborar económicamente

aquel entonces en aquel país una sustancial minusvaloración social. No obstante, el Tribunal no estimó íntegramente la pretensión indemnizatoria solicitada, dado que consideró que la madre podría haber procedido a la interposición de la correspondiente acción de reclamación de la filiación con anterioridad, evitando así parte del daño moral derivado de la falta de reconocimiento de la paternidad de la menor. Fallo del Juzgado de 1.ª Instancia que fue posteriormente confirmado por la Sentencia de la Sala I de la Cámara Civil y Comercial de San Isidro de 13 de octubre de 1988, en la que únicamente se clarificaba que el comportamiento de la madre no constituía el objeto del litigio suscitado y que si bien habría podido evitar parte del sufrimiento a su hija interponiendo anteriormente la correspondiente acción de reclamación al menos ella sí que reconoció su filiación cumpliendo así con su deber (2009, pp. 177 y 178). A favor de la admisibilidad en el Derecho español de la posibilidad de obtener una indemnización por el hecho de ser hijo ilegítimo a causa de la falta de reconocimiento, con el consiguiente demérito social que ello podría entrañar, se posiciona PIZARRO WILSON, 2012, p. 107. Más acertadamente a nuestro modo de ver es la postura en contra de la posibilidad propugnada por BUSTOS MORENO, 2012, p. 148.

⁵⁰ Cfr. RODRÍGUEZ GUTIÁN, 2009, pp. 180 y 181; y BUSTOS MORENO, 2012, p. 137.

a su sustento y educación, e incluso negociar con la madre un posible reconocimiento, de modo que cumpla mínimamente con las obligaciones de carácter moral o ético que le incumben en su condición de padre, así como con las obligaciones legales a tenor de los artículos 110 y 154 del Código civil, dando cumplimiento a la investigación de la paternidad, y al referido derecho de los menores a conocer sus orígenes biológicos *ex* artículos 39.3 de la Constitución Española y 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

3.2 La problemática en torno al abono y reembolso de los alimentos dejados de percibir

La falta de reconocimiento de la filiación plantea la posible indemnización no solo de los daños morales ocasionados al hijo a causa de la privación de su derecho constitucional a conocer sus orígenes biológicos y ser cuidado por sus padres, sino también de los daños materiales y patrimoniales consistentes en la falta de percepción de los alimentos correspondientes a que hubiere tenido derecho.

En este sentido, la problemática en torno al abono de los alimentos no satisfechos o al reintegro de los previamente pagados por un progenitor, obliga a diferenciar varios supuestos de hecho, atendiendo a si la reclamación es interpuesta por el hijo o por uno de los progenitores y, también, a si la paternidad está o no legalmente determinada.

Habitualmente, cuando se entabla una acción de reclamación de la filiación suele solicitarse además la correspondiente prestación de alimentos para el hijo en situación de necesitarlos, de forma que la sentencia que declara la filiación y determina la paternidad, fija simultáneamente la obligación de alimentos, cuyos efectos se retrotraerán *ex* artículo 148 del Código civil al momento de interposición de la demanda que los reclamaba, o incluso desde un momento anterior cuando se hubieran solicitado tales alimentos como medidas cautelares.

Así se aprecia en el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2019 (RJ 2019\3689), en la que llama la atención la celeridad del procedimiento, pues desde que la madre solicitó medidas cautelares que fueron adoptadas en auto de fecha 26 de enero de 2018, cuyo objeto era fijar los alimentos en 150 € al mes, hasta el pronunciamiento del Tribunal Supremo, mediaron únicamente 20 meses. En el caso enjuiciado, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia con fecha 30 de abril de 2018 determinando la paternidad y fijando los alimentos correspondientes. La Sentencia de la

sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Alicante de 7 de noviembre de 2018 (JUR 2021\19992) estimó el recurso de apelación interpuesto, y el Tribunal Supremo en su Sentencia de 27 de septiembre de 2019 (RJ 2019\3689), casó la sentencia de la Audiencia y confirmó el parecer del Juzgado de Primera Instancia, condenando al pago de los alimentos en 150 € mensuales.

El problema se plantea cuando se reclama la paternidad, pero esa reclamación no va acompañada de la correspondiente demanda de fijación alimentos, en cuyo caso se cuestiona si los alimentos devengados durante el período que media entre la sentencia que determina la filiación y aquella otra en la que se reconocen y fijan tales alimentos resultan exigibles o no. Problema éste que abordaba la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2013 (RJ 2013\7855), dictada en unificación de doctrina.

En el caso enjuiciado por esta sentencia, se reclamaban al padre los alimentos devengados desde el momento en el que se había presentado la demanda de filiación que había finalizado con la declaración de paternidad del menor. La sentencia realiza unas afirmaciones muy interesantes: reconoce la trascendencia constitucional *ex artículo 39* de la Constitución Española de la obligación de alimentos de los padres para con los hijos, su extensión a todos los gastos asociados con el desarrollo de la personalidad del menor y no únicamente al sustento básico en orden a salvaguardar al alimentista que caracteriza a los alimentos entre parientes de los artículos 142 y siguientes del Código civil. El Tribunal Supremo reitera una argumentación ya adoptada por la jurisprudencia, que diferencia «entre el tiempo o momento de nacimiento de la obligación, propiamente dicho, y el tiempo o momento de la exigibilidad de dicha obligación, siendo la reclamación judicial el cauce por el que se concreta la prestación debida (cuantía y modo de pago) y su exigibilidad desde la fecha en que se interpuso la demanda» (FJ 2.º). Así, entiende que los efectos retroactivos del artículo 148.1 del Código civil llegan hasta el momento de interposición de la demanda de quien reclama los alimentos (FJ 2.º), y no hasta el momento de declaración de la paternidad, que simplemente sería el momento del nacimiento de la obligación y no el momento de su exigibilidad.

Esta interpretación del Tribunal Supremo que concluye con la imposibilidad de reconocer efectos retroactivos a la obligación de alimentos del padre *ex artículo 148* del Código civil, tanto respecto a la madre para que se le reintegre los por ella abonados como al propio hijo que no cobró los alimentos debidos, ha sido expresamente refrendada por el Auto del Pleno del Tribunal Constitucional de 16 de diciembre de 2014 (RTC 2014\301).

Dicho Auto tuvo su origen en la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de 1.ª Instancia N.º 20 de Palma de Mallorca, en el transcurso de un procedimiento en el que el padre reclamaba a la madre el reembolso de los alimentos abonados desde el momento en el que el hijo se trasladó a vivir con él (en febrero de 2011) y no desde el momento en el que se había presentado la correspondiente demanda reclamando el abono de los alimentos (en junio de 2013). El Juzgado planteaba la posible incompatibilidad del artículo 148 del Código civil, que acoge una limitación temporal de los efectos de la obligación alimenticia basada en la máxima *in praeteritum non vivitur*, con el artículo 39.3 de la Constitución Española, según el cual la obligación de alimentos de los padres se extiende a toda la minoría de edad de los hijos, con la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 y con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

El Tribunal Constitucional acotaba el debate acerca de la eventual inconstitucionalidad del artículo 148 del Código civil a la diferenciación trazada por el Tribunal Supremo entre «el momento de nacimiento de la obligación» y «el tiempo de la exigibilidad de dicha obligación» en la referida Sentencia de 27 de noviembre de 2013. El Auto inadmite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado con base en la citada máxima *in praeteritum non vivitur* y considera que la retroactividad de los alimentos no sirve al interés superior del menor, «pues el menor ya fue asistido y sus necesidades de todo orden fueron cubiertas. Y si no lo fueron, los alimentos reclamados retroactivamente no servirían para cubrirlas». Continúa afirmando que la irretroactividad de los alimentos no excluye el deber los padres de alimentar a sus hijos, puesto que el progenitor custodio puede interponer la correspondiente demanda de alimentos tan pronto como nace la obligación, mientras que el no custodio puede cumplir voluntariamente con su obligación también desde que ésta nace. Por último considera que la retroactividad de los alimentos podría producir «una situación de pendencia, difícilmente compatible con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE)» (FJ 4.º).

Como puede apreciarse, el Tribunal Constitucional parte de la posibilidad del progenitor custodio de entablar la correspondiente demanda de reclamación de alimentos frente al progenitor no custodio, razonamiento que se ajustaba a las circunstancias del caso que motivó el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, en el que la filiación de ambos progenitores estaba determinada.

Problema diferente es el que se plantea respecto a los alimentos que el hijo no ha percibido durante el tiempo en el que su filiación paterna no estaba determinada, en cuyo caso no puede surgir el nacimiento de la obligación alimenticia, ni mucho menos su exigibilidad. En estos supuestos de determinación tardía de la paternidad, no se cuestiona la satisfacción de las necesidades alimenticias del menor, sino «una asistencia mucho más amplia que se extiende, estén o no en situación de necesidad, a los gastos que ocasione el desarrollo de la personalidad del menor (arts. 10 CE y 154.2 CC)», como destacaba la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2013 (FJ 2.º), diferenciando la obligación de alimentos de padres a hijos del artículo 110 del Código civil, del *sustento básico en orden a salvaguardar la vida del alimentista* que limita los alimentos entre parientes de los artículos 142 y siguientes del Código civil.

La posibilidad del hijo de solicitar los alimentos dejados de percibir con anterioridad a la determinación de la filiación resultaba expresamente descartada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1995 (RJ 1995\2991), según la cual dentro de los efectos retroactivos de la filiación *ex* artículo 112 del Código civil no se comprende el abono de los alimentos, cuya naturaleza jurídica se vincula a las necesidades presentes y futuras del alimentante pero no a las pasadas *ex* artículo 148 CC⁵¹. El caso enjuiciado contaba con un largo recorrido procedimental, pues la filiación extramatrimonial se había declarado por Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1988 (RJ 1988\6543), tras lo cual el hijo demandó a su padre solicitando el abono de los alimentos no percibidos desde su nacimiento en 1969 hasta la mayoría de edad.

El Tribunal Supremo desestimó el abono de los alimentos con efectos retroactivos hasta el nacimiento del actor, con una prolija fundamentación. Argumenta que el abono de tales alimentos resulta procedente, a tenor del artículo 148 del Código civil, cuando el alimentista ejercita la correspondiente acción judicial reclamándolos, pues es la reclamación judicial «la que concreta la prestación (cuantía o modo de pago), aunque exista con anterioridad el derecho a los alimentos y fuera exigible hasta llegar el recurrente a la mayoría de edad». Consecuentemente, la sentencia precisa que los alimentos únicamente se abonarán *desde la fecha en que se interponga la demanda*, debiendo diferenciar entre el *tiempo del nacimiento de la obligación* y el *tiempo de exigibilidad* de tales alimentos. Diferenciación que excluye el reconocimiento de efectos retroactivos de la prestación alimenticia y deriva en la aplicación

⁵¹ Cfr., entre otros, SIERRA PÉREZ, 2011, p. 749.

de la regla clásica *in praeteritum non vivitur* al «estar concebidos los alimentos para subvenir a las necesidades presentes y futuras del alimentista y no para las de épocas ya pasadas en que el alimentista ha vivido sin los alimentos que ahora pide» (FJ 2.º). Fundamentación en aplicación de la cual desestimó la pretensión del actor, pues ya era mayor de edad cuando interpuso la demanda reclamándolos, mayoría que implica la cesación de la obligación de alimentos de los padres para con sus hijos, salvo situaciones excepcionales que deben acreditarse y que no concurrían en el caso enjuiciado.

La exclusión de la posibilidad de solicitar tanto el abono de los alimentos dejados de percibir por el hijo como el reembolso de los alimentos previamente satisfechos por el otro progenitor, y la posibilidad de retrotraer los efectos de los alimentos al momento de nacimiento del menor y no al de presentación de la demanda de filiación (como ocurría con la antes referida STS de 27 de noviembre de 2013), ha sido posteriormente confirmada por el Tribunal Supremo en su Sentencia plenaria de 29 de septiembre de 2016 (RJ 2016\4457)⁵², en un caso de determinación tardía de la filiación paterna. En dicha sentencia el Tribunal Supremo reitera de nuevo tanto la imposibilidad del hijo de per-

⁵² En el caso enjuiciado por dicha STS de 29 de septiembre de 2016 tras la determinación judicial de la filiación del hijo de la demandante (cuando contaba ya 21 años de edad) en mayo de 2004 ésta procedió en el año 2011 a ejercitar una acción de reembolso *ex* artículo 1158 CC de los alimentos costeados en exclusiva para la crianza del hijo. Como sintetiza el Tribunal Supremo, la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia N.º 4 de Torremolinos estimó parcialmente la demanda y condenó al demandado a abonar a la parte actora la cantidad de 45.000 €. Según la sentencia de instancia la determinación legal de la filiación tiene efectos retroactivos, al constituir una obligación natural que surge desde el momento mismo del nacimiento y al margen de la existencia o inexistencia de un formal reconocimiento inicial del hijo y que la parte demandada confunde la acción de reclamación de alimentos con la acción de reembolso, pues siendo obligación de ambos progenitores alimentar al hijo común, su cuantificación no responde a criterios de igualdad, sino a la relación entre el caudal y los medios de quien los da y las necesidades de quien los recibe. Por el contrario, con la acción de reembolso se reclaman cantidades pagadas, al margen de la capacidad económica del obligado al pago, por lo que acreditado que, desde el nacimiento del hijo, la madre se ha hecho cargo del mismo de manera exclusiva, a pesar de que la capacidad económica del padre era superior a la suya, existe el derecho al ejercicio de la acción de reembolso. Por su parte, la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6.ª) de 30 de junio de 2015 (JUR 2015\291465), estimó el recurso de apelación del padre y consideró que no se daban los requisitos del artículo 1158 CC puesto que «En autos consta que cuando se produjeron los gastos que ahora se reclaman el hoy demandado no tenía obligación declarada alguna frente al acreedor, puesto que la filiación no estaba determinada, y no estaba determinada por negligencia o pasividad de la propia actora que pudiendo entablar la acción de reconocimiento de la paternidad desde el mismo nacimiento del menor no lo hizo dejando que el hijo alcanzara la mayoría de edad; por tanto, podía haber reclamado la filiación y con ello unos alimentos, optando por no hacerlo y pagando por ella misma, y no a cuenta de hoy demandado como se expone, toda una serie de gastos durante más de veinte años, gastos que reiteramos asumí en exclusividad sin reclamación de ningún tiempo a lo largo de todo ese tiempo» (FJ 3.º). Razonamiento tras el cual reproducía acto seguido las anteriormente referidas SSTs de 8 de abril de 1995 y 27 de noviembre de 2013 para avalar su postura a la vista de la limitación contenida en el artículo 148 CC y su aplicabilidad en casos como en el enjuiciado.

cibir con efectos retroactivos los alimentos a que tenía derecho desde su nacimiento como el posible reembolso a la madre de los alimentos costeados en el artículo 148.1 del Código civil, recordando que el precepto opera como límite a los efectos retroactivos de la determinación de la filiación a que se refiere el artículo 112 del Código civil y resulta aplicable, según el artículo 153 del Código civil, tanto a los alimentos entre parientes como a los alimentos entre padres e hijos dimanantes del artículo 154 del Código civil⁵³.

Según el Alto Tribunal, el artículo 148 del Código civil contiene una previsión legal establecida en beneficio del alimentante que atiende a la especial naturaleza de la deuda alimenticia y al momento en que conoce su deber de prestación frente al alimentista que ha dejado de cumplir y que finalmente le impone la sentencia que determina la filiación. Y según el artículo 148 del Código civil es la reclamación efectuada frente al alimentante la que «fija el momento a partir del cual si el deudor interpelado por el acreedor no paga, incumple la obligación que le impone la ley de abonar una prestación alimenticia que hasta ese momento ha sido cubierta. Y si el alimentista carece de acción para ampliar su reclamación a un momento anterior, porque lo impide el artículo 148 del Código civil, con mayor motivo no la tendrá su madre a través de la acción de reembolso ejercitada al margen de las reglas propias que resultan de la obligación de proveer alimentos en orden a satisfacer las múltiples necesidades de los hijos» (FJ 3.º).

Pese a lo anterior, la negación *ex* artículo 148 del Código civil de toda posibilidad, tanto del hijo como de la madre, de solicitar el abono o reembolso de los alimentos devengados con anterioridad a la determinación de la filiación es criticada de «*lege ferenda*» por el Tribunal Supremo, dadas las implicaciones las implicaciones constitucionales que la obligación alimenticia de los padres tiene según el artículo 39 de la Constitución Española, al afirmar que:

«Puede haber, sin duda, *una obligación moral a cargo de quien finalmente es declarado padre*, pero lo cierto es que la ley no concede acción para pedir el cumplimiento de un deber de esta clase y considera igualmente justo negar acción para compensar *una situa-*

⁵³ Esta sentencia se refería a la abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo que reiteraba la aplicación de las reglas contenidas en el Título VI del Libro I del Código civil sobre alimentos entre parientes y, en particular, del artículo 148 CC que impide el reconocimiento de efectos retroactivos de los alimentos, a los alimentos debidos a los hijos menores como deber comprendido en la patria potestad, mencionando a tal efecto las SSTS de 8 de abril de 1995 (RJ 1995\2991), de 3 octubre de 2008 (RJ 2008\7123), de 14 de junio de 2011 (RJ 2011\4527), ed 30 de octubre de 2012 (RJ 2012\1029) y de 27 de noviembre de 2013 (RJ 2013\7855).

ción que puede considerarse injusta y pedir la devolución de lo pagado en aras de una regulación más ajustada al artículo 39 de la Constitución Española; solución que solo sería posible mediante una modificación del artículo 148 del Código civil, que extendiera la obligación de prestar alimentos a los hijos menores más allá de lo que la norma autoriza, al menos desde el día de la interpelación del obligado por medio fehaciente, siempre que se interponga la demanda en un determinado tiempo, e incluso facilitando la acción de reembolso de lo gastado al progenitor que asumió el cuidado del hijo en la parte que corresponde al progenitor no conviviente, con el límite de la prescripción, como ocurre en otros ordenamientos jurídicos» (FJ 3.º).

Crítica pese a la cual, al día siguiente de esta sentencia plenaria, el Tribunal Supremo ratificaba una vez más la imposibilidad *ex* artículo 148 del Código civil de solicitar el abono de los alimentos dejados de percibir o el reembolso de los ya abonados por el otro progenitor desde el nacimiento del hijo, en su Sentencia de 30 de septiembre de 2016 (RJ 2016\4844)⁵⁴.

Ahora bien, reconocida por el Tribunal Supremo la obligación moral del padre cuya paternidad no consta legalmente determinada, llama la atención su empeño en mantener una interpretación estricta del artículo 148 que perpetúa dicha injusticia, cuando tiene a su disposición otros instrumentos a través de los cuales encauzar el desequilibrio originado en estos casos sin necesidad de violentar las disposiciones aplicables a la obligación alimenticia. En este sentido, en el caso de los alimentos de los hijos menores cabe destacar la posibilidad de aplicar los artículos 110 y 154 del Código civil y 39 de la Constitución Española en lugar del artículo 148 del Código civil; así como la conveniencia de diferenciar entre los alimentos necesarios para la vida y los alimentos convenientes para el desarrollo de la personalidad del menor, de acuerdo con la situación económica de los progenitores. En particular, la estimación del reembolso de los alimentos abonados con anterioridad podría instrumentarse a través de los artículos 1895 del Código civil, así como por la vía del artículo 1902 del Código civil cuando el progenitor cuya paternidad no está determinada legalmente tiene conoci-

⁵⁴ En el caso enjuiciado por la STS de 30 de septiembre de 2016 la actora reclamaba *ex* artículo 1158 CC el reembolso del 80% de las cantidades abonadas en concepto de alimentos del hijo extramatrimonial común, en el período comprendido entre el nacimiento del menor en el año 2007 hasta mayo de 2012 en que se determinó judicialmente la filiación y se obligó al demandado a abonar una pensión alimenticia. El Juzgado desestimó la petición de la madre, desestimación que fue ratificada por la SAP de Vizcaya (Sección 5.ª) de 3 de julio de 2014 (JUR 2014\267711), contra la que la madre recurrió en casación, siendo desestimado, asimismo, dicho recurso so pretexto de la argumentación jurisprudencial analizada en las páginas precedentes en torno al artículo 148 CC y consiguiente irretroactividad de la obligación alimenticia más allá del momento en que se presenta la demanda de determinación de la filiación.

miento de tal filiación, dada la concurrencia en su persona de una actitud manifiestamente culpable por omisión.

Efectivamente, no cabe duda alguna de que la limitación de los efectos retroactivos de la obligación alimenticia en los casos de falta de reconocimiento resulta a todas luces materialmente injusta, tanto desde la perspectiva del hijo que se ve privado de unos recursos que bien podrían haber cambiado su devenir personal y profesional (aspecto en el cual parece no recabar nuestro Tribunal Constitucional), como desde la del progenitor que costeó en exclusiva los gastos de crianza en solitario. Injusticia que resulta especialmente palmaria en casos, como el enjuiciado por la sentencia plenaria comentada, en los que consta debidamente acreditado en autos el conocimiento por el padre de la filiación con anterioridad a su determinación en sede judicial.

En nuestra opinión, la irretroactividad *ex* artículo 148 del Código civil de los alimentos en los casos de falta de determinación de la filiación, avalada por tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo, resulta incoherente con la extensión de las necesidades alimenticias de los menores frente a sus padres. Necesidades que desde el prisma constitucional no se limitan a procurarles *el sustento básico en orden a salvaguardar la vida del alimentista* como ocurre en los alimentos entre parientes, sino que comprenden una asistencia mucho más amplia que se extiende, estén o no en situación de necesidad, a los gastos que ocasione el desarrollo de la personalidad del menor (arts. 10 CE y 154.2 CC).

De hecho, el propio Tribunal Constitucional diferenciaba en su sentencia de 14 de marzo de 2005 (RTC 2005/57) la obligación de alimentos de padres a hijos menores y la obligación de alimentos entre parientes, dando a entrever la inaplicación a los alimentos de los hijos de la limitación retroactiva del artículo 148 del Código civil⁵⁵.

«Por lo que respecta a la pensión de alimentos a los parientes –el otro elemento de comparación alegado–, su fundamento des-

⁵⁵ En dicha STC de 14 de marzo de 2005 desestimó un recurso de amparo, que alegaba la discriminación fiscal de la pensión a los hijos, respecto a una más favorable tributación fiscal respecto a los alimentos de los parientes. Precisamente so pretexto de dicho pronunciamiento del Tribunal Constitucional CUENA CASAS, con quien coincidimos plenamente, se muestra contraria a la aplicación del artículo 148 del Código Civil a la obligación alimenticia derivada de la patria potestad, pues en su opinión «es obvio que retrotraer la obligación de abono de alimentos en estos casos de reclamación de filiación puede suponer una pesada carga para el alimentante. Sin embargo, su deber deriva de la patria potestad, deber indelegable y creo que cuando se trata de menores, aplicar la regla *in praeteritum non vivitur* me parece un auténtico exceso que desnaturaliza y confunde las obligaciones dimanantes de la patria potestad con la genuina obligación de alimentos». Dado el tenor del planteamiento adoptado por el Tribunal Constitucional en dicha sentencia, la autora considera que el menor no necesita reclamar su derecho de alimentos al progenitor, por lo

cansa únicamente en la situación de necesidad perentoria o «para subsistir» (art. 148 CC) de los parientes con derecho a percibirlos –cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos (art. 143 CC)–, se abona sólo «desde la fecha en que se interponga la demanda» (art. 148 CC), y puede decaer por diversos motivos relacionados con los medios económicos o, incluso, el comportamiento del alimentista (art. 152 CC). Por el contrario, los alimentos a los hijos, en la medida en que tienen su origen exclusivamente en la filiación (art. 39.3 CE), ni precisan demanda alguna para que se origine el derecho a su percepción, ni la Ley prevé excepciones al deber constitucional de satisfacerlos (...). Tampoco coincide la finalidad en una y otra pensión: si en la de alimentos a los parientes ha de facilitarse el sustento básico para salvarguardar la vida del alimentista, esto es, «todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica» (art. 142 CC), ya hemos dicho que la de alimentos a los hijos no se reduce a la mera subsistencia, al consistir en un deber de contenido más amplio, que se extiende a todo lo necesario para su mantenimiento, estén o no en situación de necesidad. Finalmente, tampoco la forma de determinación es la misma, pues si la pensión a otros parientes se determina en función de lo que éstos necesiten estrictamente para subsistir (art. 142 CC), los alimentos a los hijos menores deben acomodarse a «las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento» (art. 93 CC) hasta el punto de financiar no sólo los gastos ordinarios de su mantenimiento sino también los de carácter extraordinario (tales como actividades extraescolares, etc.)» (FJ 6.º).

De forma coherente con dicha extensión de la obligación alimenticia de los padres frente a sus hijos, no compartimos la tesis basada en el referido principio *in praeteritum non vivitur*, según la cual la retroactividad del derecho de alimentos de los hijos que el artículo 148 del Código civil proscribiera en nada sirve al interés superior del menor, puesto que los alimentos concedidos retroactivamente no se orientan a su asistencia como fin último del artículo 39.3 de la Constitución Española, pues el menor ya fue asistido y sus necesidades cubiertas. En el caso de los hijos menores de edad, el razonamiento soslaya la importancia conferida a los alimentos en el artículo 27 de la Convención Internacional de

que determinar su abono a partir de la interposición de la demanda carece de sentido. No obstante, diferencia los casos en los que la filiación se determina judicialmente, en los que considera que la aplicación del artículo 148 podría tener algún sentido y justificación (puesto que el progenitor puede desconocer la existencia del hijo/a). Pese a ello, incluso en tales supuestos de determinación judicial de la filiación, estima que si el progenitor conoce efectivamente la existencia de su hijo menor de edad y no le atiende no resulta lógico que solo debe abonar las cantidades a partir de la interposición de la demanda, dado que el derecho no necesita ser reclamado judicialmente para resultar efectivo (2013, pp. 1.496 y 1.497). Planteamiento contrario a la regla de la irretroactividad de los alimentos del art. 148 CC a los alimentos debidos a los hijos que propugna asimismo BARBER CÁRCAMO, 2016, p. 608.

los Derechos del Niño, en el que tras reconocer «el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social» se explicita la responsabilidad primordial de los padres «de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño», al tiempo que se obliga a los Estados parte de la Convención a tomar «todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres».

Por otro lado, en el caso de hijos mayores de edad, cuando de una manera o de otra, han sido asistidos y sus necesidades cubiertas durante la minoría de edad cabe igualmente plantearse, siempre de acuerdo con la capacidad económica del progenitor que no ha abonado los alimentos durante la minoría de edad, la obligación de éste de contribuir a la mejora de la situación del hijo que ha visto reducidos sus recursos económicos durante su vida, en franca discordancia con lo que le hubiera correspondido de haber tenido determinada la filiación paterna. Obligación que se podría articular a través del artículo 1902 del Código civil en forma de indemnización por daños, cuando el progenitor demandado tiene perfecto conocimiento de la filiación en cuestión⁵⁶, a semejanza de cuanto acontece en el caso del Derecho italiano en aplicación del artículo 2043 *Codice Civile*, homólogo de nuestro artículo 1902 del Código civil. No nos resistimos a traer a colación, a este respecto, la Sentencia de la Corte de Apelación de Bolonia (*Sezione Prima Civile*) de 10 de febrero de 2004, que en un supuesto en el que el padre gozaba de una *enviable* posición económica, se estimó una indemnización *astronómica* por la falta de reconocimiento de la paternidad de dos millones y medio de euros en concepto de *risarcimento del danno esistenziale* originado al hijo, de los cuales un millón se cifró en concepto de daños morales y el resto en concepto de alimentos/recursos dejados de percibir por el hijo⁵⁷.

Pese a tales consideraciones críticas el planteamiento restrictivo respecto a la posibilidad de los hijos de solicitar retroactivamente los alimentos dejados de percibir ha sido asimismo acogi-

⁵⁶ Así lo reconoce en nuestro país DELGADO ECHEVERRÍA cuando, tras explicar el fundamento del principio *in praeteritum non vivitur* aplicado tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional implícito en el artículo 148 CC, afirma que «todo lo dicho no excluye que, en ciertos casos de incumplimiento consciente del obligado (...) pueda pedirse indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento: en particular, de acuerdo con la doctrina tradicional, cuando el alimentista hubo de contraer deudas, aún impagadas, para proveerse de los bienes necesarios para la vida» (1991, p. 536).

⁵⁷ Para un comentario de esta Sentencia *vid.* FACCI, *Famiglia e Diritto*, 2006, pp. 521 y 522.

do en la jurisprudencia menor. Así, la SAP de Cáceres (Sección 1.ª) de 15 de junio de 2015 (JUR 2015\175018) desestimó la demanda de la hija en virtud de la cual solicitaba al padre el abono de los alimentos no satisfechos con anterioridad a la determinación de la filiación. En el caso enjuiciado, la hija había ejercitado, de forma procesalmente errónea, una acción de reembolso *ex* artículo 1158 del Código civil frente a su padre por los alimentos abonados por la madre. La Audiencia desestimó la pretensión argumentando que la actora no era quien había abonado los alimentos, sino su madre, por lo que no cabe el *reembolso* solicitado, y que el demandado nunca había ostentado la patria potestad de la hija, habiéndose determinado la filiación paterna cuando la demandante tenía 41 años de edad (FJ 3.º). No obstante, la Audiencia Provincial de Cáceres precisaba que, independientemente de cuál hubiese sido el fundamento jurídico de la solicitud de abono de los alimentos dejados de percibir por la hija con anterioridad a la determinación de la filiación, incluso aun considerándola como compensación o como daño moral, *la respuesta es incuestionablemente negativa* en cualquier caso, reproduciendo (en el FJ 4.º) el razonamiento de la antes referida Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1995.

Distinta orientación de la jurisprudencia menor se aprecia en lo que se refiere al reintegro o reembolso de los alimentos abonados por el progenitor que se ha ocupado en solitario de la crianza de un hijo sin ayuda para sufragar sus gastos de sustento y educación en los casos de falta de reconocimiento de la filiación⁵⁸. Cabe mencionar a este respecto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 4.ª) de 8 de enero de 2008 (AC 2008\592), en la que se analizaba la demanda interpuesta por una madre frente al padre de su hija por el incumplimiento de sus obligaciones paterno-filiales, solicitando el reintegro de las cantidades en concepto de alimentos que debió sufragar, y, adicionalmente, una indemnización por daños morales *ex* artículo 1902 del Código civil. Según constaba acreditado en autos, el demandado conocía desde el principio su condición de padre y mantuvo con la hija una relación personal propia de tal condición, si bien modulada por la circunstancia de tener a su vez una esposa e hijos matrimoniales, y no

⁵⁸ Así, respecto a los derechos de la madre en estos casos el artículo 340-5 del *Code Civil* francés, durante los años 1972 al 2005, reconocía expresamente la posibilidad en caso de estimación judicial de la acción de reclamación de la paternidad de condenar al padre al reembolso total o parcial de los gastos de maternidad y manutención durante los tres meses anteriores y los tres meses posteriores al parto, sin perjuicio de la posible reclamación de otros daños y perjuicios que resultasen procedentes en aplicación de las reglas generales en materia de responsabilidad extracontractual (*ex* artículos 1382 y 1383 *Code Civil*).

convivir con la actora y la hija que ambos tenían en común, manteniéndose esta situación aceptada por ambas partes hasta que cesó, a instancias del demandado. Fue entonces cuando la actora entabló con éxito el correspondiente proceso de filiación, fruto del cual el demandado reanudó la relación personal con su hija (*vid.* FJ 2.º de la Sentencia).

La Audiencia reconoció el derecho de repetición de la madre por los gastos alimenticios sufragados con anterioridad a la determinación judicial de la filiación, justificando dicho derecho en las reglas del pago por tercero previstas en el artículo 1158 del Código civil, en la doctrina del enriquecimiento sin causa y en el derecho de reintegro reconocido al codeudor que abona la totalidad de la deuda en las obligaciones solidarias del artículo 1145 del Código civil. Así, según la Audiencia «en virtud de la Sentencia de determinación legal de filiación el demandado asumió con carácter retroactivo la obligación de alimentar a su hija (...) desde el nacimiento y puesto que dicha obligación pesó, casi con integridad, sobre la actora, a ella le asiste el derecho de repetición (...)» (FJ 3.º). Para ello, la sentencia se basa en el carácter declarativo de la sentencia que determina la filiación con efectos que «se retrotraen al momento en que la procreación tuvo lugar», siempre que sea posible. Reconoce que el artículo 148 del Código civil claramente dispone la ausencia de retroactividad de los alimentos, pero soslaya su aplicación entendiendo que «el régimen jurídico aplicable a los alimentos del artículo 110 es el del artículo 154 y no el contenido en los artículos 142 y siguientes, todos ellos del Código Civil, considerando la doctrina que, en concreto el artículo 148 sólo resulta aplicable en algunos casos y con limitaciones» (FJ 3.º).

Pero respecto a la indemnización por daños morales padecidos por la madre y debidos a la crianza en solitario de la menor *ex* artículo 1902 del Código civil, la Audiencia desestimó, considerando que durante cierto tiempo, la relación (siquiera insuficiente) entre la hija y su padre y las consiguientes obligaciones paternofiliales por parte del demandado se habían acomodado al acuerdo tácitamente alcanzado con la actora. De modo que la estimación de una indemnización por daños morales solicitada por la actora «conculcaría el principio de no ir contra los propios actos o, en relación con lo expuesto por el demandado, porque la consciente y voluntaria inactividad de la actora la corresponsabiliza en el incumplimiento que imputa al demandado hasta el punto de deslegitimar su condición de perjudicada» (FJ 3.º).

III. LA SENTENCIA PLENARIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2018: ¿UN ANTES Y UN DESPUÉS EN EL ESTADO DE LA CUESTIÓN?

La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018\5158) merece un análisis separado por su carácter plenario, su intención de zanjar la responsabilidad por daños en las relaciones familiares, y ser la última recaída a día de hoy. Esta sentencia reacciona frente la creciente doctrina científica y el progresivo aumento de las sentencias de Audiencias favorables a la aplicabilidad del derecho de daños al derecho de familia decantándose por la inmunidad de las relaciones familiares a la aplicación de las reglas generales de responsabilidad civil, cerrando todos los resquicios que había dejado abiertos en sus pronunciamientos anteriores y restringiendo las posibles indemnizaciones en el ámbito de tales relaciones a las expresamente previstas por el legislador⁵⁹.

La Sentencia analiza nuevamente la viabilidad de las indemnizaciones derivadas de la ocultación o, con mayor propiedad, falsa atribución de la paternidad matrimonial, aunque su trascendencia es mayor, pues pretende extender su argumentación a las relaciones familiares en su conjunto. En particular, en el caso enjuiciado, el marido solicitaba *ex* artículo 1902 del Código civil la devolución de las cantidades abonadas al hijo cuya filiación fue impugnada, en concepto de pensión alimenticia a resultas del procedimiento de separación y divorcio, el abono de la mitad de los gastos en los que había incurrido de la acción de impugnación de la paternidad y una indemnización por daños morales que cifraba en 70.000 €. Pretensiones que habían sido acogidas en su integridad en las sentencias de instancia, si bien la SAP de Cádiz (Sección 5.ª) de 13 de junio de 2017 (AC 2017\1113) recurrida en casación, había reducido la indemnización por daños morales a 15.000 €.

El Tribunal Supremo, en primer lugar, fija el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción en el momento de la notificación de la sentencia a través de la cual se comunicó al actor su no paternidad, y no desde la fecha en el que había tenido conocimiento de los resultados del estudio genético al que se sometió de forma privada, pues es a partir de la fecha de la sentencia cuando cesa la

⁵⁹ Como DE VERDA Y BEAMONTE, destaca a modo de reflexión final en su comentario a dicha Sentencia, la sentencia en cuestión «... supone una mala noticia, en cuanto cierra el camino hacia el resarcimiento de un daño moral, sobre cuya reparación existía un importante consenso doctrinal y jurisprudencial (como demuestran las numerosas sentencias de instancia recaídas sobre la materia); y ello, con argumentos teóricos muy discutibles (y poco desarrollados), alejándose, de este modo, de sentimientos comúnmente compartidos en la sociedad» (*Diario La Ley*, 2018, p. 11).

determinación legal de la paternidad y se practica la correspondiente inscripción de rectificación en el Registro Civil (FJ 2.º), concluyendo así que la demanda de responsabilidad civil extracontractual se había interpuesto en tiempo y forma⁶⁰.

La devolución solicitada por el actor de la cantidad sufragada en concepto de alimentos es declarada improcedente por el Tribunal Supremo, con la misma argumentación efectuada en la antes referida Sentencia plenaria de 24 de abril de 2015 (RJ 2015\5158)⁶¹, si bien destacando que mientras en la sentencia de 2015 la devolución de los alimentos abonados había sido solicitada *ex* artículos 1895 y 1902 del Código civil, en el caso enjuiciado únicamente se había alegado la responsabilidad por daños. Divergencia en la fundamentación jurídica que, según la sentencia, en nada obsta a la posibilidad de decretar igualmente la improcedencia de la pretensión del actor, solución que el Tribunal Supremo justifica en que la obligación alimenticia surge por el nacimiento del menor constante matrimonio en aplicación de los artículos 111 y 154 del Código civil, cuyos efectos se prolongan en el tiempo hasta el momento en que se dicta la sentencia de impugnación de la paternidad matrimonial.

Así, el Tribunal Supremo considera que los alimentos, en cuanto parte integrante de las obligaciones que comprende la patria potestad, despliegan sus efectos a lo largo de la vida del menor, sin

⁶⁰ Planteamiento acerca del *dies a quo* de prescripción de la acción acogido por el Tribunal Supremo que, como destacan MARTÍN CASALS y RIBOT IGUALADA, resulta coherente con la mayoría de las sentencias dictadas en esta materia por la jurisprudencia menor, que efectivamente fijan el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil en el momento en que la sentencia de impugnación de la paternidad deviene firme, so pretexto de que solo desde ese momento el actor tiene un conocimiento cierto de su no paternidad, puesto que el informe genético privado sólo constituye un «primer indicio», al no constar «de forma inequívoca» la identidad de los implicados, ni existir «una garantía de cumplimiento de la cadena de custodia», tal y como subrayaba la SAP Cantabria (Sección 2.ª) de 3 de marzo de 2016 (AC 2016\799) (FJ 2.º). En efecto, no puede ser de otra forma, pues es únicamente a partir del momento en que la sentencia de determinación o impugnación de la filiación deviene firme, cuando el actor puede ejercitar la acción encaminada al resarcimiento de los daños padecidos, pues hasta ese momento sigue operando la presunción de paternidad matrimonial (CCJC, 2019, p. 9). A propósito del *dies a quo* de la prescripción a partir del informe biológico o la sentencia firme que desvirtúa la filiación. *vid.*, asimismo, en la misma línea FARNÓS AMORÓS, 2018, p. 283 nota 22.

Por su parte, NEVADO CATALÁN disecciona los distintos daños alegados por el padre al que falsamente se atribuyó la paternidad, aplicando a cada uno de ello un *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción (InDret, 2018, p. 35). MARTÍN CASALS y RIBOT IGUALADA critican esta posición, que «supone confundir el daño como interés jurídico protegido que justifica otorgar tutela aquiliana en estos casos con los perjuicios o concretas partidas resarcitorias que son consecuencia del daño y escindir la acción en tantas acciones como perjuicios resarcibles» (CCJC, 2019, p. 11).

Así pues, la prescripción se produce respecto de la acción de responsabilidad civil y se fija en la pérdida del vínculo paterno-filial legal que se produce con la sentencia firme de impugnación de la paternidad, tal y como se estima en la STS de 13 de noviembre de 2018.

⁶¹ *Vid. supra* apartado II.1.

que proceda su devolución por la simple divergencia entre la paternidad biológica y la formalmente determinada. A lo que añade que ni los alimentos, ni cualesquiera otros efectos derivados de las obligaciones de los padres para con sus hijos, son susceptibles de devolución, ya que «los alimentos no tienen efectos retroactivos, *de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida*» (citando a tal efecto las vetustas SSTS de 30 de junio de 1885, 26 de octubre de 1897 y 18 de abril de 1913), no siendo posible *ex* artículo 112 del Código civil comprender dentro de los efectos retroactivos de la filiación la devolución de los alimentos abonados, puesto que tales alimentos tienen carácter consumible. Consecuentemente, la sentencia descarta toda posible solicitud de devolución de los alimentos abonados, independientemente de la causa por la que se reclame la devolución, bien sea en aplicación del principio del cobro de lo indebido del artículo 1895 del Código civil o de las reglas generales en materia de responsabilidad civil extracontractual del artículo 1902 del Código civil, sin ulterior precisión sobre las repercusiones que la ocultación dolosa de la paternidad por parte de la madre pudiera tener a tal efecto⁶².

Acto seguido, la sentencia aborda la aplicabilidad del artículo 1902 del Código civil en el ámbito de las relaciones familiares, subrayando cómo el debate acerca de dicha aplicación:

«Constituye, sin duda, una de las cuestiones, no solo de mayor complejidad, sino de mayor actualidad del derecho de familia, tanto en el ámbito de la doctrina científica, como en el de las Audiencias Provinciales y en el derecho comparado, con posiciones contrarias sobre la aplicación de la normativa propia de la responsabilidad civil extracontractual a las relaciones de familia, algo que hasta hace no mucho tiempo ha sido ajeno al derecho de daños, posiblemente para preservar estas relaciones y porque no era fácil, como ocurre con los alimentos, encajarla en nuestro sistema» (FJ 4.º).

La sentencia reconoce el criterio dispar seguido en materia de responsabilidad civil por la falta atribución de la paternidad en sus Sentencias de 22 y 30 de julio de 1999, optando por acoger el planteamiento adoptado en esta última y desestimando toda posibilidad de aplicar el artículo 1902 del Código civil, aun cuando conste

⁶² UREÑA MARTÍNEZ considera acertada la solución alcanzada a este respecto por el Tribunal Supremo sobre la improcedencia de devolución de los alimentos abonados por el actor por la falta de paternidad. Pese a considerarla injusta, estima que no cabe otra solución posible teniendo en cuenta que tales alimentos se abonaron en cumplimiento de una obligación legal y fueron consumidos para satisfacer las necesidades del menor, sin que sea posible considerarlos como causantes de un daño o detrimento patrimonial *ex* artículo 1902 CC (CCJC, 2019, p. 16).

acreditada la conducta dolosa de la esposa, como se infería de la referida Sentencia de 22 de julio de 1999. Planteamiento tras el cual el Alto Tribunal desarrollaba su parecer en términos generales acerca de la interrelación entre la familia y la responsabilidad por daños en unos términos que excedían con mucho el ámbito del caso enjuiciado.

Según el Tribunal Supremo no cabe negar que conductas como la falsa atribución de la paternidad sean susceptibles de causar un daño, sino que «lo que se niega es que este daño sea indemnizable mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual, a partir de un juicio de moralidad indudablemente complejo y de consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar» (FJ 4.º).

La sentencia se cuida de precisar que este planteamiento no implica exclusión alguna del sistema general de responsabilidad civil del artículo 1902 del Código civil, ni tampoco que los daños generados en el ámbito de las relaciones familiares queden desprovistos de sanción cuando derivan de la comisión de delitos o de conductas que atentan contra los derechos fundamentales. Lo único que supone, según el Tribunal Supremo, es que los daños derivados del incumplimiento de los deberes matrimoniales no son resarcibles en aplicación del artículo 1902 del Código civil. Las conductas de los cónyuges que contrarían los deberes conyugales previstos en los artículos 66 a 68 del Código Civil resultan incoercibles y cuentan con una sanción específica en la normativa reguladora del matrimonio dentro de la cual, más allá de la posibilidad de los cónyuges de acudir a la separación o divorcio, se contemplan medidas como la indemnización al cónyuge de buena fe derivada de la nulidad matrimonial (art. 98 CC) o la posibilidad de obtención, modificación o extinción de la pensión compensatoria del artículo 97 del Código civil (FJ 4.º).

Ahora bien, precisado lo anterior y visto que el actor no basaba la indemnización reclamada en la vulneración del deber de fidelidad por parte de su ex-mujer, sino en el daño causado por una conducta subsumible en artículo 1902 del Código civil, el Tribunal Supremo sorteaba ese «escollo» afirmando sencillamente que «lo que lleva a la ocultación es el incumplimiento del deber de fidelidad», motivo por el cual reconduce la desestimación de la reclamación a la referida incoercibilidad de los deberes familiares (FJ 4.º). Razonamiento de la sentencia comentada que no compartimos, pues fusiona dos conductas que deben ser separadas. Por una parte, la infidelidad o adulterio de la esposa, que no resulta sancionable ni indemnizable *per se*, y por otra, la falsa atribución al marido de la

paternidad matrimonial derivada de la presunción de paternidad del nacido de las relaciones extramatrimoniales mantenidas por la esposa⁶³. Conducta esta última que, en sí misma resulta, por lo menos, culpable o negligente y origina unos daños, que pueden ser resarcidos *ex* artículo 1902 del Código civil. Conclusión que a mayores deberá alcanzarse cuando pueda acreditarse la certeza de la esposa sobre la paternidad de su hijo, es decir, cuando sabe a ciencia cierta que el marido no es el padre de la criatura y puede identificar quién es el progenitor en cuestión, evidenciado con ello una conducta claramente dolosa y potencialmente lesiva de derechos fundamentales⁶⁴.

Nótese que el argumento aducido por el Tribunal Supremo en pro de la inaplicabilidad de las reglas de responsabilidad civil a las relaciones familiares se basa en las consecuencias negativas que para el grupo familiar ello implicaría tiene una naturaleza acusadamente sociológica, cuya apreciación únicamente podrá derivarse de *un juicio de moralidad indudablemente complejo*, que es precisamente el que el propio Tribunal considera debe ser evitado. Contradicción del Alto Tribunal a la que se suma el hecho de que no existe en nuestro ordenamiento jurídico ningún precepto del cual quepa inferir que la «paz familiar» opere como principio rector del marco regulatorio de las relaciones familiares⁶⁵, ni mucho menos

⁶³ En la línea apuntada anteriormente, CARRASCO PERERA distingue entre un «dolo perverso» (ser adúltero para causar daño al otro cónyuge) y un «dolo más compasivo» (ser simplemente adúltero), en consonancia con la distinción sobre el dolo trazada por el Tribunal Federal alemán para reputar viable la indemnización del padre en los casos de falsa atribución de la paternidad (2006, pp. 526 y 527). FERRER RIBA diferencia asimismo entre la mera infidelidad no sancionable y los daños derivados de la ocultación (no meramente reticente) de la paternidad, a propósito del razonamiento seguido a tal efecto por el Tribunal Federal alemán para reconocer indemnizaciones en los casos de ocultación de la filiación (*InDret*, 2000, pp. 15 y 16).

Por el contrario, LÓPEZ DE LA CRUZ comparte el planteamiento del Tribunal Supremo, pues considera que de una u otra forma los comportamientos de la esposa y su enjuiciamiento como culpables/negligentes (al no adoptar métodos anticonceptivos o evitar el mantenimiento de relaciones coetáneas) o dolosos (no informando sobre sus dudas acerca de la paternidad u ocultándola directamente) son sancionados como tales en la medida en que se hallan directamente relacionados con la infidelidad conyugal, infidelidad que no resulta resarcible (*Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2019, pp. 15 y 16).

⁶⁴ FARNÓS AMORÓS considera que la ocultación de la paternidad en el seno del matrimonio constituye el incumplimiento independiente de deber matrimonial de fidelidad, que además puede traducirse en la vulneración de algún derecho fundamental que justifique el derecho a indemnización. Entre los que cita la integridad física y moral, cuando el actor pueda probar la existencia de un cuadro depresivo directamente relacionado (art. 15 CE) o el honor (art. 18.1 CE) (*DPC*, 2011, pp. 34 y 35). La diferenciación entre la infidelidad (que no es la conducta dañosa) y el daño derivado de la ocultación independientemente de la infidelidad es destacada también por NEVADO CATALÁN, *ADC*, 2019, pp. 971 y ss.

⁶⁵ La paz familiar se incluyó expresamente en la exposición de motivos del Proyecto de Ley de la que sería Ley de 13 de mayo de 1981, respecto a las acciones de filiación. La ley se debatía entre dos criterios opuestos: la posibilidad de descubrir la verdad biológica, y la posesión de estado que permite la estabilidad de las relaciones sobre el estado civil a favor del hijo, cuando *vive en paz* una cierta relación de filiación (BOCG, 1 Legislatura,

que dicho principio permita excluir la aplicación del artículo 1902 del Código civil aun cuando concurren todos sus presupuestos⁶⁶ (daño, relación de causalidad y ya no solo conducta culpable o negligente, sino incluso dolosa) o restringir las indemnizaciones en el ámbito familiar a las legalmente tipificadas so pretexto de su incompatibilidad con el referido artículo 1902 CC⁶⁷.

Como puede apreciarse, en el razonamiento transcrito el Tribunal Supremo parece decantarse no solo por la incoercibilidad de los deberes conyugales e imposibilidad de reconocer sanción indemnizatoria alguna asociada a su incumplimiento (y en particular del deber de fidelidad del artículo 68 del Código civil, premisa innegable en los casos de ocultación de la paternidad)⁶⁸ sino, también, por la total y absoluta sustracción de las relaciones familiares a la aplicación de las reglas generales en materia de responsabilidad civil, incluso en los casos extremos en que conste acreditada la existencia de un comportamiento doloso que causa el daño cuya indemnización se pretende. Exclusión de la aplicabilidad de tales reglas en materia de responsabilidad civil y en particular del artículo 1902 del Código civil que, según el Tribunal Supremo se fundamenta, única y exclusivamente, en la improcedencia de realizar *juicios morales complejos sobre los comportamientos familiares* y en las consecuen-

Serie A, 14 de septiembre de 1979, N.º 71-1, p. 317. La Ley de 13 de mayo de 1981 se aprobó sin exposición de motivos, que perdió durante la tramitación parlamentaria.

⁶⁶ Cfr., entre otros, ROCA TRÍAS, 2000, p. 562 y DE VERDA Y BEAMONTE, *Diario La Ley*, 2018, pp. 6 y 7. Para una visión crítica de los pros y contras de la paz familiar o status familiar como fundamento de la inmunidad de las relaciones familiares a la aplicación de las reglas generales en materia de responsabilidad civil desde un punto de vista de Derecho comparado e internacional, *vid.* FERRER RIBA, *InDret*, 2000, pp. 8 a 10.

En el mismo sentido, la SAP de Cádiz (Sección 5.ª) de 13 de junio de 2017 (AC 2017\1113) respecto a la responsabilidad por ocultación de la paternidad, transcribe el pronunciamiento contenido en la Sentencia de la misma Audiencia Provincial (Sección 2.ª) de 3 de abril de 2008 (JUR 2008, 234675), que reconoce que nuestra sociedad admite y ampara diversas estructuras jurídicas que dan cobertura y regulación a diferentes de modelos de convivencia en pareja; por lo que «quien contrae matrimonio adquiere la legítima expectativa a que su cónyuge lleve a efecto los compromisos que adquirió al prestar su consentimiento y debe tener derecho a obtener una indemnización si el incumplimiento cualificado de aquellos le ha causado un daño. Ello debería legitimar las acciones indemnizatorias que entable cualquiera de los cónyuges por la infidelidad del otro si acredita que con ello se le ha causado un daño moral o económico apreciable, fuera del padecimiento psicológico ordinario que sigue a cualquier ruptura de pareja. Y ello aunque tal posición pudiera generar una inflación de pleitos en tal sentido, que consideramos que no es argumento de peso mientras esté vigente el artículo 1902 CC» (FJ 2.º).

⁶⁷ Cfr. VIVAS TESÓN, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2011, p. 344.

⁶⁸ UREÑA MARTÍNEZ considera acertado este planteamiento del Tribunal Supremo que fundamenta la exclusión de la responsabilidad civil en estos casos de ocultación o de falsa atribución de la paternidad en la falta de sanción jurídica por el incumplimiento de los deberes matrimoniales, sobre todo a partir de la reforma operada por la Ley 15/2005 (CCJC, 2019, pp. 15 y 16).

cias negativas que se derivarían para la institución familiar en caso de acoger la solución contraria⁶⁹.

No obstante, el alambicado, contradictorio y discutible razonamiento del Tribunal Supremo efectuado para justificar no solo la exclusión de la indemnizabilidad de los daños derivados de falsa atribución de la paternidad sino también, según parece, de cualesquiera daños acaecidos en el ámbito de las relaciones familiares, hace presagiar que el debate en torno a la aplicación del artículo 1902 del Código civil a las relaciones familiares lejos de desaparecer continuará dando mucho juego en los juzgados y tribunales de nuestro país.

Buena prueba de lo anterior es que las Audiencias provinciales ya han encontrado una manera de sortear el parecer del Tribunal Supremo formulado en dicha sentencia plenaria, caso de la SAP de Madrid (Sección 8.ª) de 24 de mayo de 2019 (JUR 2019\214532), en la que se reconoce una indemnización por ocultación de la paternidad, en concepto de daños morales por un importe de 50.000 € al considerar que:

«... lo que niega el Alto Tribunal es que el daño causado por la ocultación de los efectos de la infidelidad en el ámbito matrimonial

⁶⁹ Por el contrario, MARTIN CASALS y RIBOT IGUALADA, pese a reconocer que el tenor literal del razonamiento de la sentencia comentada no permite una fácil comprensión de su alcance, consideran que con este planteamiento el Tribunal Supremo no se muestra partidario de una supuesta regla de «inmunidad» familiar» a las reclamaciones de responsabilidad civil en el ámbito familiar, en el sentido preconizado históricamente en el ámbito del *Common Law*. Estos autores parten de la premisa de que «... la relación familiar no puede fundamentar ilícitos civiles que no se darían de igual modo entre extraños si no se prevén expresamente dentro del propio Derecho de familia», por lo que las reglas generales de responsabilidad civil no pueden complementar las reglas de Derecho de familia por considerar que dichas reglas protegen «de menos» a alguno de los miembros. Para ellos la sentencia resulta acertada al considerar que el daño causado no es jurídicamente relevante ni tiene acceso a los remedios generales de responsabilidad civil, puesto que tales daños se desenvuelven en la esfera puramente moral dada la imposibilidad de jurificar ámbitos como las relaciones afectivas o de confianza en el seno familiar que conlleven difíciles juicios de moralidad. Para ellos la «paz familiar» debe ponderarse y complica la realización de juicios morales acerca de quién actuó bien o mal, pues el silencio de la madre sobre sus relaciones extramatrimoniales puede obedecer al mantenimiento de la paz o de proteger el interés de sus hijos. Dificultad de realización de juicios morales acerca del proceder de las partes que ilustran con el cese de relaciones de los otros hijos con su padre en el caso enjuiciado. Citan, asimismo, a tal efecto la SAP de Granada (Sección 5.ª) de 13 de junio de 2014 (AC 2014\1628), en la que pese a reconocer la conducta culposa de la esposa se excluyó la responsabilidad por la ocultación o falta atribución de la paternidad so pretexto de las dificultades por su parte de saber lo que resultaría más favorable a la paz familiar y a los intereses del hijo cuya paternidad resulta controvertida. En definitiva, para ellos la no aplicabilidad de las reglas de responsabilidad civil en casos como en el enjuiciado obedecen a la necesidad de contraponer tanto los intereses de las partes (el padre que tiene derecho a saber las dudas o falta paternidad del menor y el derecho de la madre a la intimidad acerca de sus relaciones extramatrimoniales) como el interés social (la paz familiar), sin olvidar que la culpa ha sido desterrada de la regulación del matrimonio en nuestro ordenamiento, particularmente a partir de las reformas operadas en 2005, motivo por el cual consideran inapropiado recuperar la noción de culpa en las relaciones conyugales por la vía de la aplicación de las reglas de responsabilidad civil (*cf.* CCJC, 2019, pp. 11 a 18 y también en ADC, 2011, pp. 526 y 527).

“sea indemnizable mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual, a partir de un juicio de moralidad indudablemente complejo y de consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar” (...). Doctrina no aplicable al presente supuesto, puesto que la ocultación de las dudas sobre la paternidad biológica o del conocimiento de que la menor no era hija de D. José Ángel, no se puede incardinar en el incumplimiento de los deberes impuestos a los cónyuges en el Código Civil, ni, concretamente a las consecuencias de la infracción del deber de fidelidad que el artículo 68 del Código civil impone a los casados... (FJ 3.º)».

Así, según la Audiencia Provincial de Madrid, dado que en el caso enjuiciado la niña en cuestión había sido concebida antes de contraer matrimonio y que las relaciones de noviazgo carecen de regulación legal alguna en nuestro ordenamiento, si uno de los miembros de la pareja lleva a cabo una conducta culposa (mantener relaciones con un tercero y ocultar sus dudas sobre la paternidad a su pareja) que causa un daño (frustración y dolor por la pérdida de la relación paternal y del proyecto de vida en común con la menor) y dicho daño está causalmente relacionado (ya que de haber indicado tales dudas, el matrimonio y, en consecuencia, la determinación de la filiación paterna por la presunción de paternidad no se habrían producido), deberá responder del daño causado *ex* artículo 1902 del Código civil⁷⁰.

Sin embargo, contrariamente al parecer de la sentencia transcrita, reiterado en la SAP de 29 de abril de 2021 (JUR 2021\ 232726) de acuerdo con el planteamiento adoptado por el Tribunal Supremo, parece que las indemnizaciones en el ámbito de las relaciones familiares se restringen únicamente a aquéllas expresamente previstas por el legislador, cual acontece en el caso de las indemnizaciones derivadas de la nulidad matrimonial *ex* artículo 98 del Código civil y a la indemnización por incumplimiento de la promesa de matrimonio del artículo 43 del Código civil. Más allá de tales casos no ha lugar indemnización alguna en el seno de las relaciones familiares, sean éstas matrimoniales o no, y traigan causa o no de comportamientos negligentes, culposos o dolosos que ocasionan un daño efectivo. Planteamiento que nos suscita la duda de cómo conjugarlo con el reconocimiento de indemnizaciones en concepto de

⁷⁰ Un supuesto muy similar es el analizado en la SAP de Madrid de 19 de febrero de 2016 (Sección 22.ª) (JUR\2016\75571). En el caso enjuiciado por dicha sentencia, el actor había contraído matrimonio con su novia embarazada *ex se prægnantem*. Al enterarse después de celebrado el matrimonio de que el hijo no era suyo, entabló demanda de nulidad matrimonial, reclamando una indemnización por los daños derivados de la falta atribución de la paternidad *ex* artículo 98 CC (y no por el art. 1902 CC), que la Audiencia Provincial estimó en 18.000 €.

daños morales por el incumplimiento del régimen de guarda y custodia de la anteriormente analizada STS de 30 de junio de 2009, respecto a la cual la Sentencia plenaria del 2018 se limita a apuntar que nada tiene que ver con el caso enjuiciado de la ocultación de la paternidad.

IV. INDEMNIZACIONES LEGALMENTE PREVISTAS EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES FAMILIARES

Como se ha visto, el actual planteamiento del Tribunal Supremo plasmado en su Sentencia Plenaria de 13 de noviembre de 2018 restringe las indemnizaciones en el ámbito de las relaciones familiares únicamente a aquéllas legalmente previstas, excluyendo toda posible aplicación de las reglas generales de responsabilidad civil al Derecho de familia. Por eso interesa analizar si este planteamiento incide a la hora de acotar las partidas indemnizatorias asociadas a los supuestos de responsabilidad expresamente tipificados por el legislador, caso del resarcimiento por incumplimiento de la promesa de matrimonio del artículo 43 del Código civil y de la indemnización derivada de la nulidad matrimonial del artículo 98 del Código civil.

Dicho de otra forma, se trata de determinar si las indemnizaciones previstas en los artículos 43 y 98 del Código civil operan como supuestos indemnizatorios autónomos y totalmente ajenos al Derecho de daños, o si, por el contrario, en ambos casos el recurso a las reglas generales en materia de responsabilidad civil resulta posible o incluso obligado.

1. INCUMPLIMIENTO DE LA PROMESA DE MATRIMONIO

El Código Civil regula en el artículo 43 la obligación de reembolsar los gastos hechos y las obligaciones contraídas cuando se incumple sin causa la promesa cierta de matrimonio⁷¹. La idea subyacente a este precepto es que la libertad nupcial constituye un pilar fundamental de nuestro ordenamiento jurídico (art. 32 CE), que hace incoercible la obligación de contraer matrimonio respecto al cónyuge que incumple la promesa, como así expresamente dispone el artículo 42 del Código civil; pues el «*ius connubii*» tiene

⁷¹ Sobre los requisitos de la promesa cierta y su prueba *vid.*, entre otros, GARCÍA CANTERO, 1982, p. 40; BADOSA COLL, 1984, pp. 116 y 117; CARRIÓN OLMOS, 2006, pp. 132 y ss.; y DURÁN RIVACOBRA, 2011, pp. 340 y 341, y DÍAZ MARTÍNEZ, (2013, pp. 640-646).

carácter tanto positivo, a nadie se le puede prohibir contraer matrimonio, como negativo, a nadie se le puede obligar a contraer matrimonio.

Los gastos hechos y las obligaciones contraídas deben ser resarcidos por quien incumple la promesa, en aras a evitar un «empobrecimiento injusto», motivo por el cual son varias las sentencias de las Audiencias Provinciales que han vinculado el resarcimiento del artículo 43 del Código civil con la figura del *empobrecimiento injusto*, entendiéndolo como la otra cara de la moneda del enriquecimiento injusto. Así la SAP de Barcelona (Sección 19.^a) de 12 de junio de 2008 (JUR 2008\317049) afirma que el precepto «contempla a los esponsales como fuente de una expectativa protegida por la ley, no a través del derecho de crédito, negado en el artículo 42, ni mediante la indemnización de daños, porque su infracción no es un acto ilícito, sino mediante la vía de empobrecimiento injusto y la obligación de repararlo» (FJ 2.^o). Planteamiento que con anterioridad ya había sido destacado en la SAP de Almería de 24 de octubre de 1994 (AC 1994\2380, FJ 2.^o).

Al ser técnicamente un resarcimiento por los gastos realizados, cabe afirmar que el derecho de reembolso reconocido en el artículo 43 del Código civil no tiene en puridad naturaleza indemnizatoria, pues no se requiere culpa alguna, ni los conceptos reembolsables son daños en sentido estricto, sino meramente *gastos* realizados por el contrayente abandonado⁷².

La obligación de resarcir surge cuando se incumple sin causa la promesa de matrimonio, a diferencia de cuanto acontecía con anterioridad a la reforma operada por la Ley de 7 de julio de 1981, que requería que el incumplimiento no obedeciese a una *justa causa* para reputar procedente el resarcimiento⁷³. A los efectos que aquí

⁷² Cfr. BADOSA COLL, 1984, p. 160 y 1991, p. 261. No le falta a razón a DURÁN RIVACOBIA cuando destaca que el artículo 43 CC no trata «... tanto de la vinculación jurídica que produzca la promesa, completamente inexistente, sino en el modo de reponer las relaciones de justicia cuando un matrimonio proyectado no tenga lugar, pese a los desembolsos que se hayan producido en su previsión. No constituyen, por consiguiente, cláusulas penales de ninguna especie, del todo ignoradas en el ordenamiento español (...), sino pagos y obligaciones asumidas en previsión de un suceso comprometido futuro, y acaso inminente, que no prospera» (2011, p. 339). Por su parte, GARCÍA RUBIO aun cuando considera que el artículo 43 CC reconoce «... una genuina deuda indemnizatoria puesto que no pretende el reembolso de los gastos efectuados, sino el resarcimiento o indemnización por el daño consistente en que, ahora, los gastos hechos u obligaciones contraídas son inútiles», sin embargo, acto seguido, destaca igualmente que «... se trata de una obligación de resarcir (si se prefiere de reembolsar) basada en el principio de responsabilidad por la confianza defraudada (aunque no es ciertamente un caso de culpa *in contrahendo*), y no en criterios de dolo o culpa de quien se niega a contraer matrimonio» (CCJC, 1997, p. 408).

⁷³ En la redacción originaria del Código civil la promesa de matrimonio se regulaba en los artículos de los artículos 43 y 44 CC correspondientes a los actuales 42 y 43. Así, según el antiguo art. 43 CC: «Los esponsales de futuro no producen obligación de contraer matrimonio. Ningún Tribunal admitirá demanda en que se pretenda su cumplimiento». Por

interesan basta notar que el mero incumplimiento de la promesa, no merece reproche culpabilístico alguno⁷⁴, incluso aunque carezca de justificación o causa, restringiendo sus efectos a una mera obligación de reembolso.

La casuística respecto a las partidas reembolsables susceptibles de incluirse dentro de la fórmula recogida en el artículo 43 del Código civil de «los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido», es muy rica y variada. Desde luego, no cabe duda de que tienen cabida aquí, como han admitido diversas sentencias, todos los gastos relativos al banquete nupcial, las invitaciones de boda, el reportaje fotográfico o de vídeo, la indumentaria de los novios, las alianzas, el tabaco o cualquier otro obsequio para regalar el día del enlace, el alquiler del equipo de música o DJ de la posterior celebración o la luna de miel⁷⁵.

Se trata, en suma, de partidas que responden al concepto de daño emergente derivado del incumplimiento de la promesa de matrimonio. Daño emergente que preside la configuración dada por el legislador al artículo 43 del Código civil, y dentro del cual la ya antigua STS de 27 de marzo de 1958 (RJ 1958\1456)⁷⁶ incluía,

su parte, el art. 44 establecía: «Si la promesa se hubiere hecho en documento público o privado por un mayor de edad, o por un menor asistido de la persona cuyo consentimiento sea necesario para la celebración del matrimonio, o si se hubieren publicado las proclamas, el que rehusare casarse, sin justa causa, estará obligado a resarcir a la otra parte los gastos que hubiese hecho por razón del matrimonio prometido. La acción para pedir el resarcimiento de gestión, a que se refiere el párrafo anterior, sólo podrá ejercitarse dentro de un año, contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio».

⁷⁴ Así, tal y como destacaba la STS de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996\9020), y las SSAP de Barcelona (Sección 16.ª) de 8 de octubre de 2004 (JUR 2004\303882) y de Alicante (Sección 7.ª) de 14 de diciembre de 2005 (JUR 2008\140947) «... la libre decisión de la demandada supone “justa causa” o “causa” y no cabe buscar culpabilidades, puesto que atentaría a la libertad de conciencia». Respecto a dicha SAP de Barcelona ha de notarse, sin embargo, que consideró que en el caso enjuiciado la *libre decisión* del demandado de no contraer matrimonio suponía causa suficiente a efectos de exonerarle del deber de indemnizar *ex* artículo 43 CC, planteamiento que, como destaca CARRIÓN OLMOS, no puede compartirse, pues la mera decisión subjetiva y unilateral de no contraer matrimonio carece de virtualidad exoneratoria. Motivo por el cual considera más acertado el planteamiento acogido por la SAP de Toledo (Sección 2.ª) de 3 de abril de 2000 (AC 2000\4476), en la que se estimó (FJ 2.º) que no concurría causa en el caso enjuiciado al ser el demandado quien rompió la promesa, porque sencillamente no se encontraba preparado para asumir su nuevo estado de casado (2006, pp. 137 y 139). Y es que, como certeramente señala DURÁN RIVACOBA «... por ausencia de causa deben comprenderse las de carácter objetivo que pudieran concurrir, al margen de la voluntad pura de los partícipes» (2011, p. 339). En el mismo sentido, se manifiesta DÍAZ MARTÍNEZ, 2013, p. 642.

⁷⁵ Dichos gastos fueron considerados resarcibles, entre otras, en las SAP de Málaga (Sección 5.ª) de 31 de octubre de 2014 (AC 2014\2231), FFJJ 1.º y 3.º; SAP de Baleares (Sección 4.ª) de 3 de enero de 2012 (AC 2021\364) FFJJ 4.º y 5.º; SAP de Barcelona de 12 de junio de 2008 (JUR 2008\317049) FJ 3.º; y SSAP de Alicante (Sección 7.ª) de 14 de diciembre de 2005 (JUR 2008\140947) FJ 1.º) y (Sección 4.ª) de 2 de noviembre de 2000 (JUR 2001\46609) FJ 2.º.

⁷⁶ Dicha STS de 27 de marzo de 1958 estimó, en aplicación del principio del enriquecimiento/empobrecimiento injusto, cuyos requisitos recordaba el Tribunal Supremo, el

asimismo, los gastos realizados en la vivienda con vistas a establecer en ella el domicilio conyugal tras el enlace, gastos en la vivienda respecto a los cuales el parecer de las Audiencias resulta, no obstante, actualmente dispar⁷⁷.

En este sentido y pese a su aparente obviedad, interesa precisar que los conceptos reembolsables y exigibles *ex* artículo 43 del Código civil requieren de la efectiva existencia de una promesa cierta de matrimonio. En consecuencia, las Audiencias Provinciales estiman que el referido precepto no resulta aplicable por analogía en los casos de frustración del «proyecto de vida en común» de una pareja de

resarcimiento al «novio abandonado» de los gastos derivados de la realización de una serie de obras en la vivienda propiedad de la madre de la novia en vistas al matrimonio proyectado. Nótese que en el caso enjuiciado el demandado era el padre de la novia, pues fue él quien consintió expresamente que se realizaran tales obras, concluyendo el Tribunal Supremo que «... al romperse las relaciones prematrimoniales, desapareciendo así la razón de ser de dichas obras, surge el enriquecimiento para el demandado al incorporar a su patrimonio la obra realizada por el actor de buena fe, la que no puede ponerse en duda dado el motivo de las mismas, también existe empobrecimiento del demandante, porque al no haber percibido el importe de la obra y materiales incorporados a la misma, sufre una disminución de su patrimonio; y hay un nexo causal entre dichos enriquecimiento y empobrecimiento, pues conformes los litigantes en que las obras las costease el actor con consentimiento explícito del demandado y con vista a la boda concertada, al no celebrarse ésta quedan como mejora de la finca y con el aumento de valor que ha tenido el edificio, traspasan los linderos de la equidad y de la buena fe con daño para el actor, por lo que, concurriendo los requisitos necesarios para la procedencia de la acción de enriquecimiento ejercitada, es obligada a su estimación» (Cdo. 3.º).

⁷⁷ Así, algunas Audiencias desestimaron el resarcimiento *ex* artículo 43 CC de los gastos realizados en la vivienda, que iba a ser el domicilio del futuro matrimonio, como la SAP de Málaga (Sección 5.ª) de 31 de octubre de 2014 (AC 2014\2231) respecto a la adquisición de muebles y enseres por parte de la novia de la vivienda en la que ya vivían, ratificando el pronunciamiento de instancia; y las SSAP de Barcelona (Sección 16.ª) de 8 de octubre de 2004 (JUR 2004\303882) y (Sección 19.ª) de 12 de junio de 2008 (JUR 2008\317049).

Por el contrario, son más numerosos los pronunciamientos de las Audiencias que incluyen los gastos asociados a tales reformas y adquisiciones de enseres dentro de las partidas resarcibles del artículo 43 CC. Así, la SAP de Baleares (Sección 4.ª) de 3 de enero de 2012 (AC 2012\364) estimó indemnizable el importe del cerramiento acristalado realizado en la vivienda del novio y abonado por su pareja; la SAP de Murcia (Sección 4.ª) de 29 de mayo de 2009 (JUR 2009\280024) los gastos realizados por la novia para la adquisición e instalación de menaje, muebles y electrodomésticos en la vivienda del novio; la SAP de Badajoz (Sección 3.ª) de 10 de julio de 2007 (JUR 2007\318209) a propósito de los gastos realizados por la novia para la adquisición de mobiliario, papel pintado, griferías, etc. Incluso la SAP de Jaén (Sección 3.ª) de 8 de octubre de 2010 (JUR 2011\71676) estimó la restitución al novio de las cantidades que había entregado a la novia para la adquisición de bienes y acondicionamiento de una vivienda propiedad de los padres de la novia, con base en el principio de enriquecimiento injusto, y no en aplicación del artículo 43 CC, dado que la acción había caducado por transcurso del plazo de un año a partir de la negativa a contraer matrimonio.

Muy interesante es el caso de la SAP de Sevilla (Sección 6.ª) de 8 de mayo de 2003 (JUR 2003\267751) en la que, dentro de los conceptos reclamables *ex* artículo 43 CC, se subsumió la devolución de las cantidades abonadas en concepto de préstamo hipotecario para la construcción de una vivienda que iba a ser la residencia del futuro matrimonio, préstamo que se había concertado solidariamente por los novios junto con los padres de la novia (que incluso hipotecaron su vivienda en garantía del referido préstamo), reconociéndole a estos últimos legitimación activa para la reclamación de las cantidades correspondientes satisfechas en consideración a dicho préstamo.

hecho, en atención al cual habían realizado gastos y contraído obligaciones. Casos en los cuales el resarcimiento de esos gastos y obligaciones, particularmente de aquéllos desembolsados para la mejora de la vivienda propiedad de uno de los convivientes, se encauza a través del principio de enriquecimiento injusto⁷⁸, al no poder aplicar el artículo 43 del Código civil, de forma coherente con la jurisprudencia acerca de las indemnizaciones aplicables a las parejas de hecho en caso de ruptura o fallecimiento⁷⁹.

Respecto a las partidas indemnizatorias resarcibles por el incumplimiento de la promesa de matrimonio interesa prestar especial atención a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996\9020), la única del Alto Tribunal sobre el artículo 43 del Código civil tras la reforma operada en 1981, en la que se analizan varios aspectos interesantes y, en particular, la posible incardinación en el artículo 43 del Código civil de la indemnización por los daños morales o el lucro cesante derivados del incumplimiento de la promesa, que lleva consigo la ruptura de la relación afectiva habida entre los contrayentes.

En el caso enjuiciado una mujer con tres hijos «convino en mantener tal convivencia ante la certidumbre de que habría de alcanzar el refrendo legal, mediante celebración de matrimonio civil con el demandado (...), y así se promovió e incoó el oportuno

⁷⁸ Así lo destacaba, por ejemplo, la SAP de Madrid (Sección 21.ª) de 9 de abril de 2019 (JUR 2019\213007), a propósito de los gastos por las obras de reforma realizados en la vivienda de una mujer y costeadas por su novio sin que mediara promesa cierta de matrimonio (como quedó acreditado en autos): «... no resulta posible la aplicación analógica del artículo 43 CC a las uniones no matrimoniales, reflejando éstas un hecho jurídicamente diferenciado al que no se pueden anudar automáticamente las consecuencias jurídicas del matrimonio (...). Ahora bien, ello no impide apreciar que, en relación a los pagos hechos en la reforma de la vivienda y adquisición de enseres, abonados por la actora, nos encontremos ante un supuesto de gastos reclamables por vía de enriquecimiento injusto, en beneficio de la demandada y en perjuicio del actor -que igualmente es el fundamento de la obligación del artículo 43 CC, ante la tozuda realidad de la existencia de dichos pagos -en este sentido se ha pronunciado la SAP de Huelva, Sección 2.ª, de 14 de enero de 1998 (AC 1998\2720)-; en la medida en que, efectivamente, es la perspectiva de dicha convivencia *more uxorio* la que mueve a la actora a asumir dichos gastos cuya existencia e importe (32.642,34 euros), no han resultado controvertidos» (FJ 5.º). Fundamentación so pretexto de la cual la Audiencia ratificó la condena de instancia a la devolución del importe de las obras efectuadas en la vivienda de la mujer y costeadas por el actor. En la sentencia referida se descartaba además toda posible presunción de *animus donandi* en el novio respecto a 10.000 € que el actor había entregado a su novia, a propósito de analizar la posible existencia de un contrato de préstamo entre ambos, descartando que la existencia de una relación sentimental implique de suyo la inexistencia de dicho préstamo y la existencia de una donación (FJ 5.º).

Otro tanto se razonaba en la SAP de Barcelona (Sección 1.ª) de 29 de noviembre de 2010 (AC 2011\715), en la que se condenó a la mujer a pagar al novio los importes que había satisfecho de un préstamo concertado con la empresa IKEA para la adquisición de mobiliario destinado a la vivienda propiedad exclusiva de la novia, en aplicación del principio de enriquecimiento injusto, destacando que el novio no había llegado a vivir en esa vivienda que disfrutaba la novia en exclusiva.

⁷⁹ *Vid. supra* nota 7.

expediente previo, en el que llegó a hacerse concreto señalamiento para el acto de la ceremonia».

Durante los tres años de convivencia previa al matrimonio en la casa del hombre, la mujer resolvió el contrato de arrendamiento que tenía sobre otra vivienda de la misma ciudad, en la que había residido previamente con sus tres hijos y que le proporcionaba unos fluctuantes ingresos económicos derivados del subarriendo a otros huéspedes, de los cuales se vio privada tras la resolución del contrato de alquiler. Además, la mujer incurrió en una serie de gastos derivados de la convivencia *more uxorio* y del traslado de uno de sus hijos para estudiar a Toledo, ciudad en la que la pareja tenía intención de establecer su residencia tras la celebración del matrimonio proyectado. Por último, a causa de la frustración del matrimonio la mujer padeció una depresión que se tradujo en una serie de dificultades para restablecer sus metas y horizontes vitales.

El Tribunal Supremo dio por bueno el planteamiento adoptado por la Audiencia Provincial de Sevilla al aplicar el artículo 43 del Código civil para fundamentar la indemnización solicitada por la mujer, en consideración al hecho de que la convivencia de la pareja se había iniciado en atención a la existencia de una promesa cierta de matrimonio, acreditada por la tramitación del correspondiente expediente previo matrimonial y el señalamiento de la fecha del enlace (FFJJ 2.º y 3.º). Sin embargo, consideró desmesurada la interpretación por parte de la Audiencia acerca de los conceptos que pueden incluirse dentro *los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido* que dicho precepto contempla como indemnizables en los supuestos en los que la promesa de matrimonio se incumple.

Según el Tribunal Supremo, dentro de tales conceptos indemnizatorios se encuentran únicamente aquellos que guardan una *relación de causalidad directa* con la promesa de matrimonio incumplida, entre los cuales no se comprende la «indemnización por daños morales ya que no existe ninguna obligación de indemnizar a la novia o novio abandonado, ni introducir reproches culpabilísticos en la libre decisión de no contraer matrimonio pese a la promesa» (FJ 3.º). De ahí que el Tribunal Supremo descarta la posibilidad de imputar al varón *ex artículo 43 del Código civil* los daños morales y derivados de la depresión de la mujer causados como consecuencia de la frustración del proyecto matrimonial, daños cuya indemnización carece de cobertura legal (FJ 4.º), y que la Audiencia Provincial había incluido entre los daños indemnizables.

El Tribunal Supremo descarta también la posible incardinación en el artículo 43 del Código civil del lucro cesante –cifrado en la

pérdida de ingresos de la mujer— como daños patrimoniales⁸⁰. Sin embargo, admite que tales daños resultan indemnizables *ex artículo* 1902 del Código civil, precepto mencionado en la fundamentación jurídica de la demanda presentada por la mujer y que sirvió al Alto Tribunal para ratificar la condena de la Audiencia al demandado de abonar tres millones de pesetas en concepto de lucro cesante derivado de la pérdida de rentas de alquiler por incumplimiento de la promesa de matrimonio⁸¹.

Así pues, a la vista de la sentencia del Tribunal Supremo, puede colegirse que los daños indemnizables por incumplimiento de la promesa cierta de matrimonio no se reducen a los gastos reembolsables previstos en el artículo 43 del Código civil, sino que es posible la reclamación de otro tipo de partidas indemnizatorias al amparo de las reglas generales en materia de responsabilidad extracontractual derivadas de la aplicación del artículo 1902 CC⁸², dentro de las cuales se incluye el lucro cesante, pero no así los daños morales derivados del incumplimiento de la promesa de matrimonio⁸³.

⁸⁰ Las Audiencias provinciales han afirmado la imposibilidad de incardinar dentro de las partidas indemnizatorias del artículo 43 CC el lucro cesante derivado de las pérdidas de ganancias por alquileres en la vivienda de uno de los contrayentes reiterada, entre otras, por las SSAP de Alicante (Sección 7.ª) de 14 de diciembre de 2005 (JUR 2008\140947) y de Barcelona (Sección 16.ª) de 8 de octubre de 2004 (JUR 2004\303882), tal y como destaca DURÁN RIVACOBA (2011, pp. 341 y 342).

⁸¹ Por el contrario, de forma desafortunada en nuestra opinión, la SAP de Asturias (Sección 5.ª) de 15 de noviembre de 2000 (AC 2000\2310) denegó la indemnización solicitada por la actora en concepto de pérdida del derecho de subsidio a que ésta tenía derecho en Suecia como consecuencia del traslado a España para contraer matrimonio, a pesar de que, al igual que en el caso de la STS de 16 de diciembre de 1996, dicha partida indemnizatoria se había solicitado no solo al amparo del artículo 43 CC sino también *ex artículo* 1902 CC, y descartó, igualmente, la posibilidad de subsumir dicha pérdida patrimonial en la figura del enriquecimiento /empobrecimiento injusto, si bien es cierto que en el caso enjuiciado, la Audiencia destacaba la falta de prueba de tales ingresos de la actora en concepto de subsidio en su país de origen.

⁸² GARCÍA RUBIO hace una lectura diferente de esta STS, ya que, en su opinión, la admisión del resarcimiento de otros daños a través de las reglas generales del artículo 1902 CC obedece, no al incumplimiento de la promesa de matrimonio, sino a la ruptura de convivencia extramatrimonial que la precedió, posición con la que la actora no está de acuerdo dada la difícil imputación de una conducta culpable o negligente a los miembros de la pareja en el transcurso de dicha convivencia extramatrimonial so pretexto de la cual basar el reconocimiento de una indemnización *ex artículo* 1902 CC. Esa deficiente imputación subjetiva del daño *ex artículo* 1902 CC en el caso enjuiciado unida a la negación de la posibilidad de indemnización del daño moral son las que conducen a la actora a concluir que «... lo que en verdad concede a la actora el Tribunal Supremo, no es genuinamente un resarcimiento de daños, cuanto una compensación o reembolso basada en el principio de enriquecimiento sin causa (a pesar de que el Fundamento Jurídico Séptimo lo niegue de manera expresa) (CCJC, 1997, pp. 409 a 411).

⁸³ La inexistencia de base jurídica en nuestro ordenamiento jurídico para dar cobertura a los daños morales derivados del incumplimiento de la promesa de matrimonio es una constante en la jurisprudencia menor, tal y como se aprecia, entre otras, en las SSAP de Sevilla (Sección 5.ª) de 7 de junio de 2011 (JUR 2011\376858), de Murcia (Sección 4.ª) de 29 de mayo de 2009 (JUR 2009\280024), de Barcelona (Sección 19.ª) de 12 de junio de 2008 (JUR 2008\317049), de Cantabria (Sección 4.ª) de 19 de abril de 2005 (AC

Por otro lado, debe tenerse también en cuenta que el recurso al artículo 1902 del Código civil resultará igualmente la única vía posible de que disponen los terceros que hayan realizado gastos en atención a la promesa de matrimonio⁸⁴. Gastos en que habitualmente incurren los respectivos padres de los novios, quienes no pueden reclamar a través del artículo 43 del Código Civil⁸⁵, cuya legitimación activa se restringe a los promitentes⁸⁶, sino *ex* artículo 1902 del Código Civil⁸⁷.

2. LA INDEMNIZACIÓN DERIVADA DE LA NULIDAD MATRIMONIAL

Actualmente se observa un notable incremento del número de demandas de nulidad civil que se presentan en nuestros tribunales, en algunos casos con la finalidad de obtener los efectos de la nuli-

2005\1833), en la que además se analizaba a la posible indemnización por los años de convivencia prenupcial a la novia, so pretexto del acuerdo alcanzado por las partes; de Asturias (Sección 5.ª) de 15 de noviembre de 2000 (AC 2000\2310); de Toledo (Sección 2.ª) de 3 de abril de 2000 (AC 2000\4476); y de Barcelona, (Sección 16.ª) de 8 de octubre de 2004 (JUR 2004\303882) y de 17 de enero de 2000 (Sección 14.ª, AC 2000\1134). Imposibilidad de indemnización de los daños morales que se extrapola, asimismo, a las uniones de hecho pese a la inexistencia de promesa cierta de matrimonio por parte de los miembros de la pareja [SAP de Madrid (Sección 21.ª) de 9 de abril de 2019 (JUR 2019\213007), FJ 7.º].

⁸⁴ *Cfr.*, entre otros, DURÁN RIVACOBA, 2011, p. 343.

Así lo estimó, acertadamente a nuestro modo de ver, la SAP de Salamanca (Sección 1.ª) de 20 de marzo de 2006 (JUR 2006\241399) respecto a los gastos realizados por los padres de la novia para la adquisición de los trajes de la boda (FJ 4.º).

⁸⁵ Así, por ejemplo, la SAP de Barcelona (Sección 19.ª) de 12 de junio de 2008 (JUR 2008\317049) excluyó la viabilidad de la reclamación *ex* artículo 43 CC de los gastos asociados a la adquisición del vestido de novia, pues el abono de tales gastos fue efectuado por el padre de la futura contrayente y no por ella misma.

⁸⁶ *Cfr.* GARCÍA CANTERO, 1982, p. 39; y BADOSA COLL, 1984, p. 113.

⁸⁷ Tampoco tendría cabida en el artículo 43 CC la devolución de los eventuales regalos que hayan sido entregados a los novios en atención al futuro matrimonio. Tales regalos constituyen liberalidades, que si se llegan a considerar donaciones *propter nuptias* quedarían sin efecto si no tiene lugar la celebración del matrimonio, tal y como dispone el artículo 1342 CC, como certeramente destaca LUQUE JIMÉNEZ, 2011, p. 943. En el caso de que por su cuantía se consideren liberalidades de uso o regalos de costumbre, deberían poder ser recuperados por la frustración de la finalidad de la celebración de matrimonio, cuando dicha celebración fue la que motivó la liberalidad. Lo mismo se podría decir de los regalos que en consideración al futuro matrimonio se hacen los novios entre sí. En contra de dicho planteamiento para el caso de las liberalidades de uso se posiciona GARCÍA DE BLAS VALENTÍN-FERNÁNDEZ, 2001, p. 39.

Por el contrario, a nuestro modo de ver de una manera desacertada, la SAP de Alicante (Sección 7.ª) de 14 de diciembre de 2005 (JUR 2008\140947) afirmaba que «los regalos consistentes en joyas, libros, ropa, etc., no son gastos hechos por razón del matrimonio futuro, como lo son los del vestido para tal acontecimiento, banquete, luna de miel, etc., sino que son regalos de costumbre generalizados en nuestro país entre personas que mantienen una relación afectiva. Por consiguiente, no son tampoco donaciones por razón del matrimonio por lo que no existe infracción del artículo 1342 CC» (FJ 1.º). Asimismo la Sentencia rechazaba la posibilidad de recuperar el importe de tales regalos por la vía del enriquecimiento injusto (FJ 2.º).

dad, y en otros movidos por evitar el divorcio y sus consecuencias, como muchos supuestos de matrimonios de complacencia o «matrimonio blancos»⁸⁸.

Entre los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio del capítulo IX, del título IV del libro I del Código Civil por la reforma operada por la Ley 30/1981, de 7 de julio, destaca la indemnización del artículo 98 del Código civil para los supuestos de nulidad matrimonial, no aplicable a los casos de separación o divorcio. Asimismo, tan solo en el caso de nulidad se prevé la posibilidad de poder liquidar el régimen económico matrimonial de acuerdo con reglas del régimen de participación en las ganancias, privando al cónyuge de mala fe de la participación en las ganancias obtenidas por el cónyuge de buena fe (arts. 95.2 y 1395 CC)⁸⁹. Efectos ambos que restringen su aplicación únicamente a los supuestos de nulidad matrimonial⁹⁰.

Así, el artículo 98 del Código civil establece el derecho del cónyuge de buena fe, cuyo matrimonio haya sido declarado nulo, a una indemnización a cargo del otro cónyuge siempre y cuando haya existido convivencia conyugal. Requisito de la existencia de convivencia conyugal que resulta esencial para que proceda la indemnización del artículo 98 del Código civil, negándose su concesión cuando no haya habido convivencia⁹¹. Si bien ha de tenerse en cuenta que la convivencia marital, se beneficia de la presunción general de que los cónyuges viven juntos establecida en el artículo 69 del Código civil, de forma tal que lo que realmente deberá probarse será la falta de con-

⁸⁸ Vid, las SSAP de Asturias (Sección 4.ª) de 27 de marzo de 2000 (AC 2000\561), de Málaga (Sección 6.ª) de 30 mayo de 2007 (AC 2007\2191) (FJ 3.º) y de 2 octubre de 2012 (AC 2013\992) (FJ 2.º); de Sevilla (Sección 2.ª) de 12 de septiembre de 2013 (AC 2013\2390) (FJ 2.º), y de Guadalajara (Sección 1.ª) de 8 de febrero de 2013 (AC 2013\908) (FJ 2 y 3.º), entre otras muchas.

⁸⁹ Se puede considerar que la duplicidad de los artículos 95.2 y 1395 CC se debe a que fueron redactados respectivamente por las leyes de 7 de julio de 1981 y de 13 de mayo de 1981, que tuvieron una tramitación simultánea. Pero también cabe defender que el artículo 95.2 en sede de los efectos de la nulidad del matrimonio tiene un presupuesto más amplio: *podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial*, cualquiera que existiese al momento de la declaración de nulidad del matrimonio; mientras que el presupuesto del artículo 1395 en sede de gananciales, prevé la liquidación del régimen legal por las reglas de la participación en las ganancias. De manera que según el artículo 95.2 CC puede optar por la aplicación de las disposiciones del régimen de participación en las ganancias tanto el cónyuge de buena fe casado en sociedad de gananciales como el cónyuge de buena fe casado en separación absoluta de bienes.

⁹⁰ No son frecuentes los pronunciamientos que condenen de acuerdo con lo previsto en los artículos 95.2 y 1395 CC, a liquidar el régimen económico matrimonial por las reglas del régimen de participación en las gananciales, sin que el cónyuge de mala fe pudiera participar en las ganancias, quizá por no darse un mayor beneficio en el cónyuge de buena fe. Se ha concedido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1994 (RJ 1994\6420) y en la SAP de Madrid de 19 febrero 2016 (Sección 22.ª) (JUR 2016\75571).

⁹¹ En este sentido, *vid.* NAVARRO MIRANDA, 2011, p. 536.

vencia, el presupuesto necesario para que proceda la indemnización por nulidad matrimonial⁹².

A modo de ejemplo, la inexistencia de convivencia matrimonial en contra de la referida presunción del artículo 69 se consideró probada a pesar de que los cónyuges vivían en la misma casa y bajo el mismo *techo* en el caso enjuiciado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6.ª) de 6 de marzo de 2008 (JUR 2008\252213), que resulta interesante y revelador de la realidad actual, quizá demasiado frecuente, de los denominados «matrimonios por computadora», en los que los contrayentes no se conocen personalmente de forma física –cara a cara–, sino a través de internet. Una española analfabeta inicia una relación por internet con un colombiano a través de un hermano de éste, que culmina en la celebración de matrimonio por poderes en España, siendo el marido representado por su hermano. Meses después el marido llega a España con un hijo menor de edad, y se alojan en la casa de la esposa, compartiendo habitación padre e hijo. El marido empieza a trabajar de albañil, pasa todo el día fuera de casa, hace las comidas con su hermano, no tiene ni la más mínima relación con la mujer, no conversan, y le abona 500 € mensuales a la mujer, por lo que según la Audiencia, la mujer se *limita a hacer tareas de asistenta para esposo e hijo nacido de otra unión* (FJ 2.º). La mujer entabla demanda solicitando la nulidad matrimonial y la indemnización del artículo 98 del Código civil. En autos quedó acreditado que el marido tenía varios hijos mayores de edad en España fruto de varias relaciones extramatrimoniales, pues *no era su deseo contraer matrimonio*. La Audiencia declara la nulidad matrimonial, que había sido desestimada por el Juzgado. Para ello se basa en el artículo 73.4 del Código civil por error en la identidad de la persona del otro contrayente, y descarta la causa de nulidad por reserva mental alegada, al no poder desvirtuar la buena fe del marido, ni la intención del marido, que unas pocas semanas antes del matrimonio había conseguido autorización de residencia por reagrupación familiar. A la vista de esas circunstancias la solicitud de indemnización *ex* artículo 98 del Código civil solicitada por la esposa es rechazada, dada la inexistencia de convivencia conyugal (FJ 3.º)⁹³.

⁹² Cfr. CASTILLA BAREA y CABEZUELO ARENAS, 2017, p. 616.

⁹³ Otro supuesto que merece ser destacado, es el caso enjuiciado por la SAP de Málaga (Sección 7.ª) de 26 de diciembre de 2004 (JUR 2004\60416), proveniente de Melilla. Entre los hechos alegados, quedó probado que el esposo demandado no quería contraer matrimonio, y solo se casó a los efectos de echar una especie de pulso o mantener una actitud de rebeldía frente a su familia, ya que ambos cónyuges y sus respectivas familias eran de religión diferente. El marido no tenía intención de compartir su vida con la mujer, pues, incluso el mismo día de la celebración del matrimonio, tras la ceremonia, cada contrayente volvió a casa de su respectiva familia, no habiendo existido nunca convivencia matrimonial, y habiénd-

Tradicionalmente se ha entendido que el cónyuge deudor debe ser de mala fe, es decir, se parte de la base de que el fundamento último de la indemnización prevista en el precepto radica en la conducta del cónyuge al que se le puede imputar la nulidad del matrimonio⁹⁴. Mala fe que no equivale a la necesaria concurrencia de una conducta dolosa, bastando a tal efecto un comportamiento imprudente o negligente que sea determinante de la causa de nulidad matrimonial⁹⁵.

Así pues, como certeramente destacaba la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1992 (RJ 1992\2014): «En los casos de buena fe concurrente y coincidente no opera el alegado artículo 98. Ningún esposo podrá reclamar indemnización al otro, al producirse una compensación de las respectivas pretensiones, conforme al artículo 1195 del Código civil, pues el derecho indemnizatorio asiste al cónyuge cuya mala fe no resulte probada. En los casos de mala fe de ambos, tampoco ha de aplicarse el precepto 98, pues la indemnización carece de toda razón de ser y consistencia» (FJ 1.º)⁹⁶.

dose marchado el esposo al extranjero al poco tiempo de la celebración del matrimonio, sin despedirse siquiera de su esposa ni darle explicación sobre ello. La Audiencia declara la nulidad por ausencia de consentimiento matrimonial del artículo 73.1 con relación al artículo 45 CC; derivado del hecho de la falta total del cumplimiento de los deberes (arts. 67, 67 y 68 CC) que implica la ausencia de un consentimiento que fuera verdaderamente *matrimonial*. La sentencia, no adopta ninguna medida, por no haberse solicitado, al no haber habido convivencia, ni hijos, ni patrimonio común, ni vivienda familiar, etc.

⁹⁴ Sin embargo, el artículo 98 no exige expresamente la mala fe del cónyuge acreedor, requisito que sí se aprecia en el artículo 95.2 CC, que expresamente requiere la mala fe de uno de los contrayentes para que el cónyuge de buena fe pueda optar por aplicar a la liquidación del régimen económico matrimonial las reglas de liquidación del régimen de participación en las ganancias, excluyendo al cónyuge de mala fe de participar en las ganancias del cónyuge de buena fe. Ahora bien, del hecho de que no se exija de manera expresa la mala fe en el cónyuge deudor en el artículo 98 CC no permite colegir que se trate de una omisión voluntaria del legislador según la cual deliberadamente se haya prescindido del requisito de la mala fe para el reconocimiento de dicha indemnización. Se trata de una omisión que puede apreciarse igualmente en el artículo 1395 del Código civil, en el que tampoco se exige la buena fe del cónyuge al que se le concede el derecho a optar que se apliquen a la liquidación de la sociedad de gananciales las reglas de la liquidación del régimen de participación en las ganancias, mientras que el artículo 95.2 CC exige buena fe en el cónyuge con derecho a esa opción.

⁹⁵ La SAP de Granada (Sección 3.ª) de 25 de enero de 2005 (AC 2005\873) asevera que «no es preciso acudir a la figura del dolo causante («dolos causam dans») para establecer las indemnizaciones, dicho de otra manera, para fundamentarlas. Es suficiente para ello, la mera actitud imprudente, negligente». *Vid.* en el mismo sentido, la SAP de Madrid de 19 febrero 2016 (Sección 22.ª) (JUR 2016\75571).

⁹⁶ Algunos autores poco después de la Ley de 1981 consideraron que la indemnización del artículo 98 CC no estaba supeditada en su concesión a la mala fe del otro cónyuge frente al que se acciona. Así, entre otros, GARCÍA CANTERO, 1982, p. 447; LACRUZ BERDEJO, 1984, pp. 262 y 263; o LASARTE ÁLVAREZ y VALPUESTA FERNÁNDEZ, 1982, p. 776.

Tampoco han faltado autores que pese a considerar que por razones de equidad debería reconocerse la indemnización del artículo 98 CC aunque ambos cónyuges fuesen de buena fe, no parece que así puede hacerse a la vista del tenor precepto y su modificación respecto a la idea inicial contenida en el Proyecto de Ley (*cf.* IGARTUA ARREGUI, *CCJC*, 1986, p. 3.236).

2.1 La indemnización por nulidad y su relación con la pensión compensatoria

La naturaleza y fundamento de la indemnización recogida en el artículo 98 del Código civil ha sido tradicionalmente controvertida⁹⁷. El precepto expresamente emplea el término *indemnización*, lo que ya *per se* anticipa la naturaleza indemnizatoria propiamente dicha de la partida económica en él reconocida al cónyuge de buena fe a causa de la nulidad matrimonial, sin exigir la existencia de desequilibrio económico alguno para que la indemnización que en él se prevé a favor del cónyuge de buena fe resulte procedente⁹⁸.

Sin embargo, la relación de la indemnización por la nulidad y la pensión compensatoria por el desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio es tan estrecha que parecer variar la naturaleza de la indemnización, hasta casi entender que el artículo 98 del Código civil supone el reconocimiento de una «pensión compensatoria», tildada de «indemnización»⁹⁹.

⁹⁷ Nótese una consecuencia muchas veces olvidada, la concesión de indemnización por nulidad y su interrelación con la pensión de viudedad.

El artículo 220 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social otorga derecho a la pensión de viudedad en los supuestos de separación y divorcio, y nulidad, siempre que el *cónyuge* superviviente haya sido beneficiario de la pensión compensatoria y de la indemnización por nulidad, respectivamente. Se reconoce en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante, y siempre y cuando no haya contraído nuevas nupcias o haya constituido una pareja de hecho.

Ahora bien, aunque parece que la legislación de la seguridad social funciona con los mismos criterios en los casos de separación y divorcio, por un lado, y nulidad, por otro; en la práctica se aplican criterios diversos.

La concesión de la pensión de viudedad en los supuestos de separación y divorcio queda supeditada a haber obtenido una pensión compensatoria, de manera que el criterio atendido es el desequilibrio económico del beneficiario de la pensión compensatoria. E incluso se exceptiona la exigencia de haber obtenido pensión compensatoria si la *viuda* era víctima de violencia de género (art. 220.1 y 2). En este sentido, las SSTS (Sala de lo Social) de 28 de julio de 2000 (RJ 2000\8332) y 29 de mayo de 2001 (RJ 2001\5456) aseveran que el derecho a la pensión de viudedad del cónyuge divorciado opera con independencia de las causas que hubieren determinado el divorcio y de la buena o mala fe de los cónyuges.

Por el contrario, en los supuestos de nulidad (art. 220.3), el criterio de la pensión de viudedad se basa en la indemnización por nulidad que a su vez se fundamenta en la buena fe de un cónyuge y en mala fe del otro. De esta manera, e increíblemente, la pensión de viudedad participa del carácter «sancionador» e indemnizatorio de la indemnización por nulidad del artículo 98 CC, y queda vetada en el caso de que ambos cónyuges tengan buena fe, pues no cabe reconocer la indemnización por nulidad, y por consiguiente, no se concederá una pensión de viudedad.

⁹⁸ *Cfr.*, entre otros, ROCA TRÍAS, 1984, p. 631; CAMPUZANO TOMÉ, 1989, p. 22; PÉREZ MARTÍN, 2011, p. 921; CASTILLA BAREA y CABEZUELO ARENAS, 2017, p. 616. En contra no han faltado sentencias que estiman necesario que concurra dicho desequilibrio económico para que la indemnización del artículo 98 CC resulte procedente. Caso, por ejemplo, de la SAP de Pontevedra de 4 de abril de 2002 (AC 2002\896), haciéndose eco del planteamiento inicial previsto en el Proyecto de Ley, equiparaba la pensión compensatoria y la «pensión» por nulidad matrimonial.

⁹⁹ Así, a propósito de la interrelación entre los artículos 98 y 97 CC considera IGAR-TUA ARREGUI que «la mención a las circunstancias del artículo 97 hace que, en una inter-

En este sentido, son varios los argumentos que contribuyen a diluir las diferencias entre las figuras de los artículos 97 y 98 del Código civil, como la génesis del artículo 98 del Código civil durante la tramitación parlamentaria de dicho precepto; la configuración en otros ordenamientos entre los que destacan el catalán y el italiano, y la referencia que el legislador ha incluido en el artículo 98 de la cuantificación de la pensión de acuerdo a las circunstancias previstas en el artículo 97 del Código civil para la pensión compensatoria.

En efecto, la redacción inicial del artículo 98 del Código civil en el Proyecto de Ley presentado por el Gobierno postulaba, por remisión, una clara equiparación de la pensión compensatoria en los casos de separación o divorcio y de nulidad matrimonial, al establecer: «El cónyuge cuyo matrimonio haya sido declarado nulo, tendrá también derecho a la pensión a la que se refiere el artículo anterior, si por la convivencia marital, la sentencia produce una situación análoga»¹⁰⁰. El proyecto de ley preveía una pensión compensatoria para los supuestos de nulidad matrimonial, a los que exigía un requisito más: que hubiera habido convivencia, circunstancia que no era requerida expresamente en los supuestos de separación y divorcio.

En el mismo sentido, el libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, por Ley 25/2010, de 29 de julio, configura la prestación para los casos de nulidad, como una prestación compensatoria para paliar el desequilibrio económico. Así, el artículo 233.14.1, inmediatamente después de la prestación compensatoria como consecuencia de la ruptura de la convivencia por separación y divorcio, establece: «En caso de nulidad del matrimonio, tiene derecho a la prestación compensatoria el cónyuge de buena fe, en las mismas circunstancias». De modo que se extiende

pretación literal del artículo, nos encontremos con una fórmula mixta entre indemnización y prestación compensatoria. Sin embargo, no es posible conjugar ambas ideas. Creo que hay que seguir la dicción del precepto: nos encontramos ante una indemnización en favor del cónyuge de buena fe; no se trata de una prestación compensatoria» (CCJC, 1986, p. 3.235).

¹⁰⁰ BOCG, I Legislatura, serie A, número 123-I, de 13 de marzo de 1980, p. 863. La ponencia aceptó sustancial o parcialmente las enmiendas números 127 del grupo comunista y 376 del grupo vasco, y el texto que redactó sería el definitivo del artículo 98 CC. BOCG, Congreso de los Diputados, I Legislatura, serie A, número 123-III 1, 6 de diciembre de 1980, p. 868-15. La finalidad era incluir diferencias entre la nulidad y el divorcio, evitando una pensión entre *cónyuges* en los casos de nulidad, e indemnizando los daños a favor del cónyuge de buena fe.

Como destaca BARBER CÁRCAMO, la redacción actual del artículo 98 CC «... se debe a sendas enmiendas (números 127 y 376) de los grupos comunista y vasco que, partiendo de las diferencias técnicas entre nulidad y divorcio, defendieron, respectivamente, la conexión de la indemnización con la sanción a un acto nulo, y la imposibilidad de fijar una pensión entre cónyuges que nunca lo habían sido realmente, así como la pertinencia de resarcir los daños y perjuicios sólo al cónyuge de buena fe» (2004, p. 494).

la pensión compensatoria a los supuestos de nulidad matrimonial, pero únicamente tiene derecho el cónyuge de buena fe. Requisito de la buena fe que no se exige en la separación y divorcio.

El derecho italiano en los casos de nulidad matrimonial ha adoptado un modelo dual, regulando una pensión compensatoria en caso de que ambos cónyuges contrajesen matrimonio de buena fe, a la que se suma el reconocimiento de una pensión indemnizatoria cuando haya un cónyuge de buena fe y otro de mala fe¹⁰¹. Así, en el caso de que ambos cónyuges sean de buena fe, el artículo 129 del *Codice Civile* reconoce una pensión económica, por un plazo no superior a tres años, si uno de los cónyuges no tuviera ingresos adecuados propios (en proporción al patrimonio del cónyuge deudor) siempre y cuando dicho cónyuge potencialmente acreedor no haya contraído nuevas nupcias¹⁰².

Adicionalmente el artículo 129 bis del *Codice Civile* establece la responsabilidad del cónyuge de mala fe y del tercero causantes de la nulidad del matrimonio, reconociendo una indemnización a cargo del cónyuge de mala fe, incluso a falta de prueba del daño sufrido por el cónyuge de buena fe. Esta indemnización incluye además el mantenimiento de los medios necesarios para la vida y una pensión alimenticia durante tres años. Indemnización que puede reclamarse también a los terceros que hayan motivado con su proceder la correspondiente nulidad del matrimonio¹⁰³.

Otro punto de unión entre ambas prestaciones, reside en la introducción vía remisión, de los parámetros previstos en el artículo 97 del Código civil para la cuantificación de la pensión compensatoria, entre los cuales se tienen en cuenta aspectos tales como la dedicación a la familia, la colaboración con su trabajo del cónyuge

¹⁰¹ Algunos autores españoles han considerado que el planteamiento del legislador español adoptado con la aprobación del vigente artículo 98 CC es una «mala copia» del esquema del Código Civil italiano. Cfr. GARCÍA CANTERO, 1982, p. 448; y ROCA TRÍAS, 1984, p. 629.

¹⁰² Según el artículo 129 del *Codice Civile (diritti dei coniugi in buona fede)*: «Quando le condizioni del matrimonio putativo si verificano rispetto ad ambedue i coniugi, il giudice può disporre a carico di uno di essi e per un periodo non superiore a tre anni l'obbligo di corrispondere somme periodiche di denaro, in proporzione alle sue sostanze, a favore dell'altro, ove questi non abbia adeguati redditi propri e non sia passato a nuove nozze. Per i provvedimenti che il giudice adotta riguardo ai figli, si applica l'articolo 155».

¹⁰³ Según el referido artículo 129 bis *Codice Civile: (Responsabilità del coniuge in mala fede e del terzo)*: «Il coniuge al quale sia imputabile la nullità del matrimonio, è tenuto a corrispondere all'altro coniuge in buona fede, qualora il matrimonio sia annullato, una congrua indennità, anche in mancanza di prova del danno sofferto. L'indennità deve comunque comprendere una somma corrispondente al mantenimento per tre anni. E' tenuto altresì a prestare gli alimenti al coniuge in buona fede, sempre che non vi siano altri obbligati. Il terzo al quale sia imputabile la nullità del matrimonio è tenuto a corrispondere al coniuge in buona fede, se il matrimonio è annullato, l'indennità prevista nel comma precedente. In ogni caso il terzo che abbia concorso con uno dei coniugi nel determinare la nullità del matrimonio è solidalmente responsabile con lo stesso per il pagamento dell'indennità».

de buena fe en las actividades profesionales del otro cónyuge, la duración del matrimonio y de la vida conyugal o la pérdida de eventual de un derecho de pensión.

El derecho a la pensión compensatoria del artículo 97 del Código civil requiere que la separación o divorcio haya producido un desequilibrio económico en el cónyuge acreedor, en relación a la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior al matrimonio. De ahí que el reconocimiento de la pensión compensatoria descansa sobre un elemento objetivo, cual es la referida producción de un desequilibrio económico¹⁰⁴.

El problema que subyace por la remisión que el artículo 98 del Código civil efectúa al artículo 97 del Código civil, guarda relación no solo con los parámetros de cálculo de la indemnización, sino del hecho de que tales parámetros están diseñados y pensados –como no podía ser de otra forma– para el cálculo de un daño patrimonial, consistente en el desequilibrio económico que la separación y el divorcio ocasionan en uno de los cónyuges que constituye el presupuesto de la pensión compensatoria.

Así, resulta unánimemente admitido que la pensión compensatoria del artículo 97 del Código civil atiende únicamente a la producción de un desequilibrio económico, sin abarcar los daños morales fehacientemente demostrados en los procedimientos de separación y divorcio¹⁰⁵.

La traslación a la indemnización del artículo 98 del Código civil de estos criterios de cuantificación de la pensión compensatoria, va acompañada la imposibilidad de cuantificar de acuerdo con los parámetros del artículo 97 del Código civil los daños que deberían indemnizarse en caso de nulidad. Es decir, la concurrencia de las circunstancias previstas en el artículo 97 no opera como presupuesto del reconocimiento del derecho a la indemnización por nulidad matrimonial, sino únicamente de su cuantificación; o como el Tribunal Supremo insiste: «dándose la situación prevista en dicho artículo 98, el 97 sólo incide a efectos de cuantificar la indemnización postmatrimonial de procedencia» [STS de 10 de marzo de 1992 (RJ 1992\2014) FJ 1.º].

¹⁰⁴ *Cfr.* entre otros, CAMPUZANO TOMÉ, 1989, pp. 22 y ss.

¹⁰⁵ Como destacaba la SAP de Baleares (Sección 4.ª) de 26 de febrero de 2013 (JUR 2013\137200), «la pensión compensatoria no constituye un mecanismo jurídico destinado a proporcionar una indemnización por eventuales daños morales causados a un cónyuge como consecuencia del comportamiento del otro cónyuge. Sino que, por el contrario, la pensión compensatoria persigue, tal y como refiere el artículo 97 CC, paliar, dentro de una serie de márgenes jurisprudencialmente establecidos, un desequilibrio económico que sufriría, en otro caso, uno de los cónyuges como consecuencia de la separación o el divorcio» (FJ 4.º).

Pero lo cierto es que los criterios de cálculo del artículo 97 del Código civil terminan por condicionar, en último término, los conceptos indemnizatorios, problema que se ve agravado por la fórmula contenida en el artículo 98 del Código civil, en la que el legislador parece presuponer siempre la existencia de un daño al cónyuge de buena fe derivado de la nulidad matrimonial, cuya prueba no resulta necesario acreditar¹⁰⁶.

La no necesidad de alegación y de prueba de los daños derivados de la nulidad matrimonial irrogados al cónyuge de buena fe solicitante tiene varias consecuencias. Por un lado, se presupone siempre la existencia de un daño *estándar*, que se cuantifica como los desequilibrios económicos, pero que se considera un daño separado y diferente del posible desequilibrio económico a resultas de la ruptura de la convivencia por la nulidad decretada. Por otro, quedarían sin indemnizar los daños que se puedan probar fehacientemente, pero que no se puedan calcular con los criterios del artículo 97 del Código civil, como daños físicos y psíquicos, los daños morales, o los materiales y económicos que se refieran a gastos efectuados, etc. Y ello porque los conceptos indemnizatorios que cabría subsumir en la indemnización del artículo 98 del Código civil, en particular, los daños morales y los daños patrimoniales, no encuentran acomodo dentro de los criterios de cálculo del desequilibrio patrimonial previstos en el artículo 97 del Código civil.

El artículo 97 del Código civil requiere acreditar la concurrencia de los criterios objetivos previstos para la cuantificación de la pensión compensatoria, ninguno de los cuales se refiere a los daños morales, por más que el artículo 97 aluda a la posibilidad de tener en cuenta cualquier otra circunstancia relevante¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Consideran que no se requieren prueba de los daños padecidos, entre otros, ROCA TRÍAS, 1984, p. 630, y CASTILLA BAREA y CABEZUELO ARENAS, 2017, p. 616.

¹⁰⁷ Como certeramente precisaba la SAP de Alicante (Sección 4.ª) de 5 de diciembre de 2008 (JUR 2009\227406) «el artículo 97.9.º CC alude a la posibilidad de valorar «cualquier otra circunstancia relevante», al margen de las reseñadas en los números 1 a 8 del citado precepto, en su trascendencia a la pensión compensatoria, pero, en todo caso, no cabe olvidar que todo ello lo es en su trascendencia a la consideración de situaciones de «desequilibrio económico», sin que, en dicho contexto, quepa incardinar presuntas indemnizaciones por “daños morales” asociados a perjuicios psicológicos, en un contexto en el que deben valorarse los condicionamientos de prueba evidenciados así como constatación efectiva de reincorporación por la parte demandada a su actividad empresarial/profesional, y no la subjetiva valoración de hipotéticos supuestos de culpabilidad» (FJ 3.º). A la misma conclusión llegaba la SAP de Guadalajara (Sección 1.ª) de 21 de julio de 2004 (JUR 2004\211040), denegando la posibilidad de incardinar los daños morales por la conducta vejatoria mantenida respecto a su mujer dentro de los parámetros previstos en el artículo 97 CC para el cálculo de la pensión compensatoria. En el mismo sentido se pronunciaba también la SAP de Madrid (Sección 22.ª) de 18 de septiembre de 2009 (JUR 2010\30522) (FJ 3.º).

Por el contrario, la solución opuesta parece acogerse en la SAP de Cádiz (Sección 6.ª) de 4 de diciembre de 2006 (AC 2007\1026), en la que se apunta que las circunstancias enumeradas por el artículo 97 CC para el cálculo de la indemnización del artículo 98 CC

Dado semejante planteamiento no resulta extraña la posición de quienes consideran que, en puridad, la indemnización reconocida en el artículo 98 no reviste propiamente naturaleza indemnizatoria, sino sancionadora, pues no tiene por objeto el resarcimiento de los daños efectivamente causados al cónyuge de buena fe, sino que se focaliza únicamente en la buena fe del contrayente que reclama la indemnización y en la exigencia de que haya habido convivencia marital.

2.2 Los daños indemnizables y la vía para su indemnización

El fundamento de la indemnización por nulidad matrimonial estriba en el resarcimiento de los daños morales derivados de la frustración de las expectativas maritales del cónyuge de buena fe, así como de cualesquiera otros daños ocasionados por la nulidad¹⁰⁸. Frustración de las expectativas maritales y consiguiente daño moral al cual hay que encontrar un acomodo en nuestro ordenamiento.

A tal efecto, resulta interesante detenerse, siquiera brevemente, en la situación anterior a la reforma operada por la Ley 30/1981, de 7 de julio, en la que el ordenamiento español carecía de un precepto similar al vigente artículo 98 del Código civil, motivo por el cual la jurisprudencia del Tribunal Supremo reconducía las indemnizaciones al cónyuge de buena fe derivadas de la nulidad matrimonial al régimen general de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC¹⁰⁹.

En este sentido, especial consideración merece la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1957 (RJ 1957\1133), en la que se reconoció a la esposa una indemnización por los daños morales derivados de la nulidad matrimonial *ex* artículo 1902 del Código civil. En el caso enjuiciado había quedado probado que la suegra había ejercido presiones y coacciones para obligar a su hijo a contraer matrimonio, celebrándose un matrimonio canónico que

no tienen carácter de *numerus clausus*, dada la posibilidad prevista en el propio artículo 97 CC *in fine* de tener en cuenta «cualquier otra circunstancia relevante» (FJ 3.º).

¹⁰⁸ La SAP de Valencia (Sección 8.ª) de 4 de abril de 1996 (AC 1996\806) reconocía que el fundamento del artículo 98 CC consiste en «... resarcir al cónyuge de buena fe por el daño moral que ha sufrido, al declararse que su matrimonio no existió como tal y que, sin embargo, confiadamente contrajo, ignorando la existencia de una causa invalidante que su consorte le ocultó, de ahí, que para su concesión no se exija la prueba del daño causado, bastando la buena fe del cónyuge reclamante» (FJ 4.º).

¹⁰⁹ La posibilidad que tenía el cónyuge de buena fe, antes de la reforma de 1981, de obtener una indemnización por la nulidad matrimonial por la vía del artículo 1902 CC, llevó a GARCÍA CANTERO a afirmar que la *novedad* de la indemnización del artículo 98 CC era más bien relativa (1982, p. 447).

posteriormente fue declarado nulo. La suegra fue condenada a indemnizar a la esposa, y el montante indemnizatorio fue fijado en 150.000 pesetas (actualmente unos 45.000 €). La sentencia es interesante porque, por un lado, el sujeto condenado a indemnizar los daños morales derivados del matrimonio nulo no fue el otro cónyuge (en este caso el marido) sino un tercero: la suegra que había coaccionado a su hijo para contraer matrimonio. Por otro lado, los daños indemnizados fueron daños morales, amparados en la aplicación del artículo 1902 del Código civil.

En la misma línea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1985 (RJ 1985\5901) ratificó la indemnización de dos millones de pesetas concedida a la esposa por la Sala Primera de la Audiencia Territorial de Madrid en concepto de daños morales y materiales ocasionados con motivo de la declaración eclesiástica de nulidad matrimonial decretada por el Tribunal de la Rota¹¹⁰. En el caso enjuiciado, que se remontaba a 1978, quedó probado que el marido había contraído matrimonio con la única finalidad de lograr *sus apetencias sexuales exclusivamente, dada la negativa de la mujer a yacer carnalmente con él antes de casarse*. Por lo que el marido había actuado con dolo, al incurrir en un claro supuesto de reserva mental¹¹¹. La conducta dolosa del marido, recurrente en

¹¹⁰ En el caso de autos, la Audiencia Territorial de Madrid había reducido en tres millones el montante indemnizatorio de cinco millones reconocido a la esposa por la sentencia de primera instancia.

¹¹¹ IGARTUA ARREGUI cuestionaba la reserva mental acogida en la sentencia eclesiástica como causa de nulidad canónica y su posible homologación para los efectos civiles (CCJC, 1986, pp. 3.233 a 3.234).

Actualmente se ha superado la postura de los que defendían una revisión de fondo en la que la causa canónica de nulidad aplicada debía ajustarse exactamente a una de las causas civiles de nulidad del artículo 73 CC. *Vid.* entre otros. ENTRENA KLETT, 1984, p. 483; FOSAR BENLLOCH, 1982, p. 643; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, ADC, 1980, pp. 582 y ss.); y VALLADARES RASCÓN, 1982, p. 64. JORDANO BAREA mantiene una postura suavizada, pero cercana a la revisión de fondo (ADC, 1981, p. 36).

Hoy en día, tanto en el ámbito interno español, la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación jurídica internacional en materia civil (art. 48), como los instrumentos de la Unión Europea tendentes a favorecer un ámbito de cooperación en materia matrimonial prohíben la revisión de fondo: el art. 18 del Convenio sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial de 28 de mayo de 1998, también llamado Convenio de Bruselas II; el art. 15. del Reglamento número 1347/2000 de 29 de mayo de 2000 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, en vigor desde el 1 de marzo de 2001; y el art. 26 del reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, vigente desde el 1 de marzo de 2005.

En cualquier caso, ha de tenerse en cuenta que la reserva mental es admitida en el ordenamiento español y sancionada con la nulidad matrimonial por nuestros tribunales. Así, la SAP de Barcelona (Sección 18.^a) de 8 de noviembre de 1999 (AC 1999\2588) (FJ 2.^o) reconoce que tiene cabida en el artículo 73.1 CC y artículo 45 CC, cabe definirla como «una discordancia, mantenida conscientemente, entre el querer interno y el querer manifestado en la celebración, con la finalidad de obtener determinados propósitos ocultos a través de la prestación de ese consentimiento aparente», y se califica con las notas de unilateralidad, ocultación al otro contrayente y la divergencia consciente entre la declara-

casación, fue la que propició la concesión a la esposa de una indemnización de daños y perjuicios, que el Tribunal Supremo concedió con base en el dolo como vicio del consentimiento contractual del artículo 1269 del Código civil, puesto que el marido había engañado a la mujer, lo que había determinado la nulidad matrimonial dictada en la jurisdicción eclesiástica¹¹².

En particular, la Sentencia destacaba la importancia que los daños morales tienen en los casos de nulidad matrimonial¹¹³, habida cuenta de que la conducta del cónyuge que contrae de mala fe un matrimonio que luego es declarado nulo, *origina sin duda para la parte perjudicada y engañada un evidente daño moral*, al que entre otras consecuencias de carácter patrimonial, *ha de añadirse el daño no patrimonial que se origina con la frustración de la esperanza de lograr una familia legítimamente constituida* (FJ 4.º).

En suma, antes de la reforma de 1981, los daños morales causados a un cónyuge derivados de la nulidad matrimonial podían ser indemnizados de acuerdo con las reglas generales en materia de responsabilidad civil. El problema surge con la inclusión en el artículo 98 del Código civil de la indemnización por nulidad matrimonial, tras lo cual se plantea si dicha indemnización abarca este tipo de daños morales o, por el contrario, continúa siendo preciso acudir a las normas generales de responsabilidad civil para su resarcimiento.

Para perfilar con mayor detalle la interrelación entre la indemnización del artículo 98 del Código civil y las reglas generales en materia de responsabilidad civil, resulta interesante la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1992 (RJ 1992\2014). El

ción y la voluntad negocial. La Sentencia estimó la nulidad del matrimonio contraído por española con uruguayo, tras acreditarse que la intención del hombre era obtener la residencia legal, pues abandonó el domicilio conyugal tres meses después de la celebración del matrimonio el mismo día que recogió su tarjeta comunitaria de residente. Esta argumentación de la Audiencia Provincial de Barcelona fue posteriormente reproducida, aunque no sirvió de fundamentación del fallo, en la SAP de Málaga (Sección 6.ª) de 6 de marzo de 2008 (JUR 2008\252213) (FJ 2.º). *Vid.* en el mismo sentido SAP de Zamora (Sección 1.ª) de 14 de abril de 2011 (AC 2011\1192) que acoge la reserva mental (FJ 2.º).

¹¹² En opinión de DE ÁNGEL YAGÜEZ en el caso enjuiciado por dicha sentencia, el Tribunal Supremo debería haber basado la indemnización concedida en el artículo 1902 CC y no en el artículo 1269 CC, poniendo de relieve el planteamiento del propio Tribunal Supremo acogido en su Sentencia de 21 de enero de 1957 anteriormente referida (*cfr. La Ley*, 1986, pp. 710 a 713). También DE VERDA Y BEAMONTE se muestra crítico con la utilización de los artículos 1269 y 1270 CC por parte del Tribunal Supremo en el caso enjuiciado, dada la imposibilidad de configurar el matrimonio como un contrato, aun cuando comparte la solución de fondo alcanzada en la sentencia en cuestión (*Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, p. 665).

IGARTUA ARREGUI reconoce que la posibilidad de hacer uso de los artículos 1265, 1269 y 1270 CC tiene la gran ventaja de ampliar el plazo de prescripción de la acción de un año del artículo 1902 CC a quince años del artículo 1964 CC (modificado después, en el año 2015, para reducir el plazo a cinco años) (CCJC, 1986, pp. 3.238 a 3.240).

¹¹³ *Cfr.* LÓPEZ DE LA CRUZ, *InDret*, 2010, p. 13.

caso enjuiciado resultaba complejo y dio lugar a varios procedimientos judiciales. En primer lugar, un procedimiento de nulidad eclesiástica solicitada en 1977 por el esposo¹¹⁴; seguidamente un declarativo ordinario entablado por la esposa y en el que solicitaba la concesión de una pensión indemnizatoria, que llegó a casación y fue resuelto –desfavorablemente– por la referida Sentencia de 10 de marzo de 1992; un divorcio interpuesto por la esposa con solicitud de los efectos económico-patrimoniales, en el que recayeron sentencias favorables de primera instancia en 1993 y de apelación en 1994; y, por último, un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, interpuesto por el esposo.

El marido recurrió en amparo al Tribunal Constitucional alegando la violación de su derecho a la tutela judicial efectiva (en su vertiente de derecho a la ejecución de las sentencias firmes respecto a la nulidad eclesiástica) causada por las sentencias que decretaron el divorcio, puesto que el matrimonio ya había sido previamente declarado nulo por sentencia eclesiástica que había tenido eficacia civil con la simple anotación registral de la sentencia canónica, de acuerdo con las normas vigentes en 1977, momento en el cual se incoó el procedimiento canónico de nulidad.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de enero de 1997 (RTC 1997\6) estimó el recurso de amparo del marido, pues de acuerdo con el derecho transitorio, era de aplicación el derecho vigente al momento de la incoación del procedimiento, reconociendo que *la eficacia civil de las sentencias canónicas de nulidad matrimonial y su efecto constitutivo sobre el estado civil de los cónyuges, se producía con la mera anotación de la sentencia canónica en el Registro Civil* (FJ 5.º)¹¹⁵. Según el Tribunal

¹¹⁴ Los hechos probados son los siguientes: los esposos habían contraído matrimonio canónico en 1953. En 1977 el marido interpuso ante el Tribunal eclesiástico demanda de nulidad matrimonial. El Tribunal Eclesiástico de Santander el 1 de junio de 1983 declaró la nulidad del referido matrimonio por el capítulo de incapacidad de la esposa para asumir las obligaciones conyugales, por razón de la enfermedad que padecía, una neurosis profunda con marcada conflictividad sexual. Elevada la causa, el Tribunal Metropolitano del Arzobispado de Oviedo la confirmó el 14 de marzo de 1985. «*Instada su ejecución civil, el 11 de septiembre de 1985 se inscribe nota marginal en el Registro Civil en la que consta la nulidad acordada*» (antecedentes de la sentencia).

¹¹⁵ La doctrina unánime del Tribunal Constitucional considera de aplicación, a las resoluciones eclesiásticas cuyos procedimientos se hubieran incoado antes de la entrada en vigor del Acuerdo, cualquiera que sea la fecha de la resolución eclesiástica y de la solicitud de efectos civiles, el artículo XXIV del Concordato del 1953 y el artículo 80 CC redactado por la Ley de 24 de abril de 1958, que señalaba que la sentencia eclesiástica se comunicaría a la jurisdicción civil, que la reconocería, promovería su inscripción en el Registro Civil y la ejecutaría en cuanto a los efectos civiles, en virtud de la disposición transitoria segunda del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos. Para ello, ha tenido que salvar sucesivas dificultades: la concordancia entre el principio constitucional de unidad de jurisdicción con el régimen de reconocimiento de las resoluciones eclesiásticas contenido en el Concordato, y la inclusión en el artículo 24 de la Constitución en su vertiente de derecho a la ejecución de las sentencias firmes, del proceso de reconocimiento de efectos civiles a las resoluciones eclesiásticas que

Constitucional *las sentencias [de divorcio] recurridas no fueron respetuosas con la efectividad de las resoluciones canónicas por cuanto consideraron que subsistía, hasta el pronunciamiento del divorcio un matrimonio que ya fue declarado nulo en 1985* (FJ 5.º). Motivos por los cuales declaró la nulidad de las dos sentencias que concedieron el divorcio –en cuanto a su efecto principal– por vulnerar el derecho del marido recurrente a la ejecución de las resoluciones firmes como parte integrante de su derecho a la tutela judicial efectiva.

Retrocediendo en el tiempo y volviendo a la discusión que nos ocupa, tras la nulidad eclesiástica, la esposa –parte demandada– inició un procedimiento declarativo ordinario solicitando la indemnización del artículo 98 del Código civil, que fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia. La Audiencia Provincial de Burgos el 27 de octubre de 1989 revocó la sentencia y concedió a la esposa una pensión indemnizatoria de quince mil pesetas mensuales a satisfacer por el recurrente, con revisión anual para adecuarla a las variaciones del índice de Precios al Consumo. El Tribunal Supremo en la Sentencia de 10 de marzo de 1992 casa y anula la sentencia recurrida, confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, aunque con distinta argumentación jurídica, pues consideró, por un lado, que la sentencia canónica, al no haber obtenido eficacia civil no se puede *ejecutar*¹¹⁶; y por otro que no se había acreditado la mala fe del esposo. En consecuencia, deniega la concesión de la pensión indemnizatoria *ex* artículo 98 del Código civil, pues según el Alto Tribunal:

«La indemnización que dicho artículo 98 del Código civil reconoce no es de naturaleza alimenticia, ni tampoco se corresponde a la pensión compensatoria que refiere el precepto 97 de aquel cuerpo legal, sino que más bien se trata de que en cierto sentido una equita-

prevé el artículo XXIV del Concordato. Véase en el mismo sentido las SSTC, entre otras, de 26 de enero de 1981 (RTC 1981\1), de 12 de noviembre de 1982 (RTC 1982\66), de 23 de mayo de 1985 (RTC 1985\65) y de 7 de noviembre de 1991 (RTC 1991\209).

¹¹⁶ Por el contrario, el reconocimiento de efectos a las resoluciones eclesiásticas en aplicación del derecho transitorio ha sido pacífico, en los litigios que han llegado al Tribunal Supremo. Así se pueden citar las Sentencias, entre otras, de 8 de julio de 1995 (RJ 1995\5552) y de 11 de julio de 1995 (RJ 1995\5958), que tienen como objeto las medidas anejas a la sentencia de separación de los cónyuges dictaminada por un Tribunal eclesiástico y reconocida por un auto de un Juzgado de Primera Instancia. Nótese, que en el Acuerdo con la Santa Sede de 1979 y en el artículo 80 CC de 1981, las sentencias eclesiásticas de separación han quedado privadas de reconocimiento de efectos civiles. Asimismo, y más recientemente el Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4.ª) de 9 de octubre de 2012 (JUR 2012\369096) reconoce eficacia civil a la sentencia canónica de separación dictada en 1979 en aplicación del derecho transitorio, y promovida por la hija matrimonial al fallecimiento de la madre. Sin embargo, la STS de 23 de noviembre 1987 (RJ 1987\8640), de manera esporádica, ha negado la posibilidad de ejecutar civilmente una sentencia canónica de separación matrimonial, recaída después de la Constitución española, con base en el principio de unidad jurisdiccional.

tiva reparación económica equilibradora de los amplios y variados desajustes que pueda ocasionar la nulidad de un matrimonio por la extinción de un proyecto común de vida de los esposos afectados, que no ha ido consolidándose en los años de convivencia, hasta producir su desaparición. No trata el precepto de imponer sanciones, aunque en un principio así pueda entenderse por cargar al cónyuge de mala fe la indemnización, lo que representaría volver a reconsiderar sus conductas determinativas de la nulidad decretada, y, en su caso, *los daños que pueda haber sufrido el otro consorte de buena fe, para cuya reparación queda abierta la vía del artículo 1902 del Código civil*, sino que más bien la norma se proyecta a reducir distancias económicas sociales y derivadas entre los que en su día estuvieron unidos por legítimo vínculo matrimonial, polarizándose sobre los principios de autosuficiencia y neutralidad de costes, al faltar una adecuada institución estatal de previsión social autónoma, sobre todo para las mujeres carentes de actividades laborales, lo que la realidad de los tiempos parece cada vez demandar en forma urgente y necesaria de satisfacción de justicia social» (FJ 1.º).

Como puede advertirse, del transcrito razonamiento del Tribunal Supremo se desprende una clara y errónea asociación de la indemnización prevista en el artículo 98 del Código civil con los perjuicios económicos que la nulidad matrimonial puede implicar para el cónyuge de buena fe¹¹⁷, so pretexto de una argumentación sociológica actualmente cuestionable¹¹⁸.

¹¹⁷ Razonamiento de la STS de 10 de marzo de 1992, que ha sido seguida por la SAP de Málaga (Sección 6.ª) de 6 de marzo de 2008 (JUR 2008\252213), en la que expresamente se precisaba que la finalidad de la indemnización por nulidad matrimonial del artículo 98 es reducir distancias económico-sociales derivadas entre los que en su día estuvieron unidos por legítimo vínculo matrimonial, pero que también reconduce las pretensiones indemnizatorias por daños morales u otros daños materiales al artículo 1902 CC (FJ 3.º).

¹¹⁸ En particular, la referencia por parte de la Sentencia a la ausencia de recursos económicos de las mujeres no trabajadoras que se encuentran sin medios tras la nulidad matrimonial decretada, considerada como la finalidad de la indemnización del artículo 98 CC tendente a la reducción de las «distancias económicas sociales y derivadas entre los que en su día estuvieron unidos por legítimo vínculo matrimonial (...), sobre todo para las mujeres carentes de actividades laborales», lo cierto es que lejos de clarificar la diferenciación entre dicha indemnización y la pensión compensatoria del artículo 97 CC no hacía sino incrementar la posible confusión entre ambas figuras.

En todo caso, el razonamiento efectuado en dicha sentencia merece una valoración negativa pues, como apuntan CASTILLA BAREA y CABEZUELO ARENAS: «Qué diferencia sustancial existe entre este discurso y las divergencias económicas que han de ser suprimidas entre quienes estuvieron ligados por tal vínculo y acusan también un “coste”, con la pérdida de autosuficiencia en la que se basa la compensación del artículo 97 CC? ¿No era apremiante la situación de amas de casa que, sumidas en una situación de dependencia de la que jamás se remontarían, demandaban pensiones indefinidas cuando se aprobó la ley del divorcio en 1981? ¿No mereció entonces ese juicio la figura consagrada en el artículo 97 CC?» (2017, p. 615).

No obstante, la finalidad de acortamiento o reequilibrio económico de la indemnización por nulidad matrimonial del artículo 98 CC se apuntaba, asimismo, entre otras, en las SSAP de Asturias (Sección 1.ª) de 19 de julio de 1993 (AC 1993\1406), de Toledo (Sección 2.ª) de 14 de noviembre de 2001 (AC 2001\2509) y de Baleares (Sección 3.ª) de 23 de mayo de 2006 (JUR 2006\190397). De hecho, en la referida SAP de Toledo de 14 de noviembre de 2001 llamaba la atención el hecho de que la indemnización reconocida por

A los efectos que interesan, conviene destacar que el Tribunal Supremo reconduce la obtención de otro tipo de indemnizaciones, dentro de las cuales cabría incardinar los daños morales, al régimen general de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código civil. En efecto, por un lado, deja abierta la vía del artículo 1902 del Código civil para reclamar por los daños derivados de la nulidad matrimonial, de manera que subsiste la posibilidad de obtener indemnización por los daños morales debidamente acreditados¹¹⁹. Por otro, aunque sea *obiter dictum*, parece cerrar la vía de la indemnización del artículo 98 del Código civil, para resarcir los daños morales¹²⁰.

La doctrina considera mayoritariamente que los daños morales derivados de la nulidad del matrimonio no pueden incardinarse en el artículo 98 del Código civil sino que deben ser reclamados por la vía del artículo 1902 del Código civil, siendo la reclamación de tales daños *ex* artículo 1902 perfectamente compatible con la indemnización del artículo 98, al tratarse de daños diferentes¹²¹.

la nulidad del matrimonio se redujese únicamente a los gastos de la boda, haciendo una interpretación del artículo 98 CC concordante con la del artículo 43 CC sobre los gastos indemnizables en la promesa de matrimonio incumplida sin causa.

¹¹⁹ A favor de la compatibilidad entre la posibilidad de obtener una indemnización *ex* artículo 1902 CC (por daños no restringidos necesariamente y en exclusiva a los daños morales) en los casos de nulidad matrimonial tras la introducción del vigente artículo 98 CC se posicionan, entre otros, RODRÍGUEZ GUTIÁN, 2009, p. 115; GARCÍA CANTERO, 1982, pp. 431 y 432; DE ÁNGEL YAGÜEZ, *La Ley*, 1986, p. 717; IGARTUA ARREGUI, *CCJC*, 1986, p. 3.240; LEÓN GONZÁLEZ, *ADC*, 1993, p. 971; ROCA TRÍAS, 1984, p. 406; y LÓPEZ DE LA CRUZ, *InDret*, 2010, p. 14 (citando la opinión de PATTI, a propósito de dicha compatibilidad en el caso del Derecho italiano, 1984, p. 83).

¹²⁰ Asimismo, la indemnización por nulidad del artículo 98 CC tampoco acoge otro tipo de daños causados por un cónyuge al otro, interviniendo culpa o negligencia, e incluso algunas veces mediante una conducta dolosa, se trata de los daños físicos ocasionados por el contagio de una enfermedad de transmisión sexual. En este sentido, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22.ª) de 13 de diciembre de 2011 (JUR 2012\22967) confirmó la sentencia de primera instancia, que había declarado la nulidad matrimonial por el artículo 73.4.º y acordado una indemnización por la nulidad matrimonial por valor de 25.000 €. Ambos contrayentes recurrieron en apelación. El marido contra la declaración de mala fe; y la mujer reclamando, además, 35.000 € de pensión indemnizatoria del artículo 98 CC por daños en concepto de reparación del daño físico y moral, al haber sido contagiada por el esposo del virus del papiloma humano, con cepas de alto riesgo cancerígeno. La audiencia desestimó ambos recursos de apelación. Vid, también la SAP de Madrid (Sección 22.ª) de 19 de febrero de 2016 (JUR 2016\75571).

¹²¹ A favor de la exclusión de los daños morales derivados de la nulidad matrimonial de la indemnización del artículo 98 CC y su necesaria incardinación en el artículo 1902 CC se posicionan, entre otros, GARCÍA CANTERO, 1982, p. 448; DE ÁNGEL YAGÜEZ, *La Ley*, 1986, p. 717; y VARGAS ARAVENA, 2009, pp. 327-332. Por su parte LÓPEZ DE LA CRUZ considera que los daños morales derivados de la nulidad matrimonial podrían reclamarse de forma coetánea y compatible con la indemnización del artículo 98 CC, a través del artículo 1902 CC, planteamiento que entendemos obedece a la idea de la autora de que la finalidad del artículo 98 de resarcir los daños morales ocasionados al cónyuge de buena fe encuentra mal acomodo dentro de los parámetros patrimoniales de cálculo de la indemnización del artículo 97 CC (en los términos anteriormente expuestos), motivo por el cual quedaría expedito el recurso al artículo 1902 CC para reclamar los daños morales no comprendidos dentro de la indemnización del artículo 98 CC (*InDret*, 2010, pp. 12 a 14). IGARTUA ARREGUI, tras plantear que dentro del artículo 98 CC podrían encontrar acomodo la indemnización por daños morales al cónyuge de buena fe (si bien desconociendo que según una interpretación restrictiva podría eliminarse dicha

Como se ha apuntado, los daños morales no pueden incardinarse en el artículo 98 del Código civil ya que tales daños no se tienen en cuenta en los parámetros de cálculo del artículo 97 del Código civil, puesto que el daño moral nada tiene que ver como el desequilibrio económico derivado de la crisis matrimonial que la pensión compensatoria tiene por finalidad paliar. Problema que puede repercutir especialmente en los matrimonios de escasa duración en los que pueden darse importantes daños morales cuya indemnización se antojará complicada, vista la escasa entidad de la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal previstos en el artículo 97, y de acuerdo con las cuales debe cuantificarse la indemnización derivada de la nulidad.

En este sentido, la mayoría de las sentencias de las Audiencias Provinciales que han abordado dicho problema han entendido que los daños morales reclamados por el cónyuge de buena fe no tienen cabida en la indemnización por nulidad matrimonial del artículo 98 del Código civil, si bien con alguna excepción basada en la justicia material del caso enjuiciado.

Así se aprecia en la SAP de Granada (Sección 3.^a) de 25 de enero de 2005 (AC 2005\873) de cara a enmendar el erróneo planteamiento procesal adoptado por la demandante. En el caso enjuiciado, la esposa había solicitado la declaración de nulidad del matrimonio, reclamando la indemnización de los daños económicos asociados con los gastos de la boda que había abonado y de los daños morales padecidos. La Audiencia estimó una indemnización de 5.452,87 € en concepto de daños materiales correspondiente a los gastos justificados y una indemnización por importe de 6.000 € en concepto de daños morales derivados de la nulidad matrimonial. Los daños morales fueron cifrados en el ataque perturbador a la personalidad, pesar

posibilidad) sin embargo, acto seguido afirma que «... siempre cabrá el recurso a la responsabilidad extracontractual, sea de una forma sustitutoria o complementaria del artículo 98 CC, en los supuestos en que éste no sea aplicable. Teniendo en cuenta el contenido tasado de la indemnización del artículo 98 CC, destinado a cubrir el desequilibrio económico derivado de la nulidad—es decir, los daños materiales surgidos como consecuencia directa de la nulidad—, el papel complementario del artículo 1902 CC será en este terreno (y también en los casos de separación y divorcio) hacer frente a los perjuicios económicos anteriores a la nulidad y a los daños morales que de ella se deriven» (CCJC, 1986, pp. 3.236 y 3.240).

Por el contrario, DE VERDA Y BEAMONTE se posiciona abiertamente a favor de la incardinación de los daños morales en la indemnización del artículo 98 CC (*Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, pp. 668 y 669). CASTILLA BAREA y CABEZUELO ARENAS parecen también inclinarse por la posibilidad de incluir los daños morales dentro de la indemnización del artículo 98 CC., cuando justifican la dualidad de regímenes de los artículos 97 y 98 CC en «la vinculación del deber de indemnizar a la existencia de una previa convivencia conyugal en la que se localiza el agravio reparable *ex* artículo 98 CC. Es fundamental reparar en la confianza que se frustra al haberse cimentado una convivencia sobre un vínculo de cuya nulidad tiene constancia una de las partes. Sobre todo, teniendo en cuenta que el que actúa de buena fe ha cumplido con ello uno de los deberes matrimoniales y ha experimentado pérdidas que trascienden lo puramente patrimonial para penetrar en el terreno moral» (2017, p. 617).

y zozobra psíquica experimentadas por la mujer y para su cuantificación no se aplicaron los criterios del artículo 97 del Código civil, dado que el matrimonio había durado poquísimos días, pues no sobrevivió a la luna de miel, pese a que habían sido novios durante once años. La sentencia parece basarse en la responsabilidad contractual del artículo 1101 del Código civil (FJ 1.º), pero seguidamente «en una cumplida respuesta al artículo 53 de la Constitución Española; acude al principio que inspira la llamada *unidad de culpa civil*, que permite, en determinadas ocasiones, acoger la responsabilidad contractual o extracontractual, siempre que sean respetados los hechos alegados, de acuerdo con el brocardo «*Da mihi factum dabo tibi ius*».

Por otro lado, cabe destacar que la reclamación de los daños morales por la vía del artículo 1902 del Código civil tiene además la enorme ventaja de posibilitar demandar a los terceros que por acción u omisión, interviniendo culpa o negligencia, son los causantes del daño padecido por el cónyuge de buena fe¹²². Así pues, a través del artículo 1902 del Código civil el cónyuge de buena fe puede obtener una indemnización por los daños morales u otros daños patrimoniales ajenos al referido desequilibrio económico frente al cónyuge de mala fe o el tercero que coadyuvó con su proceder a la celebración del matrimonio nulo, a semejanza de cuanto acontece en el derecho italiano.

2.3 La incidencia de la nulidad matrimonial en la pensión compensatoria reconocida en un procedimiento previo de separación o divorcio

La interrelación entre la nulidad matrimonial y la separación y el divorcio plantea diversos problemas¹²³ y, en particular a los efectos que aquí interesan, la incidencia que la sentencia eclesiástica de nulidad matrimonial tiene sobre la pensión compensatoria reconocida en un procedimiento judicial anterior de separación o divorcio¹²⁴.

¹²² La utilidad del artículo 1902 CC de cara a exigir las responsabilidades correspondientes a los terceros cuya actuación fue decisiva de la posterior nulidad matrimonial es destacada, entre otros, por ROCA TRÍAS, 1984, p. 633; IGARTUA ARREGUI, *CCJC*, 1986, pp. 3.236 y 3.241; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, 1992, p. 140; CASTILLA BAREA y CABEZUELO ARENAS, quienes, no obstante, parecen restringir la virtualidad actual del artículo 1902 CC únicamente a tales reclamaciones frente a terceros por los daños derivados de la nulidad matrimonial (2017, p. 617, citando el planteamiento referido de ROCA TRÍAS); y DE VERDA Y BEAMONTE, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, p. 670.

¹²³ Para un panorama de los problemas que surgen en la concurrencia de una sentencia de nulidad posterior a un divorcio, *vid.* BARBER CÁRCAMO, 2005.

¹²⁴ Nos referimos a la combinación de sentencia de nulidad y divorcio, pero es también posible combinar separación civil y nulidad. Un buen ejemplo lo constituye la STS de 23 de febrero de 1993 (RJ 1993\1225), en la que se analizaba la ejecución en el orden

Con carácter previo debe tenerse en cuenta que el reconocimiento de las sentencias eclesiásticas de nulidad matrimonial y de las decisiones pontificias de matrimonio rato y no consumado¹²⁵ se encuentra sometido al Derecho interno español, de acuerdo con la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación jurídica internacional en materia civil, que «reconoce» las resoluciones matrimoniales extranjeras mediante un procedimiento registral¹²⁶. Nótese que la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, acoge expresamente un reconocimiento auto-

civil de la sentencia de nulidad canónica. Las cuestiones de hecho son complejas. La mujer solicitó la separación conyugal por motivo de adulterio por parte del marido ante los Tribunales civiles, que fue estimada en primera instancia, y confirmada en apelación y casación. Posteriormente, el marido instó ante Tribunal eclesiástico la nulidad de su matrimonio, alegando falta de suficiente libertad por su parte, que fue concedida por el Tribunal eclesiástico de Santiago y confirmada por Decreto del Tribunal de La Rota de la Nunciatura en Madrid. El Juzgado de Primera Instancia concedió mediante Auto de 30 de enero de 1987, la eficacia civil de la resolución canónica. El siguiente paso fue, entonces, la ejecución de la sentencia de nulidad homologada, para lo cual la mujer entabló demanda solicitando que el marido abonara una cantidad mensual en concepto de ayuda a sostener las cargas familiares, cantidad que fue fijada por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de 22 de abril de 1988 en 40.000 pts. por cada una de las dos hijas. Además, la esposa interpuso demanda en solicitud de la pensión indemnizatoria del artículo 98 CC, en cuyo procedimiento recayó esta sentencia del Tribunal Supremo. El Juzgado de Primera Instancia en sentencia de 27 de enero de 1989 fijó la indemnización en seis millones de pesetas. El demandado interpuso recurso de apelación y, luego, de casación. El Tribunal Supremo no admitió el recurso, al no proceder recurso casacional en procedimiento de incidentes, cual es el de la pretensión litigiosa de demanda de la pensión indemnizatoria del artículo 98 CC.

¹²⁵ El rescripto pontificio sobre matrimonio rato y no consumado está incluido en el Acuerdo de Asuntos Jurídicos artículo VI, y en el artículo 80 CC. Se ha reconocido eficacia civil, sin que sea preciso que el ordenamiento español acoga la inconsumación del matrimonio como causa de disolución. El Tribunal Supremo ha concedido eficacia civil a la decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado, en las SSTs de 23 de noviembre de 1995 (RJ 1995\8433) y de 17 de junio de 1996 (RJ 1996\5072).

En el reconocimiento de eficacia civil de la decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado se produce una diferencia respecto a la nulidad. Para el ordenamiento civil, el estado civil de los contrayentes después de la *dispensa superrato* es de divorciados, mientras que para el Derecho canónico, en cambio, el estado civil es de solteros. Motivo por el cual, las posibles indemnizaciones derivadas de tales decisiones pontificias únicamente pueden basarse en el artículo 1902 CC. *Cfr.*, entre otros, ROCA TRÍAS, 1984, p. 631; RUIZ RICO, *Poder Judicial*, 1994, p. 226; CASTILLA BAREA y CABEZUELO ARENAS, 2017, p. 621; DÍAZ MARTÍNEZ, 2013, p. 1.041.

¹²⁶ Desde la Constitución Española y el Acuerdo de Asuntos Jurídicos se han sucedido diferentes modos de otorgar eficacia civil a las resoluciones eclesiásticas. Algunas de estas reformas han tenido por objeto directo el reconocimiento de la sentencia canónica, mientras que otras –no menos importantes– han llegado al reconocimiento de la resolución eclesiástica al modificarse la regulación española e internacional sobre el reconocimiento de las resoluciones en materia matrimonial.

Así, la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación jurídica internacional en materia civil, que ha cumplido finalmente el mandato de la Disposición final vigésima de la Ley de Enjuiciamiento civil de 2000, contempla el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones extranjeras. Ha introducido un sistema general de reconocimiento (artículo 44), que en el caso de resoluciones matrimoniales es la vía registral, de modo que las resoluciones extranjeras sobre materia matrimonial acceden directamente al Registro civil. Entre las causas de denegación del reconocimiento se puede señalar: que la resolución extranjera sea contraria al orden público, cuando se haya dictado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes, cuando atente a la competencia procesal de España, cuando la resolución sea inconciliable con otra dictada en España o con otra dictada en un tercer Estado siempre que reúna las condiciones para ser reconocida en España, o

mático o registral para las sentencias de nulidad de matrimonio y las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado. En particular, el último apartado del artículo 61 establece: «Las resoluciones sobre disolución de matrimonio canónico, dictadas por autoridad eclesiástica reconocida, se inscribirán si cumplen los requisitos que prevé el ordenamiento jurídico»¹²⁷. Por «disolución de matrimonio canónico» hay que seguir entendiendo según el artículo 80 del Código civil y el artículo VI. 2 del Acuerdo con la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos de 3 de enero de 1979, tanto las sentencias de nulidad de matrimonio como las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado.

En consecuencia, el reconocimiento de la resolución eclesiástica se adopta a efectos del vínculo matrimonial, sin entrar a valorar la posible declaración de mala fe de uno de los cónyuges apreciada en la resolución eclesiástica en cuestión cuyo reconocimiento se insta. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1994 (RJ 1994\6420) estudia un supuesto controvertido en un procedimiento de *ejecución* civil de la sentencia de nulidad matrimonial dictada por un Tribunal eclesiástico y civilmente homologada por Auto de 28 de septiembre de 1987. El supuesto es interesante y la doctrina que sienta el Tribunal Supremo muy clara. El capítulo de la nulidad canónica era el dolo empleado por la demandada y sufrido por el actor, consistente en que se le había hecho creer que todavía estaba en edad de engendrar hijos. Al instar la eficacia civil de la sentencia eclesiástica de nulidad el actor solicitó también que se declarase la mala fe de la demandada, con el propósito de ejercitar la facultad de liquidación del régimen económico matrimonial de acuerdo con las reglas del régimen de participación en las ganancias, reconocida en los artículos 95 y 1395 del Código civil. El Auto de reconocimiento de eficacia civil de la sentencia canónica de nulidad se pronunció únicamente sobre el reconocimiento de la declaración de nulidad; de tal manera que, en ejecución, el Juzgado se limitó a acordar la liquidación de la sociedad de gananciales según las reglas aplicables a ésta. El actor recurrió en apelación solicitando que, dada la mala fe de su consorte, se liquidase el régimen económico matrimonial de acuerdo a las reglas del régimen de participación, privando a la esposa de participar en sus ganancias, y no según las reglas de la sociedad de gananciales.

cuando en España existiera un litigio anterior pendiente entre las mismas partes y con el mismo objeto (artículo 46).

¹²⁷ El último apartado del artículo 61 mantiene la redacción y posición de 2011, a pesar de que la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015 y la Ley 6/2021, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, han modificado el resto del artículo 61.

ciales. La Audiencia estimó el recurso, revocó la sentencia del Juzgado, declaró la mala fe de la esposa, «ya que el engaño doloso, equivale a una actuación sin género de duda, de mala fe en sentido jurídico civil», y decretó la liquidación del régimen económico matrimonial por las reglas de la participación de bienes. La esposa recurrió en casación alegando que, dado que el Auto de homologación no había declarado la mala fe de la esposa, no podían aplicarse los referidos artículos 95 y 1395 del Código civil. El Tribunal Supremo analiza si el Auto de homologación podía entrar a valorar la declaración de la mala fe o por el contrario si esa facultad corresponde únicamente al Juez que ejecuta la sentencia ya homologada. Llega a esta segunda conclusión, pues entiende que el juicio de homologación sólo debe extenderse a la declaración de autenticidad y de adecuación, por lo que «al margen de estas verificaciones el juicio de homologación no debe extenderse a hacer nuevos pronunciamientos» (FJ 3.º). Así pues, consideró que la declaración de mala fe había sido correctamente apreciada por la Audiencia y declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

Por otro lado, debe tenerse también en cuenta que la sentencia eclesiástica de nulidad matrimonial no establece medidas civiles derivadas de la nulidad matrimonial¹²⁸. Son los contrayentes de mutuo acuerdo, o uno de ellos, quienes deberán solicitar, además del reconocimiento de la resolución eclesiástica de nulidad matrimonial, la adopción de las medidas civiles derivadas de la nulidad matrimonial que consideren procedentes.

¹²⁸ La adopción de las medidas civiles derivadas de la nulidad eclesiástica o de la dispensa de matrimonio rato y no consumado corresponde al juez civil. En este sentido, la STC de 26 de enero de 1981 (RTC 1981\1) establece que la adopción o modificación de las medidas civiles derivadas de la nulidad, como medidas que afectan a las relaciones paterno-filiales –titularidad y ejercicio de la patria potestad, custodia, guarda y derecho de visitas, alimentos, etc.–, o medidas de carácter económico y patrimonial, como las referentes al régimen económico matrimonial, a la vivienda, a las pensiones, etc., se sustancian ante la jurisdicción civil según el procedimiento previsto para ello.

La STS de 31 de diciembre de 1982 (RJ 1982\7988) declara: «el ámbito de conocimiento y decisión del Juez Civil para dar efectividad a las resoluciones pronunciadas por los Tribunales eclesiásticos, si bien no alcanza a revisar el primordial efecto desvinculatorio de la resolución canónica sobre la nulidad o la disolución del matrimonio rato y no consumado (canon 1119), sí reviste plenitud de facultades, según es de entender con autorizada doctrina científica, por lo que atañe a los aspectos de carácter secundario, que van desde las prohibiciones circunstanciadas para contraer ulteriores nupcias, hasta las determinaciones sobre el ejercicio de las relaciones paternofiliales, pasando por las declaraciones sobre la mala fe de alguno de los contrayentes como causante de la invalidez del pacto conyugal (así acaece en el presente litigio), temas todos ellos que la jurisdicción civil puede avocar en su integridad y con total autonomía.

Asimismo, el Código de Derecho Canónico remite los efectos civiles de la nulidad matrimonial en sentencia eclesiástica al orden civil: «las causas sobre los efectos meramente civiles del matrimonio pertenecen al juez civil» (canon 1671 §2, trasladado a este párrafo segundo por el Motu Proprio «*Mitis Iudex Dominus Iesus*», de 15 de agosto de 2015. En la redacción originaria se ubicaba en el canon 1672).

A este respecto, tras instar el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, y una vez inscrita la nulidad, los contrayentes pueden solicitar que se adopten las medidas definitivas derivadas de la nulidad de conformidad con el artículo 774 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que puede llegar con acuerdo de los cónyuges o sin acuerdo. El párrafo segundo establece: «A falta de acuerdo, se practicará la prueba útil y pertinente que los cónyuges o el Ministerio Fiscal propongan y la que el tribunal acuerde de oficio sobre los hechos que sean relevantes para la decisión sobre las medidas a adoptar». Precisamente, entre tales hechos relevantes a que se refiere el precepto transcrito podrá presentarse la resolución eclesiástica de nulidad que apreció la mala fe de uno de los contrayentes de cara a acreditar la mala fe y en muchas ocasiones también el dolo asociado a la causa de nulidad apreciada por el tribunal eclesiástico¹²⁹.

Los contrayentes también podrán seguir acudiendo a la vía del artículo 778.2 LEC, que remite al artículo 770 LEC y prevé la sustanciación conjunta de la petición de eficacia civil de la resolución canónica y de todas las cuestiones relativas a las medidas a adoptar tras el reconocimiento de efectos civiles de la resolución de nulidad¹³⁰.

Volviendo a la interrelación entre la sentencia de nulidad y de divorcio, habitualmente la nulidad matrimonial eclesiástica suele darse con posterioridad al divorcio legal. Sin embargo, el íter procedimental no siempre concuerda con dicho esquema, como se aprecia en el caso enjuiciado por la antes referida Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de enero de 1997 (RTC 1997\6). En caso de autos de esta sentencia se había dictado primero sentencia eclesiástica de nulidad matrimonial en 1985 y después sendas sentencias favorables de divorcio en primera instancia en 1993 y en apelación en 1994. Esto fue posible por la discrepancia sobre el derecho transitorio aplicable al reconocimiento de efectos civiles de la nulidad matrimonial. Como ya se ha apuntado, el Tribunal Constitucional estimó el recurso de amparo, declaró la nulidad de las dos sentencias que habían concedido el divorcio, pero únicamente respecto a su efecto principal de disolver un matrimonio que ya se había declarado nulo. Pero –y es en lo que es conviene detenerse–, el Tribunal Constitucional mantuvo intactos los efectos y medidas de carácter económico decretadas en las sentencias de divorcio, alegando que en el procedimiento eclesiástico de nulidad

¹²⁹ Así también lo admite DÍAZ MARTÍNEZ, 2013, p. 1.044.

¹³⁰ Razonamiento éste al que se adhieren las SSTs de 5 de marzo de 2001 (RJ 2001\2727), de 23 de marzo de 2005 (RJ 2005\3200) y de 28 de abril de 2015 (RJ 2015\1362), así como la jurisprudencia mayoritaria de las Audiencias Provinciales. *Vid. en este sentido, entre otras, las SSAP de Zaragoza (Sección 5.ª) de 23 de junio de 2003 (JUR 2003\172968) y de Madrid (Sección 24.ª) de 29 de septiembre de 2005 (JUR 2005\236477).*

matrimonial no se habían fijado los efectos económico-patrimoniales derivados de la nulidad (sic), pese a reconocer que «los supuestos en los que cabe indemnización patrimonial pueden ser distintos en casos de divorcio y de nulidad (...), *sin terciar en la polémica de legalidad*» (FJ 6.º)¹³¹.

Nótese que el Tribunal Constitucional no es el único que ha incurrido en semejante dislate, ya que también el Tribunal Supremo e incluso la Dirección General de los Registros y del Notariado han acogido dicho planteamiento en alguna ocasión¹³², si bien en

¹³¹ Dicha solución adoptada por el Tribunal Constitucional es duramente criticada por BARBER CÁRCAMO, en cuya opinión «no se entiende cómo puede declararse la nulidad de las sentencias en cuanto al divorcio y mantener los efectos dictados en relación al mismo, cuando se parte de que el supuesto es de nulidad matrimonial y, por tanto, procedería la aplicación de los efectos propios de ésta, ciertamente no por la jurisdicción canónica, sino por la civil. Considerar que en lo relativo a los efectos las sentencias de divorcio están precisando los subsiguientes a la ulterior nulidad canónica es pura prestidigitación» (2004, pp. 498 y 499). También, como la propia autora recoge, se muestra diametralmente contrario al planteamiento seguido por el Tribunal Constitucional en dicha Sentencia MIQUEL GONZÁLEZ, dado lo heterodoxo que, en su opinión, resulta «dar eficacia a una sentencia de divorcio, aunque sea a efectos patrimoniales, si se ha reconocido la previa de una sentencia de nulidad, pues los efectos patrimoniales dependen de la existencia de divorcio y éste no puede existir respecto de un matrimonio ya declarado nulo».

MIQUEL GONZÁLEZ analiza el supuesto en el que el orden sea inverso, y considera que «una vez disuelto el matrimonio por divorcio conforme al Derecho del Estado el orden matrimonial no experimenta ningún perjuicio digno de ser evitado si no se ejecuta una posterior sentencia canónica de nulidad. Más bien me parece que sucede al contrario. En este sentido podía servir de ejemplo el §1317.3 BGB, redacción de 1998, que no permite demandar la nulidad cuando el matrimonio ya ha sido disuelto» (*Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2001, pp. 158 y 159). Sin embargo, al tratarse de dos ordenamientos, el civil y el canónico, y al reconocer el ordenamiento civil el matrimonio canónico (a diferencia de Alemania que no lo reconoce), hay un interés legítimo en que se publique en el Registro Civil una nulidad matrimonial de un matrimonio que ha sido previamente disuelto por divorcio.

¹³² La [anterior] Dirección General de los Registros y del Notariado también ha tenido ocasión de abordar la concurrencia de sendas resoluciones civiles y eclesíásticas, pero en este caso era un divorcio y una decisión pontificia de matrimonio rato y no consumado. En este sentido, la Resolución de 28 de agosto de 1992 (RJ 1992/7222) se permite además enjuiciar cuestiones internas del Derecho canónico. En el supuesto de hecho, sobre un matrimonio canónico inscrito recae divorcio, que a su vez se inscribe, y una dispensa de matrimonio rato y no consumado. Posteriormente, la interesada contrae matrimonio canónico con otro varón y solicita su inscripción, objeto de discusión en el caso. Se genera aquí una duplicidad de planos. Según el Derecho civil, la interesada podía contraer nuevo matrimonio, porque el anterior estaba disuelto por divorcio. Según el Derecho canónico, la esposa podía contraer nuevo matrimonio, porque el anterior había sido disuelto por la dispensa de matrimonio rato y no consumado. La Dirección General considera que no afecta la dispensa –en la certificación eclesíástica, la esposa aparecía como soltera y en las observaciones se hacía referencia a la dispensa del matrimonio rato y consumado–, puesto que en el Registro Civil figura el divorcio, por lo cual la esposa es libre para contraer nuevas nupcias. Ahora bien, declara: «no tendría ningún sentido obligar a la interesada a contraer su segundo matrimonio en forma civil, para el cual, como divorciada no habría dificultad alguna, y carecería igualmente de sentido supeditar la inscripción de su nuevo matrimonio canónico a la ejecución a efectos civiles de la dispensa de matrimonio rato. Esta ejecución no es posible porque el mismo matrimonio está ya disuelto para el Estado en una fecha anterior y sería totalmente contradictorio con la sentencia previa de divorcio que se admitiera después una causa de disolución distinta y posterior. No hay, pues, obstáculos para inscribir un matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico y que reúne

los supuestos más habituales en que cronológicamente se decreta primero el divorcio y recae después sentencia canónica de nulidad matrimonial.

El problema radica en que, con el juego de los efectos retroactivos, la nulidad matrimonial decretada con posterioridad al divorcio, dada su eficacia *ex tunc*, deja al divorcio desprovisto de matrimonio alguno que disolver. Además el problema se acentúa cuando el divorcio previamente decretado llevaba aparejado el reconocimiento de una pensión compensatoria, cuya subsistencia o extinción, dejando paso a una pensión indemnizatoria por nulidad matrimonial, se suscita una vez se decreta la nulidad en cuestión.

A tal efecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2005 considera que «los efectos civiles del divorcio no resultan alterados por la posterior declaración canónica de su nulidad», alteración de las circunstancias que resulta preceptiva para que la extinción de la pensión compensatoria previamente reconocida resulte factible. Por su parte, la antes citada Sentencia de 28 de abril de 2015 se limitó a desestimar la pretensión del marido de extinción de la pensión compensatoria, dado que, en el procedimiento de reconocimiento de efectos civiles de la resolución de nulidad dictada por el Tribunal del Obispado de Málaga, el actor no había solicitado la extinción de la pensión, motivo por el cual estima que debe considerarse firme el Auto de homologación civil y mantenerse la pensión compensatoria en tanto no se produzca una modificación de las circunstancias que motivaron su concesión (dentro de las cuales no se incluye la nulidad matrimonial, pues ésta ya se daba cuando se adoptó el Auto de reconocimiento de efectos civiles y puede, por tanto, estimarse que el marido consintió su mantenimiento pese a la nulidad decretada).

Asimismo, la SAP de Baleares (Sección 3.^a) de 23 de mayo de 2006 (JUR 2006\190397), tras acoger la tesis de que la existencia de una sentencia de nulidad canónica no puede estimarse como cambio sustancial de circunstancias para dejar sin efecto la pensión compensatoria acordada en la sentencia de divorcio¹³³, *de facto*

también los requisitos de validez exigidos por la legislación civil. Únicamente hay que advertir que en esta inscripción el estado civil de la contrayente ha de ser el de divorciada, porque en tal estado se ha mantenido para el ordenamiento civil hasta su nuevo enlace, sin que importe que la certificación eclesíástica la califique de soltera, lo que no es cierto en el ámbito civil, *ni tampoco es correcto para el Derecho canónico, ya que la dispensa pontificia de matrimonio rato y no consumado constituye un caso de disolución de un matrimonio previo válidamente celebrado* (cfr. canon 1142 del *Codex*).

¹³³ Esta sentencia hace suyo el razonamiento efectuado por la SAP de Sevilla (Sección 5.^a) de 2 de noviembre de 1993 (AC 1993\2233), según el cual: «Tratándose como se trata de un procedimiento para la “modificación de medidas acordadas en sentencia firme de divorcio”, hay que partir necesariamente de las circunstancias en que dicha sentencia se dictó, pues se trata de un hecho jurídico incuestionable que, *rebus sic stantibus*, ha de regir las relaciones futuras de los divorciados. Así pues, mientras las circunstancias no se modifiquen sustancialmente, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 100 del Código Civil,

asimilaba en gran medida la finalidad de dicha pensión y la indemnización del artículo 98 del Código civil, cuando afirmaba que el fundamento de esta última «no es acortar distancias económico-sociales entre quienes estuvieron casados (...) sino reparar el desajuste económico que la nulidad produce al cónyuge de buena fe si antes no lo ha sido en anteriores procesos seguidos por los esposos» (dando a entender que la indemnización del artículo 98 del Código civil podría verse subsumida en la liquidación del régimen económico matrimonial *ex* artículo 95 del Código civil y en la pensión compensatoria acordada en su momento).

A la vista de tales resoluciones del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de la Dirección General se aprecia un insuficiente análisis de las repercusiones que la nulidad matrimonial implica respecto a las medidas económicas derivadas de la nulidad matrimonial que requiere de un desarrollo más en detalle, pues no cabe afirmar «simplemente» que la nulidad matrimonial no supone una alteración de las circunstancias que pueda hacerse valer con posterioridad a un divorcio, a efectos de mantener o extinguir la pensión compensatoria reconocida en el procedimiento de separación o divorcio.

En nuestra opinión, queda fuera de toda duda que la nulidad matrimonial no solo no implica una modificación de las circunstancias, sino que resulta *a priori* incompatible con el reconocimiento de una pensión compensatoria, por lo que cuando *a posteriori* se decreta la nulidad matrimonial habrá que entrar a valorar qué acontece con la pensión compensatoria derivada de la separación o divorcio.

A este respecto son varias las opciones que pueden plantearse en relación a la pensión compensatoria reconocida en un procedimiento previo de divorcio tras la declaración de nulidad matrimonial.

En primer lugar, las partes pueden continuar abonando y percibiendo la pensión compensatoria, tal y como se fijó en la sentencia de separación o divorcio, pues, ni la resolución eclesiástica de nulidad ni el reconocimiento de efectos civiles de la resolución tienen *per se*, virtualidad automática para provocar la extinción de la pensión compensatoria decretada en el procedimiento civil anterior. También pueden convenir de mutuo acuerdo las medidas mediante un convenio regulador. Esta opción ha sido admitida en el Auto de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 2.ª) de 7 de junio de 1994 (AC 1994\1029) que confirmó el Auto del Juzgado de modificación de medidas adoptadas en sentencia de divorcio. En el

han de mantenerse los efectos acordados. La existencia de una sentencia firme de nulidad canónica y el subsiguiente reconocimiento de sus efectos civiles, no pueden estimarse como “cambio sustancial” de circunstancias a efectos meramente civiles, para dejar así sin efecto lo acordado en la sentencia firme de divorcio» (FJ 5.º).

supuesto de autos, había recaído sentencia de divorcio con medidas respecto a los hijos y una pensión compensatoria a favor de la mujer. Posteriormente los contrayentes obtuvieron sentencia de nulidad canónica, que presentaron para su homologación acompañando de mutuo acuerdo un convenio regulador que contenía las prestaciones de alimentos a los hijos y una pensión compensatoria a favor de la mujer. La Audiencia Provincia considera que «la nulidad acordada en sede canónica no supone una alteración sustancial de las circunstancias a que se refieren los artículos 90, tercer párrafo y 91 del Código Civil», y estima bien adoptadas las medidas adoptadas con mutuo acuerdo.

Otra opción pasaría por *reconvertir* la pensión compensatoria en una indemnización por nulidad matrimonial del artículo 98 del Código civil, instrumentada a través de un pago periódico, y cuyo montante resulte coincidente, dado que ambas prestaciones económicas obedecen a los mismos criterios de cuantificación del artículo 97 del Código civil. En este sentido, se pronuncia la SAP de Huelva (Sección 1.^a) de 8 de octubre de 1997 (AC 1997\2337), optando por mantener la pensión compensatoria tras el reconocimiento de efectos civiles a la resolución eclesiástica de nulidad matrimonial, al considerar que

«a través de una interpretación sistemática del artículo 98 del Código civil y en aras a principios de equidad y lógica jurídica, si el ordenamiento permite que sin existir el vínculo matrimonial como consecuencia de la nulidad uno de los cónyuges tenga derecho a una indemnización semejante a la pensión compensatoria, cuanto más permitirá que subsista la ya otorgada vigente el matrimonio» (FJ 2.^o).

Adicionalmente cabría plantearse la posibilidad de que las partes o una de ellas solicite la extinción de la pensión compensatoria y la adopción de las medidas correspondientes derivadas de la nulidad matrimonial, que se enjuiciarían *ex novo* dando lugar a una pensión indemnizatoria por nulidad del artículo 98 del Código civil, si se cumplen los requisitos y a su valoración. La opción parece ser la acogida por la SAP de Asturias (Sección 5.^a) de 5 de octubre de 2000 (AC 2000\2352), si bien a medias, pues estima la pretensión de la mujer de extinción de la pensión compensatoria concedida al marido tras el reconocimiento de la eficacia civil de la resolución eclesiástica de nulidad matrimonial, pero no concede la indemnización por nulidad matrimonial del artículo 98 del Código civil, dado que el marido no la había solicitado y

«siendo presupuesto para la concesión de la pensión compensatoria la existencia de un matrimonio, si éste, como es el caso, se declara

nulo, entiende la Sala que no puede pervivir un pronunciamiento que se vincula exclusivamente a la separación o al divorcio, en definitiva, a la previa existencia de un matrimonio válido» (FJ 2.º).

A modo de recapitulación, vistos los problemas e incertidumbres que la indemnización por nulidad matrimonial del artículo 98 del Código civil suscita, tanto respecto a los montantes indemnizatorios que abarca como a su interrelación con la pensión compensatoria del artículo 97 del Código civil, consideramos que sería de justicia que el legislador extendiese la pensión compensatoria también a los casos de nulidad matrimonial.

De manera que lo deseable sería que, por un lado, el Código Civil mantuviese la indemnización por nulidad matrimonial del artículo 98 del Código civil con los criterios indemnizatorios de la responsabilidad civil y la prueba de los daños y, por otro, que contemplase separadamente el reconocimiento de una pensión compensatoria en los casos de nulidad matrimonial, si dicha nulidad acarrea un desequilibrio económico a alguno de los cónyuges¹³⁴, como se preveía en el Proyecto de Ley del Gobierno presentado en 1981, y como actualmente acontece en el Derecho italiano.

Dada la actual configuración de los artículos 97 y 98 del Código civil, la solución apuntada permitiría que en los casos en los que ambos cónyuges son de buena fe y se declara la nulidad del matrimonio, el cónyuge que experimenta un desequilibrio patrimonial respecto al otro pueda obtener una pensión compensatoria; mientras que en los casos en los que un solo cónyuge tiene buena fe, pueda además ser beneficiario de una indemnización por los daños y perjuicios morales y patrimoniales. Indemnización que debería participar de la naturaleza de la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código civil¹³⁵ y respecto a la cual pudiera accionarse, asimismo, frente a los terceros que determinaron con su proceder la nulidad matrimonial en cuestión.

¹³⁴ De la misma opinión es BARBER CÁRCAMO, a cuyo parecer ese reconocimiento de una pensión compensatoria también en los casos de nulidad matrimonial resulta una exigencia de justicia, debiendo equipararse dicha nulidad a los casos de separación o divorcio en lo que a la pensión compensatoria respecta. Sobre todo porque, como esta autora subraya, «olvidarse de la situación post-matrimonial en el caso de la nulidad, para atender sólo al resarcimiento de los daños provocados por el cónyuge causante de la misma, supone aplicar un esquema contractual de más que dudosa pertinencia, por lo limitado de la protección que dispensa» (2004, pp. 495, 510 y 511).

¹³⁵ Cfr. LASARTE ÁLVAREZ y VALPUESTA FERNÁNDEZ, 1982, p. 777.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Ante la rica y cada día más abundante casuística jurisprudencial no cabe duda de que las reclamaciones de indemnizaciones de daños y perjuicios en el seno de las relaciones familiares se ha convertido en un tema recurrente, como lo atestigua la correlativa atención que la doctrina científica ha venido prestando a lo largo de los últimos años a la interrelación entre Derecho de Familia y Derecho de daños.

Hablar de la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares hoy en día implica referirse a un conjunto muy heterogéneo de supuestos, cada uno de los cuales plantea sus propios desafíos y obliga a operar como normas dispares y de muy distinta naturaleza. Así ocurre, por ejemplo, con el incumplimiento de los deberes conyugales, que no solo puede enfocarse desde la perspectiva civil sino también desde la penal cuando la transgresión de tales deberes resulta constitutiva de delito. Nótese que el hecho de mantener relaciones extramatrimoniales, además de suponer un incumplimiento del deber de fidelidad del artículo 67 del Código civil, puede tener trascendencia penal cuando lleva aparejado el contagio de una enfermedad de transmisión sexual al otro cónyuge (reputándose como un delito de lesiones), en cuyo caso la procedencia de una indemnización de daños y perjuicios *ex arts.* 109 y siguientes del Código penal no plantea ninguna duda y dentro de la cual, expresamente, se comprende la indemnización por los daños morales padecidos (art. 110.3.º CP). Por descontado ninguna duda cabe de que en tal caso estaremos, asimismo, ante una evidente lesión de derechos fundamentales, en particular del derecho a la integridad física reconocido en el artículo 15 de la Constitución Española.

Por otro lado, esa misma transgresión del deber de fidelidad puede derivar en la concepción de un hijo cuya paternidad se atribuye *ex lege* al marido y que llevará aparejada la asunción por su parte de toda una serie de obligaciones inherentes a la paternidad y a la patria potestad, tanto de índole material como afectiva. De nuevo aquí una cosa es el incumplimiento del deber de fidelidad, que en sí mismo no resulta sancionable ni reprochable jurídicamente, y otra bien distinta la ocultación de forma intencionada por la esposa de sus dudas o de la certeza sobre la verdadera filiación del menor alumbrado. Ocultación tras la cual subyace una evidente conducta gravemente negligente, cuando no dolosa, que causa daños tanto morales como patrimoniales al padre del hijo/a alumbrado y que, pese a traer causa del incumplimiento del deber conyugal de fidelidad, goza de

autonomía propia tanto desde el punto de vista regulatorio (*ex art. 1902 CC*) como conceptual. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de tener que analizar en tal caso el posible conflicto entre los derechos fundamentales de la esposa (su derecho a la intimidad personal), del marido (su derecho al honor y al conocimiento de la verdad biológica) y del hijo/a (su derecho a la investigación de la paternidad y a conocer sus orígenes biológicos).

Otro tanto acontece con los casos en los que los progenitores u otros sujetos obstaculizan el régimen de guarda y custodia o visitas legalmente reconocidos y judicialmente establecidos. En tales casos, la transgresión no solo de normas civiles sino también penales y constitucionales resulta palmaria, ya que dicha obstaculización puede tener su origen en un delito de sustracción de menores e implica una vulneración del derecho fundamental de los padres, los hijos e incluso los abuelos, a la vida familiar.

La misma situación se reproduce cuando se analizan las implicaciones asociadas a los supuestos de falta de reconocimiento de la filiación y de asunción de los deberes paterno-filiales inherentes a la patria potestad, con la consiguiente lesión del derecho fundamental de los hijos a conocer sus orígenes biológicos y el incumplimiento por parte de los padres de las obligaciones que constitucionalmente les incumben en su condición como tales. Motivo por el cual pretender encauzar las posibles indemnizaciones y resarcimientos de daños y perjuicios asociados a dicha falta de reconocimiento a los cauces estrictamente civiles resulta, cuando menos, empobrecedor y francamente insuficiente. Acogerse en tal caso a la negación de efectos retroactivos de la pensión alimenticia *ex artículo 148 del Código civil* y abogar a la vez por la reforma de dicho precepto, no tiene mucho sentido. Sobre todo cuando el ordenamiento pone a nuestra disposición mecanismos generales que permiten encauzar los correspondientes resarcimientos en estos casos a través de las reglas generales en materia de responsabilidad extracontractual, el principio del enriquecimiento injusto o la figura del cobro de lo indebido.

Las reflexiones anteriores debieran bastar para concluir que el actual planteamiento del Tribunal Supremo opuesto al reconocimiento de indemnizaciones en el ámbito de las relaciones familiares, so pretexto del argumento de la denominada «paz familiar» y la imposibilidad de realizar juicios de moralidad acerca de la conducta desplegada por los integrantes del grupo familiar, resulta no solo diametralmente contrario a los más elementales principios de justicia material, sino también dudoso desde el punto de vista constitucional y *de lege lata*.

No se trata pues de debatir en abstracto si el Derecho de daños resulta aplicable en el ámbito de las relaciones familiares. Ninguna duda cabe de que en el seno de tales relaciones se llevan a cabo conductas penalmente reprochables que determinan el reconocimiento de indemnizaciones de daños y perjuicios, cuyas partidas y cuantificación se sustancian en aplicación de las reglas propias del Derecho de daños. La pregunta radica pues en analizar si los tribunales civiles pueden legítimamente sustraerse al análisis de las repercusiones penales y constitucionales, y analizar la virtualidad indemnizatoria de esas conductas, en aplicación de normas estrictamente civiles, tales como la falsa atribución de la paternidad, el no reconocimiento de la filiación o la obstaculización del régimen de guarda y custodia o visitas, considerados a lo largo del presente trabajo. Interrogante cuya respuesta es claramente negativa, y a la vista del cual la modulación o flexibilización de las rigideces que las normas reguladoras de la familia plantean en ocasiones se antoja especialmente necesaria.

Finalmente, ha de tenerse en cuenta que la restricción de las indemnizaciones en el ámbito de las relaciones familiares a aquéllas legalmente tasadas postulada por el Tribunal Supremo encuentra mal acomodo y tampoco se compagina con la realidad normativa, una vez se analizan los preceptos en los que tales indemnizaciones se prevén. Así lo hemos puesto de relieve al evidenciar las lagunas regulatorias suscitadas en el caso de los daños derivados del incumplimiento de la promesa de matrimonio del artículo 43 del Código civil y, sobre todo, con las indemnizaciones a favor del cónyuge de buena fe en los casos de nulidad matrimonial del artículo 98 del Código civil. En ambos casos, como se ha visto, ni las partidas indemnizatorias ni los sujetos legitimados activa y pasivamente previstos en tales preceptos permiten hablar de un sistema indemnizatorio tasado y cerrado a la aplicación de las reglas generales en materia de responsabilidad civil, motivo por el cual la tesis de nuestro Alto Tribunal resulta nuevamente incoherente y contraria a su propia jurisprudencia.

Los daños irrogados como consecuencia de la nulidad matrimonial al cónyuge de buena fe desbordan el actual ámbito de aplicación del artículo 98 del Código civil que, dada la remisión a los parámetros de cálculo del artículo 97 del Código civil, ni abarca los daños morales ni tampoco los daños patrimoniales ajenos a tales parámetros previstos para la pensión compensatoria, para cuya reclamación continúa siendo necesario acudir, como antes de la reforma de 1981, al artículo 1902 del Código civil, esto es, a las reglas generales en materia de responsabilidad civil.

Así pues, a la vista de los razonamientos anteriores, el reciente planteamiento adoptado por el Pleno del Tribunal Supremo relativo a la «inmunidad» —en bloque— de las relaciones familiares al Derecho de daños, no puede merecernos sino una clara y desfavorable valoración, contraria no solo al parecer mayoritario de la doctrina y la jurisprudencia menor de nuestro país, sino también, y es lo más importante, al respeto de normas y principios básicos tanto de legalidad ordinaria como especialmente constitucional. Por todo ello, consideramos necesaria y acuciante una matización de la postura jurisprudencial actual acerca de la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares, máxime si se compara con el planteamiento adoptado a este respecto en otros países con un modelo regulatorio común, como puede ser, especialmente, el caso de Italia.

Bibliografía

- ALGARRA PRATS, Esther: «Incumplimiento de los deberes conyugales y responsabilidad civil», en Juan A. MORENO MARTÍNEZ (coord.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 11-60.
- ÁLVAREZ OLALLA, María Pilar: «Prescripción de la acción ejercitada por el marido contra su ex mujer por daños sufridos al determinarse la filiación extramatrimonial de una hija, previamente inscrita como matrimonial (Comentario a la STS de 14 de julio de 2010)», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, N.º 9, 2011, pp. 25-33.
- ATIENZA NAVARRO, María Luisa: «Comentario al artículo 1390», en Ana CAÑIZARES LASO *et al.* (dirs.), *Código Civil Comentado*, Vol. III, Thomson-Reuters, Pamplona, 2011, pp. 1.090-1.099.
- BADOSA COLL, Ferrán: «Comentario a los artículos 42 y 43», en *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 99-117.
- «Comentario al artículo 43», en PAZ ARES *et al.* (dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 259-261.
- BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles: «La eficacia civil de la nulidad canónica posterior al divorcio», en José Manuel GONZÁLEZ PORRAS y Fernando MÉNDEZ GONZÁLEZ (coords.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Vol. I, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 489-512.
- *La eficacia civil de la nulidad canónica posterior al divorcio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- «Comentario a los artículos 108 a 111», en Ana CAÑIZARES LASO, *et al.* (dirs.), *Código Civil Comentado*, Vol. I, Thomson-Reuters, Pamplona, 2016, pp. 590-615.
- BARCELÓ DOMÉNECH, Javier: «El criterio de imputación de la responsabilidad civil en el ámbito familiar», en Juan A. MORENO MARTÍNEZ (coord.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 80-128.
- «La responsabilidad por dolo en las relaciones familiares», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N.º 4, 2016, pp. 284-309.

- BIDART CAMPOS, Germán: «Paternidad extramatrimonial no reconocida voluntariamente e indemnización por daño moral al hijo. Aspecto constitucional», *El Derecho*, 1988, 128-331.
- BIZZARRO, Anna: «Famiglia e responsabilità», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N.º 3, 2015, pp. 145-172.
- BOSQUES HERNÁNDEZ, Gerardo: «Comentario a la STS de 30 de junio de 2009», *CCJC*, N.º 83, 2010, pp. 885-904.
- BUSTOS MORENO, Yolanda: «El resarcimiento del daño causado por la falta de reconocimiento en la filiación no matrimonial», en Juan A. MORENO MARTÍN (coord.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 129-160.
- CAMPUZANO TOMÉ, Herminia: *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*, 2.ª Ed., Bosch, Barcelona, 1989.
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de Familia: casos, reglas y argumentos*, Dilex, Madrid, 2006.
- CARRIÓN OLMOS, Santiago: «Promesa de matrimonio y resarcimiento de daños», en José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE (coord.), *Daños en el Derecho de Familia*, Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 117-146.
- CASTILLA BAREA, Margarita y CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: «Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (II)», en Mariano YZQUIERDO TOLSADA y Matilde CUENA CASAS (dirs.), *Tratado de Derecho de la familia*, Vol. II, 2.ª Ed., Aranzadi, 2017, pp. 411-641.
- COLÁS ESCANDÓN, Ana María: «Nuevos daños indemnizables: Las relaciones de familia», en Mariano José HERRADOR GUARDIA (coord.), *Derecho de daños*, 2011, pp. 313-380.
- CUENA CASAS, Matilde: «Comentario al artículo 148», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1.493-1.502.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo: «Indemnización del daño moral resultante de la declaración de nulidad de matrimonio», *La Ley*, T. 1986-2, pp. 697-717.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «Efectos económicos derivados de la ruptura de las uniones de hecho», en DE VERDA Y BEAMONTE (coord.), *Daños en el Derecho de Familia*, Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 223-254.
- «Responsabilidad civil y divorcio en el Derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales», *La Ley*, N.º 2, 2007, pp. 1.658-1.671.
- «Daños en el Derecho de Familia: jurisprudencia reciente. Incumplimiento de deberes conyugales, nulidad de matrimonio, derecho de visitas», *Familia y sucesiones: cuadernos jurídicos*, N.º 83, 2009, pp. 13-28.
- «Responsabilidad civil de las Administraciones Públicas y de los particulares por intromisión ilegítima en las relaciones entre padres e hijos», *Responsabilidad civil y seguro: cuaderno jurídico*, N.º 17, 2010, pp. 13-20.
- «Denegación de la indemnización por daño moral derivado de la ocultación dolosa de la verdadera filiación biológica del hijo matrimonial», *Diario La Ley*, N.º 9.318, 14 diciembre 2018.
- «Daños morales derivados de la causación dolosa o negligente de la nulidad matrimonial», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N.º 12, 2020, pp. 660-675.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón y CHAPARRO MATAMOROS, Pedro: «Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales», en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coord.), *Daños en el Derecho de Familia*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 103-174.

- «Responsabilidad por intromisión ilegítima en las relaciones entre padres e hijos. El resarcimiento de los gastos ocasionados por el incumplimiento del régimen de visitas por parte del progenitor no custodio», en DE VERDA Y BEAMONTE (coord.), *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 337-362.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Comentario al artículo 148», en Cándido PAZ ARES *et al.* (dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 534-537.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: «Comentarios a los artículos 42-43 y 98 del Código civil» en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 637-646 y pp. 1.039-1.046.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, 6.ª Ed., Tecnos, Madrid, 1992.
- DURÁN RIVACOBA, Ramón: «Comentario al artículo 43», en Ana CAÑIZARES LASO *et al.* (dirs.), *Código Civil Comentado*, Vol. I, Thomson-Reuters, Pamplona, 2011, pp. 339-343.
- ENTRENA KLETT, Carlos María: *Matrimonio, separación y divorcio, en la legislación actual y en la Historia*, Pamplona, 1984.
- FACCI, Giovanni: «L'illecito endofamiliare tra danno in re ipsa e risarcimenti ultramilionari», *Famiglia e Diritto*, N.º 5, 2006, pp. 515-522.
- «Il danno da adulterio», *Responsabilità Civile e Previdenza*, N.º 5, 2012, pp. 1.481-1.500.
- FARNÓS AMORÓS, Esther: «El precio de ocultar la paternidad», *InDret*, N.º 5, 2005.
- «Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad», *Derecho Privado y Constitución*, N.º 25, 2011, pp. 9-54.
- «Comentario a la Sentencia del TSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4) de 30 de abril de 2010», *CCJC*, N.º 86, 2011, pp. 717-748.
- «Impugnaciones inesperadas, determinaciones tardías y abono de alimentos», en Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Retos actuales de la filiación*, Madrid, Tecnos, 2018, pp. 269-296.
- FAYOS GARDÓ, Antonio: «Daños morales en las relaciones familiares, derecho de familia o de la responsabilidad civil: una perspectiva española y norteamericana», *Actualidad Civil*, N.º 14, 2011.
- FERRER RIBA, Josep: «Relaciones familiares y límites del Derecho de Daños», *InDret*, N.º 1, 2000.
- «Relaciones familiares y límites del Derecho de daños», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Vol. II Madrid, Civitas, 2003, pp. 1.837-1.868.
- FOSAR BENLLOCH, Enrique: *Estudios de Derecho de Familia*, tomo I, Barcelona, 1981, T. II, Barcelona, 1982.
- GAGO SIMARRO, Clara: «Derechos *mortis causa* del conviviente supérstite», en *Las legítimas y la libertad de testar: Perfiles críticos y comparados*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2019, pp. 519-550.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio: «Infidelidad matrimonial y engaño sobre la paternidad. ¿Dónde está el daño indemnizable?», en Juan Antonio GARCÍA AMADO (dir.), *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares*, Wolters Kluwer, 2017, pp. 87-119.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Comentario a los artículos 97 a 101 del Código Civil», en Manuel ALBALADEJO GARCÍA y Silvia DÍAZ ALABART (dirs.),

- Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, 2.ª Ed., Edersa, Madrid, 1982, pp. 415 a 450.
- GARCÍA DE BLAS VALENTÍN-FERNÁNDEZ, María Luisa: «El matrimonio: realidad social e institución jurídica», en Juan Francisco DELGADO DE MIGUEL (dir.), *Instituciones de Derecho Privado*, T. IV, Vol. 1, Civitas Madrid, 2001, pp. 17-197.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «Comentario a la STS de 16 de diciembre de 1996», *CCJC*, N.º 43, 1997, pp. 401-413.
- HERRERA, Marisa: «Comentario al artículo 587», en Marisa HERRERA *et al.* (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, T. II, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, 2016, pp. 334-335.
- HERRERA DE LAS HERAS, Ramón, MARTÍNEZ RUANO, Pedro y PAÑOS PÉREZ, Alba: «Los derechos sucesorios en las parejas de hecho. Especial referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional 93/2013 de 23 de abril», *RCDI*, N.º 749, 2015, pp. 1.173-1.195.
- IGARTUA ARREGUI, Fernando, «Responsabilidad por nulidad de matrimonio; daño material y moral; indemnización al cónyuge de buena fe. Comentario a la STS de 26 de noviembre de 1985», *CCJC*, N.º 10, 1986, pp. 3.227-3.244.
- JORDANO BAREA, Juan Bautista: «El nuevo sistema matrimonial español», *ADC*, 1981, pp. 903-926.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil*, Vol. IV (Derecho de Familia), Librería Bosch, Barcelona, 1984.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario: «Comentario a los artículos 97 y 98», en LACRUZ BERDEJO (coord.), *Matrimonio y divorcio: Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código Civil*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 746-779.
- LEÓN GONZÁLEZ, Manuel: «La indemnización del artículo 98 del Código Civil (Comentario a la STS de 10 de marzo de 1992)», *ADC*, Fascículo II, 1993, pp. 961-972.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: «Comentario al artículo 168 CC», en Ana CAÑIZARES LASO *et al.* (dirs.), *Código Civil Comentado*, Vol. I, Thomson-Reuters, Pamplona, 2011, pp. 833-836.
- «Responsabilidad, infidelidad y paternidad», *Revista Práctica de Responsabilidad Civil y Seguros*, N.º 25, 2005, pp. 3 y 4.
- LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura: «El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales», *InDret*, N.º 4, 2010.
- «Responsabilidad civil por los daños morales ocasionados en el ámbito familiar a causa de la ocultación de la paternidad», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, N.º 48, 2019 (BIB\2019\1081).
- LUQUE JIMÉNEZ, María Carmen: «Comentario al artículo 1342», en Ana CAÑIZARES LASO *et al.* (dirs.), *Código Civil Comentado*, Vol. III, Thomson-Reuters, Pamplona, 2011, pp. 942-946.
- MARÍN GARCÍA, Ignacio y LÓPEZ RODRÍGUEZ, Daniel: «Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso-administrativo», *InDret*, N.º 2, 2010.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa: «Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales», en DE VERDA Y BEAMONTE (COORD.), *Daños en el Derecho de Familia*, Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 147-177.
- «Aplicación del derecho de daños al incumplimiento del régimen de visitas», en DE VERDA Y BEAMONTE (COORD.), *Daños en el Derecho de Familia*, Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 179-201.

- «Separación y divorcio sin causa. Situación de los daños personales», *Revista de Derecho Patrimonial*, N.º 16, 2006, pp. 145-162.
- MARTÍN-CASALS, Miquel y RIBOT IGUALADA, Jordi: «Daños en Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás», *ADC*, N.º 2, 2011, pp. 503-561.
- «Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo», *CCJC*, N.º 110, 2019, pp. 239-282.
- MEDINA, Gabriela: «Daños en el derecho de familia en el código civil y comercial unificado de Argentina», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N.º 3, 2015, págs. 15-46.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María: «Sistema matrimonial español», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, N.º 5, 2001, pp. 139-163.
- NAVARRO MIRANDA, José Ramón: «Comentario a los artículos 98 a 101», en Ana CAÑIZARES LASO *et al.* (dirs.), *Código Civil Comentado*, Vol. I, Thomson-Reuters, Pamplona, 2011, pp. 533-551.
- NEVADO CATALÁN, Verónica: «Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de la paternidad», *InDret*, N.º 4, 2018.
- «Imposición de paternidad al marido: ¿La relación matrimonial como fundamento para excluir la responsabilidad por daños? (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018)», *ADC*, Fascículo III, 2019, pp. 961-985.
- NOVALES ALQUÉZAR, María Aránzazu: «Hacia una teoría general de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia. El ámbito de las relaciones personales entre los cónyuges», *RJN*, N.º 60, 2006, pp. 197-218.
- *Las obligaciones personales del matrimonio en Derecho comparado*, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009.
- ORDÁS ALONSO, Marta: *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja: alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico, ruptura de las parejas de hecho*, Wolters Kluwer, Madrid, 2017.
- PANIZA FULLANA, Antonia: «Filiación impugnada: prescripción y daños continuados», *Aranzadi Civil-Mercantil*, N.º 9, 2011, pp. 45-54.
- PATTI, Salvatore: *Famiglia e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1984.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: «El sistema matrimonial según la Constitución y los Acuerdos con la Santa Sede», *ADC*, 1980, pp. 571-583.
- PÉREZ GALLEGU, Roberto: «Nuevos daños en el ámbito del Derecho de Familia: Los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica», *RDC*, Vol. 2, N.º 3 (julio-septiembre), 2015, pp. 141-175.
- PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier: *Tratado de Derecho de Familia*, Vol. I, 2.ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011.
- PIZARRO WILSON, Carlos: «Responsabilidad civil por no reconocimiento voluntario del hijo de filiación extramatrimonial», en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (Ed.), *Daños en el Derecho de Familia*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 101-116.
- QUESADA GONZÁLEZ, María Corona: *La determinación judicial de la filiación*, Bosch, Barcelona, 2012.
- RAMOS MAESTRE, Áurea: «La responsabilidad civil por el incumplimiento del derecho de visitas», en Juan A. MORENO MARTÍNEZ (coord.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 383-407.
- ROCA TRÍAS, Encarna: «Comentario al artículo 98», en *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 629-634.

- «La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil», en J. A. MORENO MARTÍNEZ (Ed.), *Perfiles de la Responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 533-563.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María: *Responsabilidad civil en el Derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2009.
- «Luces y sombras de la aplicación del derecho de daños al ámbito de la familia», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, N.º 8, 2015 (Ejemplar dedicado a: Familia y responsabilidad civil).
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*, Bosch, Barcelona, 2009.
- «Indemnizaciones entre cónyuges y su problemática jurídica», *RCDI*, N.º 715, 2009, pp. 2.441-2.461.
- RUIZ RICO, Juan: «La indemnización por nulidad del matrimonio. Fundamentos, presupuestos y alcance», *Poder Judicial*, N.º 36, 1994, pp. 203-246.
- SIERRA PÉREZ, Isabel: «Comentario al artículo 148», en Ana CAÑIZARES LASO *et al.* (dirs.), *Código Civil Comentado*, Vol. I, Thomson-Reuters, Pamplona, 2011, pp. 747-750.
- TOVANI, Flavio: «Familia y Responsabilidad civil: reflexiones sobre la responsabilidad de los padres respecto de sus hijos y respecto de los terceros, en Italia», *Revista de Derecho*, N.º 7, 2012, pp. 249-266.
- UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena: «La ocultación de la paternidad matrimonial no genera daño moral ni patrimonial resarcible ex artículo 1902 CC», *CCJC*, N.º 110, 2019, pp. 223-238.
- VALLADARES RASCÓN, Etefvina: *Nulidad, separación, y divorcio, Comentarios a la ley de reforma del matrimonio*, Madrid, 1982.
- VALLÉS AMORES, María Luisa: «La Administración en el ejercicio de su función de protección a los menores: su posible responsabilidad», en J. A. MORENO MARTÍNEZ (coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 1.251-1.264.
- VARGAS ARAVENA, David: *Daños civiles en el matrimonio*, La Ley, Madrid, 2009.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada: «La responsabilidad aquiliana por daños endofamiliares. Comentario a la STS de 14 de julio de 2010», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, N.º 26, 2011, pp. 335-347.

ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. STC de 26 de enero de 1981 (RTC 1981\1, Pte. D. Jerónimo Arozamena Sierra).
2. STC de 12 de noviembre de 1982 (RTC 1982\66, Pte. D. Plácido Fernández Viagas).
3. STC de 23 de mayo de 1985 (RTC 1985\65, Pte. D.ª Gloria Begué Cantón).
4. STC de 7 de noviembre de 1991 (RTC 1991\209, Pte. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos).
5. STC de 13 de enero de 1997 (RTC 1997\6, Pte. D. Carles Viver Pi-Sunyer).

6. STC de 14 de marzo de 2005 (RTC 2005\57, Pte. D.^a Elisa Pérez Vera).
7. STC de 23 de abril de 2013 (RTC 2013\93, Pte. D.^a Adela Asua Batarrita).
8. ATC de 16 de diciembre de 2014 (RTC 2014\301, Pleno).

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.^a, CIVIL

1. STS de 21 de enero de 1957 (RJ 1957\1133, Pte. D. Juan Serrada Hernández).
2. STS de 27 de marzo de 1958 (RJ 1958\1456, Pte. D. Francisco Bonet Ramón).
3. STS de 31 de diciembre de 1982 (RJ 1982\7988, Pte. D. Jaime De Castro García).
4. STS de 26 de noviembre de 1985 (RJ 1985\5901, Pte. D. Jaime Santos Briz).
5. STS de 23 de noviembre de 1987 (RJ 1987\8640, Pte. D. Rafael Casares Córdoba).
6. STS de 11 de marzo de 1988 (RJ 1988\159, Pte. D. Jaime Santos Briz).
7. STS de 3 de junio de 1988 (RJ 1988\4736, Pte. D. Jaime Santos Briz).
8. STS de 21 de mayo de 1988 (RJ 1988\6543, Pte. D. Antonio Fernández Rodríguez).
9. STS de 2 de enero de 1991 (RJ 1991\1103, Pte. D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa).
10. STS de 30 de abril de 1991 (RJ 1991\3108, Pte. D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa).
11. STS de 10 de marzo de 1992 (RJ 1992\2014, Pte. D. Alfonso Villagómez Rodil).
12. STS de 19 de octubre de 1992 (RJ 1992\8083, Pte. D. Rafael Casares Córdoba).
13. STS de 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992\9733, Pte. D. Teófilo Ortega Torres).
14. STS de 23 de febrero de 1993 (RJ 1993\1225, Pte. D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa).
15. STS de 29 de abril de 1994 (RJ 1994\2947, Pte. D. Jaime Santos Briz).
16. STS de 1 de julio de 1994 (RJ 1994\6420, Pte. D. José Almagro Nosete).
17. STS de 20 de octubre de 1994 (RJ 1994\7492, Pte. D. Jesús Marina Martínez-Pardo).
18. STS de 16 de diciembre de 1994 (RJ 1994\9424, Pte. D. Teófilo Ortega Torres).
19. STS de 8 de julio de 1995 (RJ 1995\5552, Pte. D. Francisco Morales Morales).
20. STS de 11 de julio de 1995 (RJ 1995\5958, Pte. D. José Almagro Nosete).
21. STS de 8 de abril de 1995 (RJ 1995\2991, Pte. D. Jaime Santos Briz).
22. STS de 23 de noviembre de 1995 (RJ 1995\8433, Pte. D. Alfonso Villagómez Rodil).
23. STS de 17 de junio de 1996 (RJ 1996\5072, Pte. D. Jesús Marina Martínez-Pardo).
24. STS de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996\9020, Pte. D. José Almagro Nosete).
25. STS de 19 marzo de 1997 (RJ 1997\183, Pte. D. Antonio Gullón Ballesteros).
26. STS de 1 de abril de 1997 (RJ 1997\2922, Pte. D. Francisco Soto Nieto).
27. STS de 22 de julio de 1999 (RJ 1999\5721, Pte. D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa).
28. STS de 30 de julio de 1999 (RJ 1999\5726, Pte. D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa).
29. STS de 20 de junio de 2000 (RJ 2000\4427, Pte. D. Alfonso Villagómez Rodil).
30. STS de 5 de marzo de 2001 (RJ 2001\2727, Pte. D. José Almagro Nosete).
31. STS de 28 de junio de 2004 (RJ 2004\1130, Pte. D. Juan García-Ramos Iturralde).

32. STS de 2 julio de 2004 (RJ 2004\5453, Pte. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares).
33. STS de 23 de marzo de 2005 (RJ 2005\3200, Pte. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta).
34. STS de 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005\7148, Pte. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta).
35. ATS de 10 de junio de 2008 (JUR 2008\222445, Pte. D. Juan Antonio Xiol Ríos).
36. STS de 3 octubre de 2008 (RJ 2008\7123, Pte. D. Clemente Auger Liñán).
37. STS de 30 de junio de 2009 (RJ 2009\5490, Pte. D. Encarnación Roca Trías).
38. STS de 14 de julio de 2010 (RJ 2010\5152, Pte. D. Francisco Marín Castán).
39. STS de 27 de marzo de 2011 (RJ 2011\4770, Pte. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel).
40. STS de 6 de mayo de 2011 (RJ 2011\3843, Pte. D.ª Encarnación Roca Trías).
41. STS de 14 de junio de 2011 (RJ 2011\4527, Pte. D.ª Encarnación Roca Trías).
42. STS de 18 de junio de 2012 (RJ 2012\6849, Pte. D. José Antonio Seijas Quintana).
43. STS de 30 de octubre de 2012 (RJ 2012\1029, Pte. D. Juan Carlos Trillo Alonso).
44. STS de 27 de noviembre de 2013 (RJ 2013\7855, Pte. D. Francisco J. Orduña Moreno).
45. STS de 24 de abril de 2015 (RJ 2015\1915, Pte. D. José Antonio Seijas Quintana).
46. STS de 28 de abril de 2015 (RJ 2015\1362, Pte. D. Eduardo Baena Ruiz).
47. STS de 30 de junio de 2016 (RJ 2016\2859, Pte. D. Eduardo Baena Ruiz).
48. STS de 29 de septiembre de 2016 (RJ 2016\4457, Pte. D. José Antonio Seijas Quintana).
49. STS de 30 de septiembre de 2016 (RJ 2016\4844, Pte. D. Ángel F. Pantaleón Prieto).
50. STS de 15 de enero de 2018 (RJ 2018\76, Pte. D.ª M.ª Angeles Parra Lucán).
51. STS de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018\5158, Pte. D. José Antonio Seijas Quintana).
52. STS de 27 de septiembre de 2019 (RJ 2019\3689, Pte. D. Antonio Salas Carceller).

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2.ª, PENAL

1. STS DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2011 (RJ 2012\284, Pte. D. Carlos Granados Pérez).
2. STS DE 11 DE MARZO DE 2020 (RJ 2020\900, Pte D. Pablo Llarena Conde).

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 4.ª, SOCIAL

1. STS DE 28 DE JULIO DE 2000 (RJ 2000\8332, Pte. D. Fernando Salinas Molina).
2. STS DE 29 DE MAYO DE 2001 (RJ 2001\5456, Pte. D. Arturo Fernández López).

AUDIENCIA NACIONAL, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SAN (Sección 3.^a) de 9 de julio de 2009 (JUR 2019\234779).

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

1. STEDH Keegan c. Irlanda de 26 de mayo de 1994 (TEDH 1994\21).
2. STEDH Johansen c. Noruega de 7 de agosto de 1996 (TEDH 1996\31).
3. STEDH y Bronda c. Italia de 9 de junio de 1998 (TEDH 1998\27).
4. STEDH Ciliz c. Países Bajos de 11 de julio de 2000 (TEDH 2000\150).
5. STEDH Elholz vs Alemania de 13 de julio de 2000 (TEDH 2000\152).
6. STEDH Sahin c. Alemania de 11 de octubre de 2001 (TEDH 2001\591).
7. STEDH Venema c. Países Bajos de 17 de diciembre de 2002 (TEDH 2002\75).

AUDIENCIAS PROVINCIALES

1. SAP de Asturias (Sección 1.^a) de 19 de julio de 1993 (AC 1993\1406).
2. SAP de Sevilla (Sección 5.^a) de 2 de noviembre de 1993 (AC 1993\2233).
3. AAP de Badajoz (Sección 2.^a) de 7 de junio de 1994 (AC 1994\1029).
4. SAP de Valencia (Sección 8.^a) de 4 de abril de 1996 (AC 1996\806).
5. SAP de Huelva (Sección 1.^a) de 8 de octubre de 1997 (AC 1997\2337).
6. SAP de Huelva (Sección 2.^a) de 14 de enero de 1998 (AC 1998\2720).
7. SAP de Madrid (Sección 22.^a) de 13 de febrero de 1998 (AC 1998\447).
8. SAP de Barcelona (Sección 18.^a), de 8 de noviembre de 1999 (AC 1999\2588).
9. SAP de Barcelona (Sección 14.^a) de 17 de enero de 2000 (AC 2000\1134).
10. SAP de Asturias (Sección 4.^a) de 27 de marzo de 2000 (AC 2000\561).
11. SAP de Toledo (Sección 2.^a) de 3 de abril de 2000 (AC 2000\4476).
12. SAP de Asturias (Sección 5.^a) 5 de octubre de 2000 (AC 2000\2352).
13. SAP de Alicante (Sección 4.^a) de 2 de noviembre de 2000 (JUR 2001\46609).
14. SAP de Asturias (Sección 5.^a) de 15 de noviembre de 2000 (AC 2000\2310).
15. SAP de Murcia (Sección 1.^a) de 30 de enero de 2001 (JUR 2001\219493).
16. SAP de Toledo (Sección 2.^a) de 14 de noviembre de 2001 (AC 2001\2509).
17. SAP de Pontevedra (Sección 3.^a) de 4 de abril de 2002 (AC 2002\896).
18. SAP de Cádiz (Sección 2.^a) de 8 de abril de 2002 (AC 2002\1064).
19. SAP de Sevilla (Sección 6.^a) de 8 de mayo de 2003 (JUR 2003\267751).
20. SAP de Zaragoza (Sección 5.^a) de 23 de junio de 2003 (JUR 2003\172968).
21. SAP de Guadalajara (Sección 1.^a) de 21 de julio de 2004 (JUR 2004\211040).
22. SAP de Barcelona (Sección 16.^a) de 8 de octubre de 2004 (JUR 2004\303882).
23. SAP de Madrid (Sección 18.^a) de 27 de octubre de 2004 (JUR 2004\297841).
24. SAP de Valencia (Sección 7.^a) de 2 de noviembre de 2004 (AC 2004\1994).
25. SAP de Málaga (Sección 7.^a) de 26 de diciembre de 2004 (JUR 2004\60416).
26. SAP de Granada (Sección 3.^a) de 25 de enero de 2005 (AC 2005\873).
27. SAP de Cantabria (Sección 4.^a) de 19 de abril de 2005 (AC 2005\1833).
28. SAP de Barcelona (Sección 12.^a) de 16 de junio de 2005 (JUR 2005\176246).
29. SAP de Madrid (Sección 24.^a) de 29 de septiembre de 2005 (JUR 2005\236477).
30. SAP de Alicante (Sección 7.^a) de 14 de diciembre de 2005 (JUR 2008\140947).
31. AAP de Sevilla (Sección 7.^a) de 30 de diciembre de 2005 (AC 2006\70).

32. SAP de Valencia (Sección 11.ª) de 20 de febrero de 2006 (JUR 2006\207982).
33. SAP de Salamanca (Sección 1.ª) de 20 de marzo de 2006 (JUR 2006\241399).
34. SAP de Baleares (Sección 3.ª) de 23 de mayo de 2006 (JUR 2006\190397).
35. SAP de Cádiz (Sección 6.ª) de 4 de diciembre de 2006 (AC 2007\1026).
36. SAP de Pontevedra (Sección 3.ª) de 13 de diciembre de 2006 (JUR 2007\38139).
37. SAP de León (Sección 2.ª) de 2 de enero de 2007 (JUR 2007\59972).
38. SAP de Barcelona (Sección 18.ª) de 16 de enero de 2007 (JUR 2007\291114).
39. SAP de Málaga (Sección 6.ª), de 30 mayo de 2007 (AC 2007\2191).
40. SAP de Badajoz (Sección 3.ª) de 10 de julio de 2007 (JUR 2007\318209).
41. SAP de Valencia (Sección 7.ª) de 5 de septiembre de 2007 (JUR 2007\340366).
42. SAP de Baleares (Sección 4.ª) de 8 de enero de 2008 (AC 2008\592).
43. SAP de Málaga (Sección 6.ª) de 6 de marzo de 2008 (JUR 2008\252213).
44. SAP de Cádiz (Sección 2.ª) de 3 de abril de 2008 (JUR 2008, 234675).
45. SAP de Cádiz (Sección 2.ª) de 8 de abril de 2008 (AC 2002\1064).
46. SAP de Barcelona (Sección 19.ª) de 12 de junio de 2008 (JUR 2008\317049).
47. SAP de Barcelona (Sección 14.ª) de 31 de octubre de 2008 (AC 2009\93).
48. SAP de Alicante (Sección 4.ª) de 5 de diciembre de 2008 (JUR 2009\227406).
49. SAP de León (Sección 1.ª) de 30 de enero de 2009 (JUR 2009\192431).
50. SAP de Murcia (Sección 4.ª) de 29 de mayo de 2009 (JUR 2009\280024).
51. SAP de Barcelona (Sección 18.ª) de 23 de julio de 2009 (JUR 2009\464365).
52. SAP de Madrid (Sección 22.ª) de 18 de septiembre de 2009 (JUR 2010\30522).
53. SAP de Murcia (Sección 5.ª) de 18 de noviembre de 2009 (AC 2010\60).
54. SAP de Alicante (Sección 9.ª) de 4 de octubre de 2010 (JUR 2011\24159).
55. SAP de Jaén (Sección 3.ª) de 8 de octubre de 2010 (JUR 2011\71676).
56. SAP de A Coruña (Sección 3.ª) de 8 de noviembre de 2010 (AC 2010\2303).
57. SAP de Barcelona (Sección 1.ª) de 29 de noviembre de 2010 (AC 2011\715).
58. SAP de Zamora (Sección 1.ª) de 14 de abril de 2011 (AC 2011\1192).
59. SAP de Sevilla (Sección 5.ª) de 7 de junio de 2011 (JUR 2011\376858).
60. SAP de Baleares (Sección 4.ª) de 3 de enero de 2012 (AC 2021\364).
61. SAP de Málaga (Sección 6.ª), de 2 octubre de 2012 (AC 2013\992).
62. AAP de A Coruña (Sección 4.ª) de 9 de octubre de 2012 (JUR 2012\369096).
63. SAP de Alicante (Sección 6.ª) de 16 de enero de 2013 (JUR 2013\150976).
64. SAP de Guadalajara (Sección 1.ª) de 8 febrero de 2013 (AC 2013\908).
65. SAP de Baleares (Sección 4.ª) de 26 de febrero de 2013 (JUR 2013\137200).
66. SAP de Sevilla (Sección 2.ª) de 12 de septiembre de 2013 (AC 2013\2390).
67. SAP de Cádiz (Sección 8.ª) de 16 de mayo de 2014 (JUR 2014\203955).
68. SAP de Granada (Sección 5.ª) de 13 de junio de 2014 (AC 2014\1628).
69. SAP de Vizcaya (Sección 5.ª) de 3 de julio de 2014 (JUR 2014\267711).
70. SAP de Alicante (Sección 9.ª) de 21 de julio de 2014 (JUR 2014\284346).
71. SAP de Málaga (Sección 5.ª) de 31 de octubre de 2014 (AC 2014\2231).
72. SAP de Jaén (Sección 1.ª) de 9 de marzo de 2015 (JUR 2015\129380).
73. SAP de Cáceres (Sección 1.ª) de 15 de junio de 2015 (JUR 2015\175018).
74. SAP de Málaga (Sección 6.ª) de 30 de junio de 2015 (JUR 2015\291465).
75. SAP de Sevilla (Sección 6.ª) de 9 de julio de 2015 (JUR 2015\235882).
76. SAP de Madrid (Sección 22.ª) de 19 de febrero de 2016 (JUR\2016\75571).
77. SAP de Cantabria (Sección 2.ª) de 3 de marzo de 2016 (AC 2016\799).
78. SAP de Cádiz (Sección 5.ª) de 13 de junio de 2017 (AC 2017\1113).
79. SAP de Valencia (Sección 6.ª) de 16 de octubre de 2017 (AC 2018\1076).
80. SAP de Alicante (Sección 9.ª) de 6 de noviembre de 2017 (JUR 2018\111191).
81. SAP de Valencia (Sección 7.ª) de 9 de marzo de 2018 (JUR 2018\112998).
82. SAP de Ciudad Real (Sección 2.ª) de 23 de abril de 2018 (AC 2018\1384).

- 83. SAP de Barcelona (Sección 13.^a) de 25 de julio de 2018 (JUR 2018\218657).
- 84. SAP de Alicante (Sección 6.^a) de 7 de noviembre de 2018 (JUR 2021\19992).
- 85. SAP de Madrid (Sección 21.^a) de 9 de abril de 2019 (JUR 2019\213007).
- 86. SAP de Pontevedra (Sección 1.^a) de 12 de abril de 2019 (JUR 2019\169329).
- 87. SAP de Madrid (Sección 8.^a) de 24 de mayo de 2019 (JUR 2019\214532).

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Resolución de 28 de agosto de 1992 (RJ 1992\7222).