

RESPONSABILIDAD CIVIL EN LAS RELACIONES FAMILIARES: LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA

JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH

Catedrático (Acr) de Derecho Civil
Universidad de Alicante

SUMARIO: I.- Nota introductoria. II. Los casos de ocultación de la verdadera paternidad biológica.- 1. Las sentencias del Tribunal Supremo. 2. Las sentencias de las Audiencias Provinciales. 3. Consideraciones críticas al criterio jurisprudencial de limitar la responsabilidad al caso de dolo. 4. Apunte de Derecho comparado.

I. Nota introductoria.

Las líneas que siguen corresponden a la versión escrita de mi ponencia en las I Jornadas Luso-Hispano-Brasileñas de Derecho de las Obligaciones y Derecho de Familia, que tuvieron lugar en la Facultad de Derecho de la Universidade Lusófona de Porto el 26 de noviembre de 2015, cuya temática fue la de la responsabilidad civil en las relaciones familiares.

El tema de mi ponencia fue el de repasar la experiencia española en esta materia, apuntando directamente a la cuestión del criterio de imputación que utilizan mayoritariamente nuestros Tribunales para declarar la responsabilidad civil en el ámbito familiar. Detrás de la cuestión concreta, existe, como es bien

sabido, la polémica doctrinal¹ y el debate de fondo que se lleva planteando desde hace años sobre la aplicación general de las reglas de la responsabilidad civil a las relaciones familiares, donde tradicionalmente han tenido éxito las tesis que niegan la indemnización (argumentos del carácter cerrado del Derecho de Familia y de la inmunidad familiar, entre otros). Sin embargo, las cosas empiezan a cambiar y ciertamente la jurisprudencia ha abierto la puerta a la indemnizabilidad de este tipo de daños.

Son variadas las situaciones en las que ha hecho ya su entrada la responsabilidad civil en el ámbito familiar. Interesa destacar, en particular y por su especial incidencia en el criterio de atribución de la responsabilidad, el caso de la ocultación de la verdadera paternidad biológica. Aquí, como veremos, ha sido exigido el dolo para declarar la responsabilidad *ex art.* 1.902 C.c.

II. Los casos de ocultación de la verdadera paternidad biológica.

1. Las sentencias del Tribunal Supremo.

Han sido cuatro las sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo que hasta la fecha han tratado el tema: 22 de julio de 1999², 30 de julio de 1999³, 14 de julio de 2010⁴ y 18 de junio de 2012⁵. Solamente en las dos primeras se trató del fondo del asunto, ya que las otras dos declararon la prescripción de la acción.

¹ *Vid.* en FARNÓS AMORÓS, E.: «Daño moral en las relaciones familiares», en *El daño moral y su cuantificación*, dirs. GÓMEZ POMAR, F. / MARÍN GARCÍA, I., Bosch, Barcelona, 2015, pp. 533 a 537, un estudio reciente de la evolución desde los privilegios e inmunidades familiares a la posible responsabilidad civil extracontractual por los daños causados entre parientes.

² *RAJ* 1999/5721.

³ *RAJ* 1999/5726.

⁴ *JUR* 2010/326836.

⁵ *JUR* 2012/213465.

Antes de proceder a su análisis, podemos ya adelantar que de ellas no se sigue un criterio jurisprudencial claro⁶, pues los argumentos que se manejan en las dos sentencias de 1999 (que son las que entran en el fondo del asunto) difieren de una a otra. También conviene anotar que no se concede indemnización en ninguna de ellas.

La problemática de las dos sentencias de 1999 es la misma: el marido, tras la ruptura del matrimonio y una vez que ha prosperado la impugnación de la filiación, interpone contra la ex esposa acción de reclamación de los daños patrimoniales y morales ocasionados al descubrir que los hijos que creía suyos son, en realidad, fruto de una infidelidad de la esposa durante la convivencia matrimonial.

La primera sentencia a considerar es la de 22 de julio de 1999. Don Gustavo interpone demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra Doña María Concepción, sobre reclamación de cantidad, en concreto 15.000.000 pesetas, más el interés bancario diferencial del 3% durante quince años, que asciende a 9.000.000 pesetas, lo que hace un total de 24.000.000 pesetas por alimentos abonados por el actor a la demandada a favor de Don Jorge Ignacio que resultó no ser hijo suyo. Reclama también el actor otra cantidad, 25.000.000 pesetas, por daño moral, por la actitud y comportamiento doloso de la demandada al ocultar la verdadera paternidad. El Juzgado de Primera Instancia desestima la pretensión de devolución de cantidades actualizadas de alimentos e intereses de la misma, y deja sin juzgar, al apreciar litisconsorcio pasivo necesario, la cuestión relativa a los daños morales. La Audiencia Provincial de Madrid revoca, entra a juzgar y desestima la demanda de Don Gustavo. Concretamente, en lo que se refiere al comportamiento doloso de Doña María Concepción, la Audiencia no lo considera acreditado al no estimar que con anterioridad a las pruebas de paternidad de 1990 (muchos años después de la

⁶ Al respecto, MURILLAS ESCUDERO, J.M.: «Infidelidad en el matrimonio: ocultación de la verdadera paternidad», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Manuel García Amigo*, dirs. CUADRADO IGLESIAS, M. / NÚÑEZ BOLUDA, M.D., t. II, La Ley, Madrid, 2015, p. 1818.

ruptura matrimonial), aquélla tuviera conocimiento de que el padre de Don Jorge Ignacio no era el actor, argumento que hace suyo posteriormente el Tribunal Supremo. En efecto, no apreciando dolo en la conducta de la demandada, el Tribunal Supremo opta por negar la indemnización: «Ciertamente, 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. y de aquí, que el perecimiento del primer motivo del recurso lleve implícito el correspondiente al segundo analizado». Podemos, por tanto, concluir que la indemnización al ex marido no se concede por no ser dolosa la conducta de Doña María Concepción, que no conoce la verdadera paternidad del hijo hasta que éste no interpone una demanda de impugnación de filiación.

La segunda de las sentencias dictadas en 1999 es la de 30 de julio. Don Alberto promueve juicio declarativo de menor cuantía contra doña María de los Ángeles, sobre reclamación de 22.200.000 pesetas en concepto de daños morales y patrimoniales, nulidad del convenio regulador y nueva liquidación de la sociedad conyugal. La propia esposa demandó la impugnación de la paternidad, tras la separación, recayendo sentencia que declaró que Don Vicente era el padre de los dos hijos que habían figurado hasta entonces como hijos matrimoniales de Don Alberto. El Juez de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y condena a Doña María Ángeles al pago de 10.000.000 pesetas en concepto de daños morales. La Audiencia Provincial de Madrid, en cambio, revoca y desestima íntegramente la demanda. El recurrente denuncia, como infringidos, los arts. 67 y 68 C.c., en relación con el art. 1.101 C.c. A diferencia del caso anterior, el de la STS de 22 de julio de 1999, aquí se pretende la aplicación del art. 1.101 C.c., considerando que se ha incumplido una obligación contractual, de forma dolosa además. Frente a esta pretensión del recurrente, el Tribunal Supremo niega la indemnización con el siguiente argumento: «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 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». Se concluye que «el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro, no es susceptible de reparación económica alguna, lo cual, origina la imposibilidad de atribuir al Tribunal “a quo” haber infringido, en el aspecto estudiado, los artículos 67 y 68 del Código Civil, en relación en el 1101 del mismo...».

Tal y como dijimos, es claro que los argumentos difieren entre una y otra sentencia, dictadas con una separación de apenas siete días⁷. Mientras la STS de 22 de julio basa la absolución en la ausencia de dolo de la ex esposa, la posterior STS de 30 de julio prefiere argumentar por otra vía: la única consecuencia de la infidelidad es la separación (es decir, los remedios propios del Derecho de Familia) y la admisión de tal demanda conduciría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia obligaría a indemnizar (es decir, la temida proliferación de demandas).

⁷ Circunstancia peculiar y que no deja de sorprender, incluso después de tanto tiempo: al respecto, PÉREZ GALLEGO, R.: «Nuevos daños en el ámbito del Derecho de Familia: los daños morales y patrimoniales por la ocultación de la paternidad biológica», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3, julio-septiembre 2015, p. 149.

En fechas más recientes, se han vuelto a plantear ante el Tribunal Supremo dos casos similares a los anteriores, pero en ninguno de ellos se ha resuelto sobre el fondo del asunto, al considerarse prescrita la acción ejercitada por el demandante. La STS de 14 de julio de 2010 trata de un caso de infidelidad y falsa atribución de la paternidad, pero se limita a declarar –como también hicieron el Juzgado y la Audiencia– prescrita la acción de responsabilidad interpuesta por el demandante, con lo cual no sabemos cuál hubiese sido la decisión sobre el fondo del asunto. Un par de años después, la STS de 18 de junio de 2012 confirma la sentencia de Audiencia, que declaró prescrita la acción de responsabilidad extracontractual, por la que se reclamaban daños físicos y morales causados por la pérdida de dos hijas criadas como tales y concebidas por los demandados ocultándole al actor la realidad de tal concepción y paternidad.

2. Las sentencias de las Audiencias Provinciales.

Un apreciable número de sentencias de Audiencias han seguido la pauta marcada por la STS de 22 de julio de 1999⁸ y ello aun cuando no existe jurisprudencia conforme a lo dispuesto en el art. 1.6 C.c., pues, como vimos, la posterior STS de 30 de julio de 1999 argumentó de manera distinta, sin que esta conclusión quede alterada por el hecho de ser los dos fallos desestimatorios de la demanda de responsabilidad civil.

Aunque quizás no fuera su intención, lo cierto es que la STS de 22 de julio de 1999 contiene en su razonamiento las claves que permiten abrir la puerta a la responsabilidad civil en casos de procreación de un hijo extramatrimonial

⁸ Nos remitimos, en este punto, a un trabajo anterior nuestro: BARCELÓ DOMÉNECH, J.: «El criterio de imputación de la responsabilidad civil en el ámbito familiar», en *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, coord. MORENO MARTÍNEZ, J.A., Dykinson, Madrid, 2012, pp. 93 y ss.

con ocultamiento al cónyuge⁹. Como ya se ha visto, el Tribunal Supremo niega la indemnización basándose en la ausencia de dolo de la demandada, lo cual significa, con un sencillo argumento *a contrario*, admitir la imputación del daño si ha existido ocultación dolosa de paternidad¹⁰.

Lo que acabamos de apuntar es precisamente lo que sucede en la SAP Valencia de 2 de noviembre de 2004¹¹, sentencia que verdaderamente marca el inicio de la colonización del territorio por la responsabilidad civil¹² y sí procede a condenar a la ex esposa –y también al verdadero padre– al apreciar dolo en la ocultación de la paternidad, fijando en 100.000 € la indemnización por daño moral. La demanda tenía su fundamento en el daño causado al demandante por la pérdida de tres hijos, queridos y criados como tales, y que fueron concebidos por los demandados durante los años de la convivencia matrimonial, ocultando

⁹ *Vid.*, en concreto, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: «Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales», en *Daños en el Derecho de Familia*, coord. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., Aranzadi, Pamplona, 2006, p. 175.

¹⁰ Lo explica con bastante claridad la SAP Cádiz de 3 de abril de 2008 (*JUR* 2008/234675): «... la única vía para inferir la responsabilidad ahora reclamada vendría de la mano de la aplicación del art. 1902 del Código Civil, siempre que, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de 22/julio/99, interpretada a contrario, se aprecie dolo en la conducta de la demandada que no existiría de no haber habido conocimiento ni ocultación de la no paternidad del esposo».

¹¹ AC 2004/1994.

¹² En la doctrina, LLAMAS POMBO, E.: «Responsabilidad, infidelidad y paternidad», *Práctica, Derecho de Daños*, 2005, núm.25, pp. 3 y ss., advierte que la sentencia supone abrir la caja de Pandora de la responsabilidad civil y el mundo de los daños y su reparación al campo de las relaciones familiares, ya sean éstas conyugales, exconyugales, paternofiliales o de cualquier otra índole; y DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: «Responsabilidad civil y divorcio en el Derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales», *La Ley*, 2007-II, p. 1668, atribuye gran importancia a la sentencia, en cuanto pionera en nuestra jurisprudencia en el tema de responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales.

Acertadamente la califica la SAP Cádiz de 3 de abril de 2008 (*JUR* 2008/234675) como «la resolución que de algún modo abrió la brecha en la doctrina del Tribunal Supremo antes referida».

la realidad de la concepción y paternidad al demandante. La Audiencia distingue varias facetas dentro de las relaciones existentes entre el demandante y los dos demandados: 1) La primera, la infidelidad conyugal, respecto de la cual comparte la doctrina de las sentencias del Tribunal Supremo de 22 y 30 de julio de 1999, en las que se especifica que el daño moral generado por uno de los cónyuges por la infidelidad del otro no es susceptible de reparación económica alguna, y que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación es la ruptura del vínculo conyugal¹³; 2) La segunda, la procreación de los tres hijos, respecto de la cual comparte el criterio del juzgador de instancia acerca de la negligencia de los demandados en sus relaciones íntimas, no estimando que actuaran de forma dolosa o intencional, para generar un daño al demandante, al engendrar los tres hijos; 3) La tercera, la conducta dolosa de los demandados en la ocultación de la paternidad, señalándose que «hemos de partir de la sentencia del Tribunal Supremo citada de 22 de julio de 1999 interpretada a sensu contrario, pues alude a que “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 Doña María Concepción”, lo que nos permite concluir que si sería aplicable el artículo 1902 del Código Civil, y procedería reparar el daño causado si se acreditara una actuación dolosa».

Es, pues, evidente que la Audiencia Provincial de Valencia se basa en la STS de 22 de julio de 1999 para aplicar el art. 1.902 C.c. y reparar el daño¹⁴. Pero se da un paso más con respecto a la sentencia del Supremo, ya que se intenta justificar con argumentos el acogimiento del criterio de atribución basado en el dolo, al decir que «hemos de tomar en consideración, la aparición progresiva en la doctrina y la jurisprudencia de excepciones a la regla general de

¹³ En realidad, este argumento sólo aparece en la STS de 30 de julio de 1999.

¹⁴ Como dice FARNÓS AMORÓS, E.: «El precio de ocultar la paternidad», *InDret* 2/2005 (www.indret.com), p. 8, «lo realmente determinante para que la Audiencia otorgue una indemnización es el dolo de los demandados a la hora de ocultar, de forma continuada, la verdadera filiación de los tres menores».

inmunidad en el ámbito de las relaciones familiares y conyugales (estudiado por doña E.R.), y que entre tales excepciones, pueden destacarse la exclusión de los daños dolosos. En esta corriente, podemos hacer referencia al Tribunal Supremo Alemán que ha reconocido excepcionalmente el derecho a ser indemnizado, por causación dolosa contra bonos mores, si el adulterio va acompañado de una intención cualificada de causar daño, como en el caso en que se haya engañado al marido sobre su paternidad, como cita Josep Ferrer Riba, en su estudio sobre Relaciones Familiares y Límites del Derecho de Daños, estimando que se trataría de un hecho generador de responsabilidad extracontractual y que obligaría a reparar el daño causado».

Para la Audiencia Provincial de Valencia, «los demandados actuaron de forma negligente en la concepción de los hijos y dolosa en su ocultación al actor», y fue el posterior conocimiento de la verdad «el desencadenante de un daño al actor que debe ser resarcido», encuadrando la situación vivida por él en el concepto de daño moral¹⁵.

¹⁵ El argumento ha sido criticado por CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de familia. Casos, reglas, argumentos*, Dilex, Madrid, 2006, pp. 526 y 527: «Pero la causa del daño indemnizable se considera ser no la propia infidelidad de la mujer, sino (a) la *negligencia* (sic) de ser infiel (esposa, ¡pero también el amante!) sin poner los medios para prevenir el embarazo, (b) el *dolo* (sic) de haber ocultado al marido la verdadera paternidad, que era conocida de los demandados. La cosa acaba siendo tan alambicada – como consecuencia de no querer llamar a las cosas por su nombre – que finalmente se afirma que el daño moral que sufre el marido es la pérdida de tres hijos que consideraba como suyos. Resulta entonces, y la propia sentencia lo reconoce en algún lugar, que la fuente del daño no es la conducta infiel, sino el descubrimiento de la verdad, “que ha sido el desencadenante del daño”. En cuyo caso lo que se les reprocha no es el adulterio, sino la falta de discreción por no saber guardar las formas. O se acaba exigiendo un tipo de dolo perverso, y se pretende distinguir éste de un simple dolo más compasivo: como establecer la diferencia entre ser adúltero *para causar daño* al otro cónyuge, y ser simplemente adúltero, contemplando en silencio cómo se dan las circunstancias precisas para que al otro le resulte un daño; que parece ser la distinción que actualmente acepta como decisiva el Tribunal Federal alemán en su jurisprudencia reciente». *Vid.* también, sobre el mismo tema, CARRASCO PERERA, A.: «El precio de la infidelidad», *Westlaw, BIB 2005/806*, p. 1.

Es ya apreciable el número de sentencias de Audiencias que siguen el criterio de la STS de 22 de julio de 1999, bien para condenar¹⁶, bien para absolver¹⁷, girando la argumentación de la *ratio decidendi* en torno a la existencia o no de conducta dolosa de la demandada.

Frente al criterio anterior, sin duda mayoritario en el panorama jurisprudencial, encontramos fallos que muestran una visión distinta de las cosas, desmarcándose de la exigencia de dolo y considerando suficiente para condenar la conducta culpable o negligente.

Debe destacarse, en este sentido, la SAP Cádiz de 3 de abril de 2008¹⁸, que expresamente se aparta del requisito del dolo o culpa grave, ya que el art. 1.902 C.c. nada establece al respecto, entendiéndose que «cualquier hecho dañoso, antijurídico, imputable a una falta de diligencia de quien lo comete ya genera su responsabilidad». Y ello aunque califique la conducta de la demandada como «gravemente negligente».

Conviene reproducir los extensos y fundados argumentos de esta sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz.

De nuevo, la ocultación de la verdadera paternidad da origen a una demanda de responsabilidad civil. La Juez de Primera Instancia no entiende acreditado que la esposa tuviera pleno conocimiento de que su hija no lo fuera en realidad del que por entonces era su esposo, considerando que no concurre

¹⁶ Así, SSAP León de 2 de enero de 2007 (*JUR* 2007/59972), Valencia de 5 de septiembre de 2007 (*JUR* 2007/340366), León de 30 de enero de 2009 (*JUR* 2009/192431), Santa Cruz de Tenerife de 16 de octubre de 2009 (*JUR* 2010/79320), Murcia de 18 de noviembre de 2009 (*AC* 2010/60) y Jaén de 9 de marzo de 2015 (*ROJ*: SAP J 216/2015).

¹⁷ Así, SSAP Barcelona de 22 de julio de 2005 (*JUR* 2006/163268), Pontevedra de 13 de diciembre de 2006 (*JUR* 2007/38139), Burgos de 16 de febrero de 2007 (*JUR* 2007/217448), Segovia de 11 de diciembre de 2007 (*JUR* 2008/148138), Barcelona de 31 de octubre de 2008 (*AC* 2009/93), A Coruña de 8 de noviembre de 2010 (*AC* 2010/2303), León de 23 de noviembre de 2012 (*ROJ*: SAP LE 1557/2012) y Granada de 13 de junio de 2014 (*ROJ*: SAP GR 1148/2014).

¹⁸ *JUR* 2008/234675. Posteriormente, en la misma línea, puede verse también SAP Cádiz de 16 de mayo de 2014 (*ROJ*: SAP CA 822/2014).

conducta dolosa; sigue, en este punto, la tesis de la STS de 22 de julio de 1999, conforme a la cual «la única vía para inferir la responsabilidad ahora reclamada vendría de la mano de la aplicación del art. 1902 del Código Civil, siempre que, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de 22/julio/99, interpretada a contrario, se aprecie dolo en la conducta de la demandada que no existiría de no haber habido conocimiento ni ocultación de la no paternidad del esposo». La Audiencia, en cambio, mantiene una posición contraria a la del Tribunal Supremo –en la que se basa, como hemos visto, la sentencia de primera instancia–, «que por lo demás es discutible que haya sentado jurisprudencia al tratarse de resoluciones con fundamento al menos parcialmente diverso. Creemos que estamos legitimados para ello por cuanto los cambios normativos fuerzan necesariamente una adaptación de la doctrina a la situación normativa actual. Y en este sentido, entendemos que ni resulta precisa la concurrencia de un dolo explícito en la conducta de la demandada y que su (sic) mero incumplimiento del deber de fidelidad cualificado por el embarazo de un tercero atribuido falsamente por vía de presunción a su marido, es hecho que por sí mismo genera su responsabilidad civil».

La sentencia acoge el criterio de la SAP Barcelona de 16 de enero de 2007¹⁹ y dice que «la referida construcción se adecua mejor a la realidad de las

¹⁹ Sobre esta sentencia [puede verse en *JUR* 2007/323682], se dice lo siguiente: «Un paso más adelante es el que da la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) en su sentencia 16/enero/2007. Es así que, desmarcándose del requisito del dolo exigido por el Tribunal Supremo, la referida resolución califica de negligencia constitutiva de responsabilidad extracontractual la omisión de la adopción de medidas dirigidas a determinar la paternidad biológica, pues la demandada “pudo y debió sospechar que podía ser otro el padre de la menor”. De modo contundente afirma que “la culpa o negligencia a que se refiere el art. 1902 del Código Civil constituye un concepto más amplio que el dolo o intención maliciosa. Puede afirmarse que [la demandada] no tenía la certeza o no sabía que el padre de la menor no era su marido, pero pudo y debió sospechar que podía ser otro el padre de la menor, al haber mantenido relaciones sexuales con dos personas al tiempo de su concepción y debió adoptar las medidas tendentes a su veraz determinación. La omisión en la adopción de dichas medidas debe calificarse como un

cosas. Es cierto que en el ámbito del Derecho de Familia solo los incumplimientos en los que medie dolo o culpa grave generan de ordinario responsabilidad (se suele citar como ejemplos la responsabilidad de los padres en la gestión de los bienes de sus hijos menores del art. 168 del Código Civil o la del administrador de la sociedad de gananciales en los términos establecidos en el art. 1390 del Código), pero no lo es menos que el art. 1902 con carácter general nada establece al respecto: cualquier hecho dañoso, antijurídico, imputable a una falta de diligencia de quien lo comete ya genera su responsabilidad. Exigir en este ámbito una culpabilidad reforzada se antoja innecesario y además resulta, la mayoría de las veces imposible. Otra cosa es que el hecho generador de responsabilidad aparezca de alguna manera cualificado, esto es, que no se trate de incumplimientos de escasa trascendencia personal. Pero ello no implica que sea exigible un criterio subjetivo de atribución de responsabilidad reforzado por el dolo».

Tras descartar la exigencia de dolo, la Audiencia alude a la imposibilidad o tremenda dificultad de inferir esa conciencia subjetiva al no ser factible, en la práctica, la prueba. «Si analizamos –dice el Tribunal– un supuesto como el de autos en que la demandada mantenía relaciones sexuales simultáneas con su marido y con el que resultó luego padre de su hijo, tan difícil será acreditar que aquella sabía que era el padre de su hijo en gestación no era su marido como que si lo fuera. Incluso al momento del nacimiento si no es a través de las correspondientes pruebas genéticas, nada podía saber con seguridad. En otras palabras, no es necesaria la concurrencia de una conducta adicional al mero mantenimiento de relaciones simultáneas con ambos hipotéticos progenitores que advere una intención dolosa en orden a atribuir una paternidad irreal al marido, si al resultar embarazada sigue ocultando al marido su infidelidad».

comportamiento o conducta negligente a los efectos de lo dispuesto en el art. 1902 del Código Civil, por lo que de su actuación u omisión se deriva responsabilidad extracontractual»

La Audiencia Provincial de Cádiz califica la conducta de la demandada como «gravemente negligente», utilizando el siguiente argumento: «... en estos casos, ante la dificultad de probar que ha existido ocultación puede presumirse que la esposa que mantiene simultáneamente relaciones sexuales con otro hombre y queda embarazada sabe o puede saber que existe más de una paternidad posible. En consecuencia, debe hacer todo lo razonable para determinar la paternidad biológica desde el primer momento, evitando así, si es el caso, que se considere padre al marido por el juego de la presunción legal de paternidad matrimonial. Y esa conducta ya es en sí mismo gravemente negligente y legitima su responsabilidad».

Viene a concluir el Tribunal que «el incumplimiento del deber de fidelidad cualificado como es el caso de autos por la ocultación de la Sra. Marta a su esposo del mantenimiento de relaciones sexuales simultáneas con otro hombre sin procurar la averiguación de quien podía resultar ser el padre tras su embarazo, con la consiguiente atribución de la paternidad al Sr. Diego, justifica la presencia de un ilícito civil susceptible de generar la responsabilidad de la demandada». Resultó, pues, condenada la esposa demandada, que tuvo que indemnizar al actor por diferentes conceptos (entre ellos, por el daño moral padecido).

3. Consideraciones críticas al criterio jurisprudencial de limitar la responsabilidad al dolo.

El dolo y la culpa grave, como criterios únicos de imputación, se han revelado como un buen recurso contra la tan temida proliferación de demandas entre cónyuges, ex cónyuges y familiares. Pero no es este su papel, como veremos al analizar la cuestión del criterio de atribución a la luz de los arts. 1.104 y 1.902 C.c. Fuera de los casos de los que ya se ocupa el Derecho penal y la responsabilidad civil derivada del delito, la tarea importante, pendiente de realizar, es la de discernir qué conductas caben en el marco del art. 1.902 C.c. (o,

en su caso, arts. 1.101 y ss. C.c., si se defiende la vía contractual). Una vez determinadas esas conductas, entraría en juego el criterio de imputación. Esta es la secuencia lógica, porque el peligro (si tal peligro realmente existe) de avalancha de litigios familiares no se debe evitar con el recurso al dolo y la culpa grave; se trata, en cambio, de determinar en qué casos se responderá y en qué casos, por más que se cause dolor y frustración, no hay obligación de indemnizar; esta es la compleja tarea, que requiere el enjuiciamiento de cada supuesto concreto, ponderando los derechos fundamentales de las partes implicadas²⁰. Dicho con otras palabras: una cosa es la difícil apreciación de valores, conductas e intereses de las partes, y otra muy distinta es que el criterio de imputación deba ser únicamente el dolo o la culpa grave.

El recorrido jurisprudencial realizado con anterioridad nos lleva a la conclusión de que la tesis –hoy por hoy mayoritaria– que limita la responsabilidad al dolo y culpa grave no ha sido argumentada de manera convincente. Adviértase, además, que la tesis ha sido esgrimida en un caso muy concreto, el de la ocultación de la paternidad, mientras que otras situaciones de daños familiares se han ido resolviendo sin exigir el dolo como presupuesto de la indemnización; ni el contagio de enfermedades, ni la interferencia en las relaciones familiares, que son otros dos casos conocidos por la jurisprudencia, se han resuelto en clave de dolo²¹.

La cuestión a la que debemos dar respuesta es la de averiguar si el dolo o la culpa grave son los únicos criterios de imputación de la responsabilidad civil familiar o, por el contrario, la responsabilidad se extiende también a otros casos de conducta negligente. Para ello, ante la ausencia de normas específicas, debe

²⁰ La responsabilidad civil en el ámbito de la familia es un constante conflicto entre los intereses de los miembros del núcleo familiar sobre el ejercicio legítimo de derechos inherentes a las relaciones familiares. Al respecto, RIBOT IGUALADA, J.: «Nota crítica al libro coordinado por J.R. de Verda y Beamonte, Daños en el Derecho de Familia, Pamplona, 2006», *ADC*, 2006, págs. 1891 y 1892.

²¹ Nos remitimos, nuevamente, a BARCELÓ DOMÉNECH, J.: *op.cit.*, pp. 108 y ss.

acudirse a los arts. 1.902 y 1.104 C.c., que son, a nuestro juicio, aplicables a estos casos. Veamos por separado cada una de estas normas.

Rige, en primer lugar, el art. 1.902 C.c., que acoge, como es sabido, un sistema subjetivo de responsabilidad²² y no requiere la presencia de ninguna característica especial, ni en la víctima del daño, ni en el dañador; es decir, no existe ninguna prerrogativa que permita que un miembro de la familia cause daño dolosa o culposamente a otro y se exima de responder en virtud del vínculo familiar²³. Argumentos como el mantenimiento de la paz familiar, la evitación de la proliferación de demandas y otros de índole parecida, chocan frontalmente con la existencia del art. 1.902 C.c. y su aplicación, como régimen común subjetivo, a los daños familiares²⁴. Si se estima que las normas de responsabilidad civil pueden alterar la lógica y coherencia interna del sistema familiar y sus principios, convendría preparar una reforma legislativa, antes que sacrificar la recta interpretación del art. 1.902 C.c. y la función resarcitoria o compensatoria que está llamado a cumplir.

²² No hay margen alguno para la responsabilidad objetiva. Salvo que algún día lo establezca el legislador, hay que aplicar el Derecho común y la regla general de responsabilidad civil, que es el art. 1.902 C.c., donde la responsabilidad es por culpa.

²³ En otros ordenamientos, se defiende igualmente la idea de que la cláusula general de responsabilidad no se excluye en las relaciones familiares. Así, para el Derecho italiano y en referencia al art. 2.043 C.c., *vid.* CASSANO, G.: *Rapporti familiari, responsabilità civile e danno esistenziale*, Padova, 2006, p. 63. Es, en realidad, la consecuencia natural una vez ha sido admitida la aplicación de la responsabilidad civil: sobre ello, FRACCON, A.: «I diritti della persona nel matrimonio. Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno», *DFP*, 2001, 1, pp. 380 y ss.

²⁴ El riesgo de incremento de reclamaciones puede aminorarse si se perfila adecuadamente en qué casos y bajo qué condiciones se indemniza el daño. El conocimiento de este tipo de datos debería hacer que la demanda no se interpusiese (no se olvide que las normas de responsabilidad civil están sujetas al principio de rogación o instancia de parte) si hay una duda razonable acerca de su éxito, salvo que otro tipo de razones y la no imposición de costas al litigante perdedor jueguen en una dirección distinta. El tema es, en cualquier caso, complejo y de difícil solución.

Haya sido el comportamiento malicioso o meramente imprudente, lo cierto es que en ambos casos se genera la responsabilidad *ex art.* 1.902 C.c. El criterio de imputación que señala al sujeto responsable no es únicamente el dolo; hay, por el contrario, dos formas en que se manifiesta la actitud que merece el reproche del ordenamiento jurídico: el dolo y la negligencia. El art. 1.902 C.c. alude a la culpa en sentido amplio, que engloba al dolo y a la culpa en sentido estricto o negligencia²⁵. Las dos conductas son jurídicamente reprobables y deben dar lugar a la indemnización del daño causado.

No es dudoso que los casos de daños familiares planteados en los Tribunales han vuelto a situar a la culpa en primer plano²⁶, y han revalorizado el papel del criterio de imputación del daño por razón del dolo como dique de contención de una temida expansión de la responsabilidad civil hacia ámbitos especialmente problemáticos, algo que, visto con cierta perspectiva histórica, no deja de sorprender²⁷. Hay –o se piensa que hay– un peligro de desbordamiento²⁸.

²⁵ La expresión «interviniendo culpa o negligencia» del art. 1.902 C.c. ha sido interpretada como comprensiva tanto del dolo como de la culpa.

El mismo criterio sigue el art. 4:101 PETL (*Principles of European Tort Law*), al decir que «una persona responde con base en la culpa por la violación intencional o negligente del estándar de conducta exigible». En el comentario al precepto, se indica que «"Culpa" se utiliza como término omnicompreensivo, en el sentido de que incluye tanto el dolo como la negligencia. Se entiende en una forma puramente objetiva como desviación o violación del "estándar de conducta exigible", ya sea intencionalmente (*violación intencional* de dicho estándar), ya por omitir actuar con la diligencia y prudencia necesarias que pueden esperarse "razonablemente" (*violación negligente* del estándar)». *Vid.* EUROPEAN GROUP ON TORT LAW: *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, Texto y comentario. Traducción a cargo de la «Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado» (REDPEC), coordinada por MIQUEL MARTÍN-CASALS, Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 109.

²⁶ Adviértase que el reproche culpabilístico es distinto del reproche moral. Lo que analizamos, en términos de culpa y tanto si la responsabilidad es contractual como extracontractual, es si el comportamiento ha sido diligente (cuidadoso) o negligente (descuidado).

²⁷ Como recuerda GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, Comares, Granada, p. 53, la doctrina civil no se

Existe –o ha existido hasta hace poco– la percepción de que es un cambio de orientación excesivo pasar de la inmunidad a la responsabilidad por un comportamiento simplemente negligente. Volvamos a recordar, una vez más, el origen del requisito del dolo en la STS de 22 de julio de 1999, dictada en un contexto poco favorable a la reparación del daño entre cónyuges. Ahora bien, a nuestro juicio no hay base legal para sostener que la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares queda limitada al dolo (y culpa grave)²⁹. Es cierto, y la realidad y los casos enjuiciados así lo demuestran, que este tipo de daños suelen venir causados por una conducta dolosa. Es previsible que esto siga siendo así, porque la propia naturaleza de estos casos determina que en ellos sea mayor el grado de consciencia y de voluntad, y porque son inimaginables algunas hipótesis de conductas culposas (la violación del deber de fidelidad, por ejemplo). Sin embargo, son censurables las resoluciones jurisprudenciales que exigen el dolo³⁰ y no argumentan los motivos por los que la culpa no puede dar origen a la obligación de indemnizar. Constatar la existencia de culpa y negar la indemnización es un resultado contrario a las normas de nuestro ordenamiento jurídico: se introduce un requisito, el dolo, que no ha sido formulado por el legislador, y con ello se pone un límite a la tutela resarcitoria que no se deduce del dato normativo.

ha preocupado en demasía por el dolo, porque parece pensarse implícitamente que lo hay que indemnizar es el daño, y a estos efectos es igual que se haya producido con o sin intención.

²⁸ Habría, en consecuencia, una suerte de «inmunidad» para el sujeto que actúa únicamente a título de culpa.

²⁹ Es también discutible la propia equiparación entre dolo y culpa grave. Muchas veces se plantea una eficacia general de esta regla, que no se corresponde probablemente con la realidad. Una cosa es que preceptos del Código, para casos concretos, equiparen el dolo y la culpa grave, y otra muy distinta es que se quiera anudar la misma consecuencia con carácter general para casos que son distintos. Mientras no exista una norma general que así lo establezca, los argumentos favorables a la equiparación son, como decíamos al principio, muy discutibles.

³⁰ Aunque sin base normativa, da la impresión que las sentencias que limitan la condena al dolo manejan la óptica de la punición o el castigo.

En el dolo no hay referencia alguna al modelo de conducta, al contrario de lo que sucede con la culpa. Con ello, incorporamos el segundo dato normativo, el del art. 1.104 C.c., que refuerza la posición que venimos sosteniendo: a falta de reglas especiales, la negligencia debe entenderse en la forma señalada por este precepto. La diligencia exigible en la responsabilidad civil extracontractual³¹ es la diligencia del «buen padre de familia», adaptada a las circunstancias del caso³². Se parte de un modelo ideal, abstracto (art. 1.104.II C.c), que necesita ser adaptado a las particularidades del supuesto enjuiciado, como son la naturaleza de la obligación y las circunstancias de personas, tiempo y lugar (art. 1.104.I C.c)³³. Es el momento de juzgar los intereses y bienes

³¹ El art. 1.104 C.c. es también aplicable al campo extracontractual. Así, entre otros, CARRASCO PERERA, A.: en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales (art. 1.104 C.c.)*, dir. ALBALADEJO, M., t. XV, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1989, pp. 585 y 586; DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 360 y 361, y, más recientemente, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, V, La responsabilidad extracontractual*, Civitas, Madrid, 2011, pág. 270; LLAMAS POMBO, E.: en *Jurisprudencia civil comentada (art. 1.104)*, dir. PASQUAU LIAÑO, M., t. II, Comares, Granada, 2000, p. 1839; PEÑA LÓPEZ, F.: *La culpabilidad...*, *cit.*, pág. 460; MARTÍN-CASALS, M. / SOLÉ FELIU, J.: en *Comentarios al Código Civil (art. 1.902)*, dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 2051.

³² El art. 4:102 (1) PETL define el estándar de conducta exigible como «el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias y depende, en particular, de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas, así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos». *Vid.* EUROPEAN GROUP ON TORT LAW: *op.cit.*, pp. 114 y 115.

³³ Los dos párrafos del art. 1.104 C.c. parecen contradictorios. Mientras el primero establece un modelo concreto, que ha de adaptarse en cada caso a la naturaleza de la obligación, así como a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, el segundo establece un modelo abstracto y general, consistente en la diligencia de un buen padre de familia. Además, el segundo párrafo del art. 1.104, al decir que «cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en el cumplimiento», parece señalar que este es un modelo subsidiario o supletorio, que sólo tiene cabida en defecto del modelo concreto.

protegidos, las cualidades de dañador y dañado, que son factores importantes para la adaptación del modelo abstracto³⁴.

La interpretación conjunta de los arts. 1.902 (responsabilidad por culpa y por dolo) y 1.104 C.c. (adaptación a las circunstancias del modelo del buen padre de familia) son los datos normativos que deberá manejar el intérprete para ir resolviendo las demandas de responsabilidad civil por daños causados en el ámbito familiar³⁵. Esta debería ser la línea argumental a seguir, tanto por quienes

La doctrina ha ofrecido, sin embargo, una interpretación integradora de ambos párrafos del art. 1.104 C.c. Así, BADOSA COLL, F.: en *Comentario del Código Civil (art. 1.104)*, dir. PAZ-ARES, C. / DÍEZ-PICAZO, L. / BERCOVITZ, R. / SALVADOR CODERCH, P., t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 42: «La unidad del art. 1104 impone la *coordinación* de los modelos del párrafo I y del párrafo II. Esta coordinación debe hacerse dando preferencia al modelo del párrafo II por razones históricas, por su presencia general en el CC (los citados arts. 270, 1094, 1719 II, 1788, 1889 I), por motivos de equidad ya que sería excesivamente riguroso para con el deudor y por la propia eficacia exoneradora de la diligencia que requiere como nota la admisión de su posible insuficiencia. El modelo del párrafo I se convierte así en un medio de precisar o “concretar” la “abstracción” del modelo del párrafo II».

Se trata de dar primacía al modelo abstracto del buen padre de familia, que encuentra su concreción o adecuación en las circunstancias que rodean cada obligación.

³⁴ Como indica BADOSA COLL, F.: *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, p. 77, la diligencia es un esquema o marco de conducta que carece de significado en sí mismo, y «lo que le da valor es la integración de su contenido mediante un determinado módulo de comportamiento».

³⁵ El Tribunal Supremo, en su sentencia de 17 de julio de 2007 (RJ 2007/4895) [existe un comentario a esta sentencia en SALVADOR CODERCH, P. / RAMOS GONZÁLEZ, S.: «Relaciones de complacencia y deberes para con los invitados», *InDret* 2/2008 (www.indret.com)], entiende que para establecer el estándar de diligencia exigible pueden ser útiles los criterios enumerados en el art. 4:102 (1) PETL, ya que «tales criterios deben tomarse como referencia para integrar la lacónica formulación del art. 1902 CC y completar el valor integrador generalmente aceptado de otros preceptos del propio Código encuadrados en el capítulo relativo a la naturaleza y efectos de las obligaciones, como el art. 1104 cuando alude tanto a la “diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar” como a “la que correspondería a un buen padre de familia” para, así, configurar un modelo de conducta diligente válido para la mayoría de los casos».

sostienen la limitación de la responsabilidad al dolo y culpa grave, como por quienes entendemos que otro tipo de conductas, distintas del dolo o culpa grave, tienen también como consecuencia la obligación de indemnizar, sin privilegio o eximente alguna en razón del ámbito familiar en el que se han producido.

Los Tribunales, sin necesidad de apelar a la graduación de la culpa, deben apreciar la falta de diligencia conforme a los parámetros del art. 1.104 C.c.: el estándar de la diligencia de un buen padre de familia, adaptado a las circunstancias del caso. No nos apartemos del criterio legal, ni olvidemos el paradigma y su valor en el ordenamiento civil; es sencillamente incompresible que, salvo contadas excepciones³⁶, no se haga referencia alguna al «buen padre de familia» en las sentencias citadas a lo largo de este trabajo.

Si aplicamos el art. 1.104 C.c. y su estándar de la diligencia del buen padre de familia, veremos que lo que cambia no es el modelo, sino las circunstancias en que el mismo ha de ser aplicado; lo ha dicho, con claridad, CARRASCO³⁷: «... todas las conductas pueden ser, en sede del artículo 1.104, objeto de una consideración especial y particularizada sin necesidad de “salir” ni del modelo ni del grado (medio). Entiendo que el artículo 1.104 da cabida a todas las diligencias prestables, de manera que, en lugar de sostener que nuestro Código civil ha acabado con la tripartición de culpas o pluralidad de modelos, lo que realmente ha hecho es *integrarlos* todos en el tipo único».

El tipo o modelo único, aplicado al caso, ¿conduce a un grado de diligencia equivalente a lo que llamaríamos «culpa grave»? Esta es la cuestión que hay que responder, y aquí está la clave del tema que nos ocupa. Hay que averiguar si las circunstancias de las personas u otros criterios permiten valorar

Recuérdese, a este respecto, que el art. 4:102 (1) PETL menciona la naturaleza y el valor del interés protegido, la peligrosidad de la actividad, la pericia exigible al agente, la previsibilidad del daño, la relación de proximidad o confianza entre los implicados, así como la disponibilidad y el coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos.

³⁶ Así, la SAP Islas Baleares de 14 de septiembre de 2001 (AC 2001/2221).

³⁷ CARRASCO PERERA, A.: en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales (art. 1.104)*, cit., p. 616.

la diligencia exigible de tal modo que solamente se responda en lo que en una diligencia-concepto³⁸ denominaríamos culpa grave.

Llegados a este punto, entendemos que la respuesta ha de ser negativa. Ni el valor del interés protegido³⁹, ni la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas⁴⁰ pueden servir como argumentos; más bien, sucedería lo contrario y podría perfectamente la ponderación de estos mismos factores llevar a exigir una mayor intensidad de la diligencia en este ámbito⁴¹.

En los casos de ocultación y falsa atribución de la paternidad, por volver al ejemplo que da origen a la tesis que circunscribe la responsabilidad al dolo, si se quiere evitar que la conducta sea tachada de negligente, se deberá acomodar a lo que pueda considerarse idóneo para neutralizar el riesgo de atribuir la paternidad del hijo a quien no es el padre, lo cual implica determinar de manera veraz la paternidad⁴². No hacerlo así supondría admitir y tolerar

³⁸ Ha señalado CARRASCO PERERA, A.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales (art. 1.104), cit.*, p. 613, que «la crítica al modelo p.f. proviene de un defectuoso uso de los instrumentos lingüísticos. “Buen padre de familia” no es un concepto de una determinada diligencia, de manera que al mencionar el concepto tuviésemos dada ya la diligencia de la cual es definición. No es concepto, sino índice (en la terminología lógica), o bien en el simple nombre de la diligencia prestable en cada caso. B.p.f. es el nombre de la diligencia prestable, atendidas todas las circunstancias del caso. De manera que no puede decirse que diligencia b.p.f. = una diligencia del tipo X (que sería distinta de una diligencia del tipo Y); sino: sean X, Y o Z la diligencia prestable al caso = diligencia b.p.f. Siendo nombre o índice, la diligencia b.p.f. no es un criterio de determinación de la diligencia exigible, sino la clase de todas las diligencias prestables en cada caso y según las circunstancias, cuya aplicación se determinó en base a determinados criterios».

³⁹ Art. 4: 102 (1) PETL, citado anteriormente.

⁴⁰ Art. 4: 102 (1) PETL, citado anteriormente.

⁴¹ Siempre es preferible responder sólo por dolo que no responder, pero si la responsabilidad existe sólo en caso de dolo no hay duda que la tutela al dañado es menos intensa que si también existe responsabilidad por culpa.

⁴² Un planteamiento contrario al aquí defendido es el de la SAP Granada de 13 de junio de 2014 (ROJ: SAP GR 1148/2014), que sigue la tesis mayoritaria del dolo. En el caso de autos, el embarazo tuvo lugar antes del matrimonio y se atribuyó la paternidad al marido por nacer el hijo dentro de los 180 días siguientes al matrimonio (art. 117 C.c.). Afirma la Sala que «la simple

comportamientos negligentes en contra de lo que se deduce de la interpretación de los arts. 1.902 y 1.104 C.c. Es exigible que se pongan los medios necesarios para determinar de una manera veraz la paternidad, cuando se engendra un hijo tras mantener relaciones sexuales con el esposo y con persona distinta a éste. No hay motivo (y no lo es la circunstancia familiar) para limitar la responsabilidad a los casos en los que se conoce la verdadera paternidad (dolo) o no se conoce, pero es altamente probable que el hijo no sea del marido y sólo una persona extremadamente descuidada lo ignoraría (culpa grave). Debe, en definitiva, ser indiferente que se supiera o no, ya que el daño causado es el mismo, y la conducta de la esposa (y del verdadero padre, en su caso) es, sin duda, susceptible de un reproche culpabilístico, suficiente para fundamentar la responsabilidad del art. 1.902 C.c.

La tesis que limita la responsabilidad al dolo o culpa grave presenta otro inconveniente: exige una delimitación clara y precisa del entorno familiar y los sujetos implicados. Sigamos con el ejemplo de la ocultación de la paternidad biológica: entre cónyuges, la responsabilidad quedaría limitada al dolo o la culpa grave; ahora bien, si se demanda a un tercero (al verdadero padre), su responsabilidad sería también atribuida por culpa o negligencia leve, pues aquí no hay rol ni núcleo familiar, ni características peculiares que aconsejen mantener el dolo o la culpa grave como requisito del carácter reparable del daño. Otro ejemplo ilustrativo lo tendríamos en la privación de la compañía de los hijos por parte del ex cónyuge o cónyuge separado, donde, dada la ruptura de la convivencia, el criterio de imputación volvería a ser la culpa cuando demanda el progenitor dañado; en cambio, si quien demanda es el hijo (que, indudablemente, también ha resultado perjudicado), el criterio que debiera regir sería el dolo o la culpa grave. La solución, por tanto, sería distinta, en función de

duda de la paternidad por parte de la esposa, no es determinante en todo caso, de responsabilidad frente al esposo por el posterior descubrimiento de la auténtica filiación biológica. Sino que habrá de estarse a las circunstancias concurrentes en el caso concreto para valorar si la esposa debió sopesar la conveniencia de comunicar la realidad de sus relaciones, como susceptibles de contradecir la presunción de filiación paterna matrimonial».

si quien daña es el cónyuge o un tercero, o si se daña dentro o fuera del matrimonio o del entorno familiar⁴³, y así podría continuarse hasta imaginar todas las situaciones posibles. Solución que no vemos admisible, pues no debe recibirse una protección y tutela diferente, según los titulares estén dentro o fuera del contexto familiar⁴⁴.

Una problemática similar a la que acabamos de referirnos plantea la posibilidad, que ya se ha producido en la realidad, de solicitar y obtener la condena del cónyuge y del tercero que ha participado también en la producción del daño. Fue el caso de la SAP Valencia de 2 de noviembre de 2004⁴⁵, que condenó al ex cónyuge y al padre de los tres hijos extramatrimoniales, ya que

⁴³ La tesis la formula, al hilo del comentario de la STS de 30 de junio de 2009, MARÍN GARCÍA, I.: «Comentario a la STS (Sala 1ª) de 30 de junio de 2009», *CCJC*, 2011, núm. 84, p. 1383: «... la ruptura de la convivencia en común de los progenitores comporta la formación de dos núcleos familiares separados y, por tanto, el criterio de imputación subjetiva vuelve a ser la culpa o negligencia, puesto que en el momento de la producción del daño no media entre víctima y dañante relación de parentesco o afectividad alguna. En cambio, si el menor es quien ocupa la posición de la víctima, el criterio que debería gobernar la atribución de responsabilidad es el dolo o la culpa grave, pues en el entorno doméstico el progenitor mantiene con el menor una relación de confianza que, en principio, hace que el padre o la madre sea la persona más adecuada para decidir qué es lo mejor para su hijo».

⁴⁴ En realidad, se parte muchas veces de la ingenua creencia de que la relación conyugal no está rota. Quienes siguen viviendo juntos, ¿van a entablar una demanda entre ellos? CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de familia...*, *cit.*, p. 527, lo ha descrito así: «... en el contrato matrimonial...si el cónyuge afectado por el incumplimiento de los deberes establecidos en los arts. 67 y 68 CC no reclama la resolución del contrato (separación, divorcio), no puede pretender autónomamente que se le indemnicen los daños producidos por el incumplimiento de estas obligaciones por el otro cónyuge. ¿Por qué? Para el operador jurídico es muy difícil entrometerse en este tipo de relaciones con posibilidades de éxito y sin causar más perjuicios de los que evita con su intervención. No será tan importante si, a pesar de todo, sigues viviendo con ella. No vale la pena invertir recursos públicos para dar curso a demandas contradictorias entre quienes siguen durmiendo juntos. *Lleguen a un acuerdo o presenten una demanda de separación o divorcio, es lo más que se puede decir desde fuera*».

⁴⁵ AC 2004/1994.

Hay otros casos: así, SAP León de 2 de enero de 2007 (*JUR* 2007/59972).

ambos habían participado en la ocultación dolosa de la paternidad⁴⁶. Si la responsabilidad se ciñe a los supuestos de dolo y culpa grave, ¿es aplicable también esta limitación al tercero? Algún autor responde afirmativamente⁴⁷, seguramente para evitar que se condene al tercero y se absuelva al ex cónyuge si la conducta no es constitutiva de dolo ni de culpa grave. Ahora bien, no se puede pasar por alto el resultado absurdo al que conduce la exigencia del dolo y culpa grave para imputar la responsabilidad, en la medida que nos sitúa ante la tesitura de extender, sin razón alguna que realmente lo justifique, el privilegio a terceros ajenos al ámbito familiar⁴⁸. Y si no hay tal extensión, la discriminación es evidente.

El terreno en el que nos movemos, no vamos a negarlo, es difícil, y la decisión a favor de extender la responsabilidad civil a las relaciones familiares no siempre termina de convencer con plenitud. En el momento presente, dada la evolución doctrinal y jurisprudencial, y sin perjuicio de una intervención del legislador que pueda adoptar una posición concreta, entendemos que lo más correcto es aplicar la parte general de la responsabilidad civil (arts. 1.104 y 1.902 C.c.) y no vemos razones que permitan exonerar si no concurre el dolo y

⁴⁶ «... Fijamos como indemnización la suma de 100.000 Euros, que deberán satisfacer, solidariamente, ambos demandados, pues el dolo en el ocultamiento de la no-paternidad, puede ser reprochable moralmente, en mayor medida a la que era su esposa, pero jurídicamente lo es a los dos por igual».

⁴⁷ Para VARGAS ARAVENA, D.: *Daños civiles en el matrimonio*, La Ley, Madrid, 2009, p. 283, la responsabilidad del tercero se debe limitar «a aquellas situaciones en que éstos hayan realizado un comportamiento activo, ya sea induciendo o confabulando con el cónyuge deudor al incumplimiento de los deberes conyugales, no siendo suficiente en ningún caso el simple saber o deber saber que el deudor se hallaba obligado por matrimonio, ni mucho menos cualquier cooperación culpable o negligente, y aun por omisión, al incumplimiento; sostener lo contrario produciría un número ilimitado y desmesurado de acciones en contra de terceros, ya que bastaría alegar que éstos, sabiendo o debiendo saber que una persona se encuentra casada, no se han comportado con su máxima diligencia (bastaría imputarles cualquier culpa), contribuyendo con su acción u omisión al incumplimiento de los deberes conyugales».

⁴⁸ Si no se hace así, ¿por qué motivo se fijaría un grado de culpabilidad distinto a sujetos que son todos ellos responsables del daño causado?

la culpa grave, dejando sin reparación otras negligencias⁴⁹. En cuanto haya culpa, debe responder el autor del daño. La tesis que limita la responsabilidad al dolo y culpa grave incurre en el mismo error que algunas sentencias que fijan una indemnización mayor en el caso de conducta dolosa o gravemente imprudente del dañante⁵⁰. Ni una ni otra cosa tiene base legal. No es admisible que se responda solamente cuando se supera el grado de negligencia medio, ni tampoco que la indemnización sea mayor o menor en función de la gravedad de la conducta⁵¹.

Un criterio privilegiado y distinto al general de los arts. 1.104 y 1.902 C.c. es, sin duda, una opción de política legislativa, pero hoy, lo único cierto, es que carece de respaldo en nuestro ordenamiento. No entenderlo así es introducir la necesidad de un presupuesto –la conducta dolosa– que es contradictorio con la disciplina general y no encuentra un apoyo normativo que lo justifique⁵². Se debe, por tanto, considerar suficiente el comportamiento culposo, si bien hay que reconocer que su papel puede ser ciertamente limitado, pues se trata de un campo en que las cosas difícilmente suceden por descuido, pero ninguna razón existe para negar de entrada tal posibilidad.

⁴⁹ Tenemos que elegir entre el daño a cargo de quien lo sufre sin culpa alguna u obligar a repararlo a quien lo ha causado, aun cuando su comportamiento haya sido negligente en grado mínimo.

⁵⁰ *Vid.*, sobre esta última cuestión, PANTALEÓN PRIETO, F.: en Comentario del Código Civil (art. 1.902), dir. PAZ-ARES, C. / BERCOVITZ, R. / DÍEZ-PICAZO, L. / SALVADOR CODERCH, P., t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1971.

⁵¹ Como ha señalado LLAMAS POMBO, E.: «Formas de reparación del daño (I)», *Práctica, Derecho de Daños*, 2010, núm. 80, p. 13, «la indemnización no se gradúa en función de la gravedad de la conducta dañadora ni, eventualmente, de la reprochabilidad de la misma, sino con arreglo a la entidad del daño».

⁵² El legislador ha dado sobradas muestras de que sabe utilizar el criterio del dolo y la culpa grave. En el ámbito de responsabilidad civil familiar: así, art. 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores; y fuera de él: así, últimamente, arts. 6.2 y 14 de la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radioactivos.

4. Apunte de Derecho comparado.

El ordenamiento que ofrece mejor comparación es, a nuestro juicio, el Derecho italiano, donde se aplican las normas generales de responsabilidad civil (el art. 2.043 C.c., conforme al cual «cualquier acto doloso o culposo que cause un daño injusto a terceros, obliga al que lo ha realizado a resarcir el daño») y en el que se ha suscitado también la duda en torno al criterio de imputación. En el Derecho francés, donde de manera expresa algunas normas reconocen el derecho a la reparación de las consecuencias dañosas ocasionadas por el divorcio, se ha planteado la posibilidad de indemnizar con base en la cláusula general de responsabilidad (el art. 1.382 *Code*) otro tipo de daños distintos de los causados por la disolución del matrimonio⁵³, pero sin llegar al desarrollo doctrinal y jurisprudencial italiano, a pesar de lo antiguo de la discusión⁵⁴; y de manera muy distinta discurren las cosas en el Derecho alemán, cuya jurisprudencia es clara en el sentido de negar la aplicación de las normas de responsabilidad extracontractual cuando existen de normas particulares de Derecho de familia (§§ 1.359 y 1.664 BGB), salvo alguna notable excepción⁵⁵.

⁵³ Vid. MALAURIE, P. / FULCHIRON, H.: *La famille*, Paris, 2006, p. 300.

⁵⁴ Vid., por ejemplo, NERSON, R.: «Personnes et droits de famille», en *Jurisprudence française en matière de droit civil*, RTDC, 1966, pp. 514 y ss., y la jurisprudencia y doctrina allí citadas.

⁵⁵ El Tribunal Supremo sostiene la negativa a indemnizar los daños derivados del adulterio o de la atribución errónea de paternidad, reconociendo de manera excepcional la posibilidad de ser indemnizado *ex* § 826 BGB si el adulterio ha tenido como presupuesto una intención concreta de causar daño: BGH de 19 de diciembre de 1989 (*NJW* 1990, pág. 706 y ss.). Esta sentencia ha sido uno de los argumentos empleados en la SAP Valencia de 2 de noviembre de 2004, para limitar la responsabilidad del art. 1.902 C.c. al caso de actuación dolosa. Esta invocación no resulta, a juicio de DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *op.cit.*, p. 1662, muy convincente, ya que el rigor de la sentencia alemana se justifica en la tipificación de los ilícitos civiles de este sistema, lo que no sucede en España, Francia o Italia, que no siguen el principio de tipicidad, sino el de cláusula general, en la que es posible incluir todo hecho dañoso, antijurídico, imputable a una falta de diligencia de quien lo comete.

En Italia, una vez admitida la aplicación de la cláusula general del art. 2.043 C.c. al ámbito familiar⁵⁶, se suscita alguna división de opiniones en el punto concreto del criterio de imputación. Podría calificarse la situación actual como la de un cierto estado de indefinición en esta cuestión.

⁵⁶ En la jurisprudencia, particular relevancia tiene la sentencia del Tribunal de Casación de 10 de mayo de 2005 (*Giur.it.*, Aprile 2006, págs. 691 y ss.), donde se afirma el principio de que la violación de los deberes conyugales, cumpliendo los presupuestos descritos en el art. 2.043 C.c., da lugar a un daño patrimonial y no patrimonial. En concreto, se dice: «Puesto que los deberes que derivan del matrimonio tienen naturaleza jurídica, la violación de los mismos que se traduzca en conducta de intrínseca gravedad tal que pueda configurar agresiones a derechos fundamentales (entre los cuales se encuentra el derecho a la sexualidad) hace surgir el derecho del otro cónyuge al resarcimiento del daño patrimonial y no patrimonial, sin que pueda afirmarse que la violación de tales obligaciones encuentre su sanción propia en las medidas típicas previstas por el Derecho de Familia, como la separación, el divorcio, la imputación de la separación, la pensión de divorcio, etc.». La sentencia es representativa de un modelo de juridificación por medio de la jurisprudencia, es decir, de someter a reglamentación jurídica áreas de comportamientos antes no reguladas: al respecto, CARBONE, E.: «La giuridificazione delle relazioni domestiche e i suoi riflessi aquiliani», *Famiglia*, 2006, 1, p. 84.

Antes de esta sentencia, otras del mismo Tribunal de Casación habían ya formulado declaraciones que se interpretaban como una admisión abstracta de la acumulación de remedios propios del Derecho de Familia y del Derecho de daños; así, en *Cass. Civ.* de 26 de mayo de 1995 (*Giur.it.*, 1997, Parte I, pp. 843 y ss.), puede leerse: «... la imputación de la separación no entra, por sí misma, en el catálogo de los criterios de atribución de la responsabilidad extracontractual del art. 2.043 C.c., determinando, en concurso con otras circunstancias previstas legalmente, solamente el derecho del cónyuge no culpable a la manutención ... y pudiéndose por tanto otorgar el resarcimiento de daños ulteriores sólo si los hechos que dan lugar a la declaración de la imputabilidad integran los extremos del ilícito de la cláusula general de responsabilidad expresada por la norma ahora citada». Esta sentencia es calificada como «el primer contacto significativo entre responsabilidad civil y Derecho de familia»: así, SELLA, M.: *I danni non patrimoniali*, Milano, 2010, p. 584.

En la doctrina, es mérito de PATTI, S.: *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984, pp. 76 y ss., sostener, mucho antes que la jurisprudencia y en claro contraste con otros autores, la aplicación de la normativa de responsabilidad civil al ámbito familiar.

Hay autores que defienden la inclusión por la jurisprudencia –el legislador no ha previsto expresamente la cuestión– del ilícito familiar en la categoría de ilícitos necesariamente dolosos⁵⁷. Así, para CARINGELLA⁵⁸, ciertas declaraciones jurisprudenciales, que exigen incumplimientos particularmente graves de los deberes familiares para hacer surgir la responsabilidad civil, deben interpretarse en el sentido de que se requiere el elemento del dolo. En la misma línea, para CATERBI⁵⁹, las reiteradas referencias de la jurisprudencia a la «gravedad de la conducta» imponen el dolo y la consiguiente irrelevancia de conductas culposas, que además difícilmente se pueden dar en el caso, citando, a este respecto, la infidelidad, que no puede sino ser querida, y por ello no cabe una infidelidad por culpa o imprudencia.

Otros, caso de PILLA⁶⁰, sostienen que es indiferente el dolo o la culpa para hacer surgir la responsabilidad. Profundizando algo más en el estudio de la jurisprudencia, FRACCON⁶¹ afirma que la referencia a «una particular y

⁵⁷ *Vid.* el planteamiento en GAUDINO, L.: «La responsabilità civile endofamiliare», *Resp. civ. prev.*, 2008, núm. 6, p. 1244, que se muestra a favor de la exigencia del dolo.

⁵⁸ CARINGELLA, F.: *op.cit.*, pp. 22 y ss. Cita la sentencia de 11 de noviembre de 2008 de las *Sezione Unite* del Tribunal de Casación, y la sentencia del Tribunal de Casación de 10 de mayo de 2005. La primera, que agrupa cuatro pronunciamientos de idéntico contenido, crea *ex novo* los requisitos «de la gravedad de la lesión y de la seriedad del daño» [*vid.* la sentencia y los comentarios de BARGELLI, E.: «Danno non patrimoniale: la messa a punto delle sezioni unite», pp. 117 y ss., y DI MARZIO, M.: «Danno non patrimoniale: grande è la confusione sotto il cielo, la situazione non è eccellente», pp. 112 y ss., en *NGCC*, 2009, Parte Prima, pp. 102 y ss.]. La segunda (ya citada por nosotros en una nota anterior) precisa que no son relevantes «los comportamientos de mínima eficacia lesiva, susceptibles de encontrar solución en el interior de la familia con base en el espíritu de comprensión y tolerancia que es parte del deber de recíproca ayuda, sino únicamente aquellas conductas que por su intrínseca gravedad se configuran como agresiones a los derechos fundamentales de la persona».

⁵⁹ CATERBI, S.: «Infedeltà coniugale e responsabilità civile», *Resp.civ.prev.*, 2008, núm. 10, p. 2084.

⁶⁰ PILLA, V.: *Separazione e divorzio. Profili di responsabilità*, Padova, 2007, p. 243.

⁶¹ FRACCON, A.: *Relazioni familiari e responsabilità civile*, Milano, 2003, p. 173, con cita de la sentencia del Tribunal de Milán de 24 de septiembre de 2002.

objetiva gravedad» de la conducta no debe ser entendida como fijación de un determinado grado de culpa (el art. 2.043 C.c. no exige culpa grave), sino que tal apreciación se relaciona con la injusticia del daño, exigiendo que sea relevante la lesión del interés tutelado.

No faltan, por último, quienes fijan el criterio de imputación en función del interés lesionado: si el bien en juego ocupa uno de los primeros lugares de la escala del sistema (integridad psicofísica, capacidad de procreación, dignidad, libertad de movimiento), basta la culpa; si el bien es de otro tipo (bienestar espiritual, delicadeza, confidencialidad), hay que exigir el dolo⁶².

Lo cierto es que la jurisprudencia no ha formulado un criterio claro al respecto. Así, una sentencia emblemática en este ámbito, como es la del Tribunal de Milán de 4 de junio de 2002⁶³, al referirse al criterio de imputación del art. 2.043 C.c., afirma la necesidad de averiguar si el comportamiento es subjetivamente imputable al cónyuge que incumple por dolo o por culpa. En

Conforme a esta tesis, una cosa es que el criterio de imputación sólo sea el dolo y otra muy distinta que se exija una conducta particularmente grave del cónyuge, que haya lesionado intereses del otro merecedores de tutela, como la salud física y psíquica, la dignidad, el honor, la reputación, etc., que hagan inclinar la balanza hacia el derecho al resarcimiento del daño. Los Tribunales italianos, según esta percepción, no habrían hecho otra cosa que colocar un filtro para el acceso a la tutela resarcitoria en el caso del ilícito intrafamiliar, constituido por la objetiva e intrínseca gravedad de la conducta que viola los deberes matrimoniales y causa daño a los derechos fundamentales del otro cónyuge, pero sin que ello implique exigir el dolo. Esta conclusión es la que extrae DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *op.cit.*, p. 1663, de la jurisprudencia italiana.

⁶² Un planteamiento de este tipo puede verse en BOTTA, R. / GIOVETTI, G.: «Diritto di famiglia», en AAVV: *La colpa nella responsabilità civile*, Torino, 2006, pp. 92 y ss.

⁶³ *Giur.it.*, 2002, 12, pp. 2290 y ss. En el caso de autos, la mujer había sufrido, a causa del comportamiento del marido contrario a algunos deberes conyugales (asistencia moral y material, colaboración en el interés de la familia y fidelidad) un estado de falta de serenidad, inquietud y sensación de abandono, agravado por el embarazo en curso; se decreta la separación y, además, el Juez condena al marido, con base en el art. 2.043 C.c., al resarcimiento de los daños sufridos por la mujer a consecuencia de la conducta del marido que infringió los deberes conyugales.

cambio, para la sentencia del Tribunal de Venecia de 14 de mayo de 2009⁶⁴ cabe exigir una cierta intensidad, dolo o culpa grave, en el comportamiento del cónyuge que infringe los deberes conyugales.

Se echa en falta un pronunciamiento aclaratorio. En cualquier caso, sentencias más recientes siguen sin exigir de modo expreso el requisito del dolo para conceder el resarcimiento por el daño causado⁶⁵, lo que unido al dato normativo, donde no hay previsión específica por el legislador, nos hace inclinarnos a favor de la responsabilidad también en caso de comportamiento culposo⁶⁶.

⁶⁴ NGCC, 2010, Parte Prima, pp. 89 y ss. Figura también aquí un comentario de BENNI DE SENNA, A.: «Separazione personale dei coniugi, pronunzia di addebito e responsabilità civile», pp. 94 y ss.

Una sentencia anterior del Tribunal de Venecia, de 18 de abril de 2006 (*Danno e resp.*, 2007, p. 579) retiene, sin embargo, suficiente el comportamiento culposo para hacer surgir la responsabilidad civil.

⁶⁵ Así sucede en la sentencia del Tribunal de Prato de 18 de febrero de 2010 (*DFP*, 2010, 3, pp. 1268 y ss.). Se condena a resarcir el daño causado por el marido que de manera repetida infringió el deber de fidelidad, siendo tal hecho conocido por miembros de la familia y por terceros, a lo que se añade el envío de SMS por el consorte, que contenían insultos personales y la descripción detallada de las relaciones extramatrimoniales. *Vid.* comentario de LOMBARDO, A.: «L'illecito endofamiliare trova un ulteriore riconoscimento nella giurisprudenza», *DFP*, 2010, 3, pp. 1277 y ss.

⁶⁶ A la conclusión de la no exigencia del dolo, y la consideración del comportamiento culposo como suficiente para integrar la hipótesis de responsabilidad civil llega también PARINI, G.A.: *La responsabilità civile nelle relazioni familiari con particolare riguardo al rapporto genitori-figli* [disponible en <http://paduaresearch.cab.unipd.it/2553/1/GiorgiaParinitesi-dottorato.pdf>] [p. 141]