

### III) Derecho de daños

#### Comentarios

#### La responsabilidad aquiliana por daños endofamiliares Comentario a la STS de 14 de julio de 2010 (RJ 2010, 5152)

INMACULADA VIVAS TESÓN

*Profesora titular de Derecho civil  
Universidad de Sevilla*

**Resumen:** Ejercitada una acción de responsabilidad civil contra la ex esposa por daños sufridos a consecuencia de su infidelidad, el descubrimiento de la extramatrimonialidad de una hija inscrita como matrimonial y la separación conyugal, en la Sentencia objeto de comentario se dilucida si dicha acción ha de considerarse prescrita al momento de presentación de la demanda. Al respecto, ha de tenerse en cuenta que el cómputo del plazo anual de prescripción de la acción, fundada en el art. 1902 C.c., para reclamar daños continuados o de producción sucesiva o ininterrumpida derivados del incumplimiento del deber de fidelidad conyugal no se inicia hasta la producción del resultado definitivo, salvo que sea posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados y, para los daños duraderos o permanentes, desde que lo supo el agraviado.

**Palabras clave:** Infidelidad conyugal, responsabilidad civil, daños continuos, duraderos, prescripción de la acción.

**Abstract:** Once an action of civil liability is brought against an ex-wife for damages suffered as a result of her infidelity, the discovery of the bastard condition of a daughter registered as if she were born in wedlock, as well as the matrimonial separation, in the Sentence that I comment upon, it is explained if the said action has to be considered prescribed at the moment of filing the claim. In this regard, it should be noted that the calculation of the annual period of prescription of the action, based on art. 1902 C.c., to claim continued damages or of successive or uninterrupted production derived from the failure to fulfill the duty of marital fidelity is not to begin until the production of the definitive result, except when it is possible to divide the different stages or differentiated facts, and for lasting or permanent damages, from the moment the aggrieved party found out.

**Keywords:** Marital infidelity, civil liability, continued damages, lasting damages, prescription of the action.

#### Civil

*Ponente: Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Martín Castán*

- ☑ **RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN:** procedencia: acción ejercitada contra la ex-esposa por daños corporales y morales sufridos a consecuencia de la infidelidad de aquélla, el descubrimiento de la extramatrimonialidad de uno de los hijos inscritos como matrimoniales y la separación conyugal: daños duraderos o permanentes y no continuados: transcurso de más de un año desde su conocimiento a la fecha de presentación de la demanda.  
**DAÑOS Y PERJUICIOS: CLASES:** distinción entre los continuados y los duraderos o permanentes. prescripción de la acción: cómputo del plazo: día inicial: daños continuados: el de la producción del definitivo resultado, salvo que sea posible fraccionar en

**etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida; daños duraderos o permanentes: desde que lo supo el agraviado: suficiencia del conocimiento de su realidad y trascendencia.**

*Disposiciones estudiadas: arts. 1902, 1968.2º y 1969 CC.*

*Sentencias citadas: TS de 12 febrero 1981 (1981, 530), 17 marzo 1986 (RJ 1986, 1474), 5 junio 2003 (RJ 2003, 4124), 20 noviembre 2007 (RJ 2008, 19), 22 julio 2008 (RJ 2008, 4493), 30 junio y 28 octubre 2009 (RJ 2009, 5490 y 5817).*

## HECHOS

Transcribimos literalmente el relato fáctico de los Fundamentos Jurídicos Primero y Segundo de la Sentencia.

**PRIMERO.**—«La cuestión jurídica que plantea el único motivo del presente recurso de casación consiste en si ha prescrito o no la acción ejercitada por el demandante-recurrente, mediante demanda presentada el 15 de noviembre de 2005 contra la que había sido su esposa, en reclamación de 514.638<sup>13</sup> euros por daños morales, daños físicos y secuelas psicológicas, deterioro de su fama y honor, daño patrimonial y enriquecimiento injusto derivados, en síntesis, de la infidelidad de la demandada mientras estuvieron casados y de la declaración judicial de que uno de los dos hijos tenidos hasta entonces por matrimoniales, concretamente la hija nacida en 1984, no había sido engendrada por el demandante.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda por considerar prescrita la acción con base en el art. 1968.2º CC, al haber transcurrido más de un año entre el conocimiento del daño por el demandante y la interposición de la demanda, entendiéndose, por tanto, que la acción ejercitada se fundaba en el art. 1902 CC, y la sentencia de apelación, desestimando el recurso del actor, la confirmó rechazando que los daños alegados en la demanda continuaran produciéndose, o al menos que hubieran seguido produciéndose hasta el 6 de septiembre de 2005, y entendiéndose, en cambio, que la última fecha posible a considerar como inicio del cómputo de dicho plazo era el 27 de marzo de 2003, día en que se había notificado al demandante la sentencia declarando que la referida joven no era hija biológica suya.

**SEGUNDO.**—«En su escrito de oposición al recurso la demandada-recurrente ha alegado su inadmisibilidad, con carácter previo, porque las sentencias citadas como exponentes de la doctrina jurisprudencial presuntamente infringida se refieren a casos muy diferentes del aquí enjuiciado y porque el interés casacional no se daría respecto del plazo de prescripción sino respecto de si los hechos probados son o no constitutivos de lo que la jurisprudencia entiende por daños continuados.

Pues bien, el óbice de admisibilidad debe ser rechazado, porque si bien es cierto que tanto en el escrito de preparación como en el de interposición del recurso se invoca el interés casacional por oponerse la sentencia recurrida a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, no lo es menos, de un lado, que dicha sentencia se ha dictado por una Audiencia Pro-

vincial en la segunda instancia de un juicio ordinario por razón de la cuantía, siendo ésta muy superior a 150.000 euros, y, de otro, que el único motivo del recurso se funda en infracción del art. 1969 CC y de la jurisprudencia de esta Sala que, en los casos de daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida, considera que el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual no comienza a correr hasta la producción del definitivo resultado si no es posible distinguir etapas diferentes o hechos diferenciados.

La sentencia, por tanto, era recurrible en casación conforme al art. 477.2 2º LEC (RCL 2000, 34, 962) y (RCL 2001, 1892), en el escrito de preparación se indicó suficientemente la infracción que se consideraba cometida, como exige el art. 479.3 de la misma ley, mediante la cita del art. 1969 CC y la mención de «la doctrina del Tribunal Supremo respecto a la cuestión de los daños continuados» y, en fin, el único motivo de casación contenido en el escrito de interposición permite entender sin dificultad la cuestión que plantea el recurrente, citando la norma que considera infringida y exponiendo el contenido de tres sentencias de esta Sala, que a su vez citan otras anteriores, sobre el cómputo del plazo de prescripción en los casos de daños continuados, con lo que se cumple también el requisito que impone el art. 481.1 LEC, de suerte que el único defecto apreciable en el recurso sería una cierta falta de claridad en cuanto a la vía casacional escogida por el recurrente que, sin embargo, no puede determinar su inadmisibilidad por ser doctrina reiterada de esta Sala que no es causa de inadmisión el mero error en el ordinal del art. 477.2 LEC que ampare el recurso».

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

(...)

**TERCERO.**—«Entrando a examinar por tanto el único motivo del recurso, fundado en infracción del art. 1969 CC y de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre el cómputo del plazo de prescripción de la acción en los casos de daños continuados, su alegato no discute que la acción ejercitada por el hoy recurrente fuera la de responsabilidad civil extracontractual, fundada en el art. 1902 CC, ni que el plazo de prescripción aplicable sea el de un año, establecido en el art. 1968.2º del mismo Cuerpo legal.

Su disconformidad se centra, ante todo, en que el tribunal sentenciador no haya considerado que el

daño continuaba produciéndose y agravándose dentro del año anterior a la interposición de la demanda. Así, alega que los daños cuya reparación solicita comenzaron en el año 2001 a consecuencia del procedimiento de separación matrimonial instado por la entonces esposa del recurrente, ya que éste sufrió un síncope cardiogénico del que tuvo que ser intervenido, implantándosele un marcapasos; que continuaron en el año 2002, cuando al recurrente le informaron de las infidelidades de su esposa y de la posibilidad de no ser el padre de sus hijos, lo que motivó que instase un proceso de impugnación de la filiación cuyo resultado fue el de no ser el padre biológico de la joven de diecinueve años a la que hasta entonces había tenido por hija y, por tanto, la pérdida de una hija y el «sufrimiento psíquico o espiritual de ver venirse abajo todos sus proyectos de futuro»; que en el año 2003 interpuso demanda de divorcio y modificación de medidas, solicitando la custodia de su hijo, aquejado éste de una discapacidad que del 34% había pasado al 52%, y la extinción de la pensión de alimentos a quien no era hija suya; que en opinión del recurrente el empeoramiento de su hijo se debió a la conducta de su madre; que mientras él había cumplido sus deberes de padre para quien en realidad no era hija suya, el verdadero padre, en cambio, «se había visto eximido del deber de alimentar a su hija» gracias a la conducta de la demandada; que los daños habían continuado cuando en septiembre de 2004 el hoy recurrente tuvo que solicitar la extinción de la pensión compensatoria que pagaba a la demandada, ya que ésta comenzó a «tener convivencia marital con una persona desde el mismo día que el Sr. Hilario [el actor-recurrente] dejó la vivienda familiar»; que mientras tanto la salud del recurrente se iba deteriorando progresivamente, ya que mientras en el informe médico del año 2001 se indicaba que con una determinada medicación podría hacer vida normal con ejercicio moderado, en el de fecha 6 de septiembre de 2005, en cambio, se constataba un empeoramiento determinante de que en 16 de noviembre el Centro de atención a la discapacidad de Extremadura le reconociera un grado de discapacidad del 65%; que el 13 de enero de 2006 fue ingresado en un centro hospitalario y el siguiente día 19 se le dio de alta presentando un cuadro sugestivo de «amnesia global transitoria»; que además de su padecimiento cardíaco el recurrente sufre una significativa afectación psíquica, «trastorno adaptativo con estado de ánimo ansioso-depresivo», que ha precisado asistencia psiquiátrica ambulatoria desde septiembre de 2004 por las situaciones de estrés vividas desde el año 2001; que estas patologías determinaron que el 12 de mayo de 2006 se declarase su incapacidad total para la profesión habitual por el Equipo de Valoración de Incapacidades; que hasta 2001 su estado de salud era normal; que hubo dolo y mala fe en la conducta de la demandada y en sus obligaciones matrimoniales, con un ánimo de injuriar al recurrente que trascendió a la sociedad, con su consiguiente desprestigio; y en fin, que si bien el inicio del daño se produjo en el año 2001, sin embargo el cómputo del plazo de prescripción no se inicia, según se desprende de la jurisprudencia citada, «hasta la

producción del definitivo resultado, que en el caso que nos ocupa se debe fijar en el informe médico de septiembre de 2005, en el que se constata el empeoramiento de mi representado».

**CUARTO.**—La respuesta casacional al motivo así formulado, que es impugnado por la demandada-recurrente con base, sustancialmente, en los propios fundamentos de la sentencia de apelación, pasa necesariamente por repasar los hechos que ésta declara probados y las razones por las que considera prescrita la acción.

Según la sentencia recurrida son hechos probados los siguientes:

1º.— El actor y la demandada contrajeron matrimonio el 29 de junio de 1973.

2º.— El 27 de febrero de 1984 fue inscrita Aída en el Registro Civil como hija de dicho matrimonio, nacida el anterior día 22.

3º.— En 2001 se inició procedimiento de separación conyugal que terminó por sentencia de 12 de julio de 2001, confirmada en apelación por sentencia de 26 de noviembre siguiente, declarando la separación de los cónyuges.

4º.— A instancia del hoy recurrente se siguió procedimiento de impugnación de la paternidad, terminado por sentencia de 27 de marzo de 2003 que declaró que Aída no era hija biológica suya.

5º.— En 23 de marzo de 2001 el hospital «Virgen del Puerto» emitió informe de que el hoy recurrente había sido operado de vasectomía el 29 de junio de 1989.

6º.— El 23 de agosto de 2005 el mismo hospital emitió otro informe, a petición del hoy recurrente, según el cual en las entrevistas de exploración de 2004 se habían objetivado «decaimiento, astenia, mayor nivel de angustia que el habitual, dificultad para dormir, etc., síntomas que han estado presentes en los últimos tres años», atribuyendo el paciente su sintomatología y su malestar emocional «a la relación conflictiva que mantiene con su ex mujer y a su situación laboral». Consta también que se había propuesto tratamiento psicofarmacológico y que los síntomas habían mejorado de forma parcial.

7º.— El 6 de septiembre del mismo año 2005 un médico de la Fundación Jiménez Díaz emitió informe referido a la consulta que en tal fecha hizo el hoy recurrente. En el informe se relatan todos los episodios de salud sufridos por el paciente desde el año 2001 y se le diagnostica una miocardiopatía dilatada, disfunción VI severa, episodios sincopales, taquicardia ventricular inducible sincopal e implante de un marcapasos, recomendándosele que continúe con el mismo tratamiento.

8º.— El demandante hizo transferencias periódicas mensuales de dinero a la demandada desde el 2 de abril de 2001 hasta el 3 de noviembre de 2003.

9º.— Según se afirma en la propia demanda, el demandante sufrió un síncope en marzo de 2001, mientras se celebraba la vista de las medidas previas a la separación, y tuvo que ser atendido en un hospital.

10º.- También se afirma en la demanda que el 3 de septiembre de 2001, tras mantener una tensa conversación con la demandada, sufrió un síncope cardiogénico por el que hubo de ser atendido en el mismo hospital, desde donde por la gravedad de la situación fue remitido a la Fundación Jiménez Díaz de Madrid, donde fue intervenido para implantarle un marcapasos en el propio año 2001.

11º.- Por tanto el demandante viene siendo tratado de su miocardiopatía dilatada desde el año 2001, con revisiones periódicas cada seis meses.

Y las razones por las que el tribunal sentenciador considera prescrita la acción son las siguientes:

1ª.- En la demanda se reclaman cantidades por diferentes conceptos cuyos hechos determinantes aparecen perfectamente delimitados en el tiempo: 300.000 euros en concepto de daño moral por la pérdida de una hija a consecuencia de la declaración judicial de no ser su padre biológico, hecho coincidente con la fecha de la sentencia de 2003 a partir de la cual pudo ejercitar la acción; 100.000 euros por daños morales derivados de los daños físicos y secuelas psicológicas producidas por la separación matrimonial, acordada en sentencia de 12 de junio de 2002, reconociéndose en la demanda que el actor había sufrido un síncope en marzo y añadiéndose que el 3 de septiembre sufrió otro y se le implantó un marcapasos; 100.000 euros por daño moral derivado del deterioro de su fama y honor por el conocimiento de la infidelidad de su ex esposa y la pérdida del vínculo con su hija, declarado judicialmente el 27 de marzo de 2003; y en fin, 14.638'13 euros por daño patrimonial y enriquecimiento injusto derivado de haber criado, educado y alimentado como hija suya a quien no lo era, incluyendo en tal reclamación las transferencias hechas a la demandada desde el 2 de abril de 2001 hasta el 3 de noviembre de 2003.

2ª.- Aunque la jurisprudencia sobre daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida declara que el plazo de prescripción no comienza a contar hasta la producción del definitivo resultado, también matiza que esto es así cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida.

3ª.- En el caso examinado sí cabe ese fraccionamiento o separación según los hechos probados puestas en relación con las alegaciones, fundamentos y peticiones de la demanda, pues "no es de recibo que se aproveche un informe de la consulta realizada el día 6 de septiembre de 2005 para decir que esta es la fecha en la que [el demandante] tuvo conocimiento de las consecuencias de la miocardiopatía dilatada, pues, insistimos, dicha enfermedad se produjo en el año 2001, y desde entonces pudo solicitar los daños morales derivados de la misma, y, sin embargo, espera hasta el año 2005, cuando ya había transcurrido con exceso el plazo de prescripción de un año, a contar desde que pudo ejercer la acción".

QUINTO.-A la vista de tales hechos probados y razonamientos jurídicos ha de ser desestimado el único motivo del recurso, porque la sentencia impugnada, lejos de infringir el art. 1969 CC y la jurisprudencia

sobre el inicio del cómputo del plazo de prescripción en los casos de daños continuados, se ajusta plenamente a la interpretación por esta Sala de dicha norma y del art. 1968-2º CC, que es el verdaderamente aplicado.

Ante todo debe señalarse que el tribunal sentenciador se pronuncia sobre la prescripción de la acción teniendo en cuenta explícitamente la jurisprudencia de esta Sala sobre los daños continuados, con cita expresa de varias sentencias como las de 12 de febrero de 1981 (RJ 1981, 530), 6 de mayo de 1985, 17 de marzo de 1986 (RJ 1986, 1474) y 15 de marzo de 1993, y ninguna de las dos partes discute el contenido de esta jurisprudencia, conforme a la cual no se inicia el cómputo del plazo de prescripción, en los casos de daños continuados o de producción sucesiva, hasta la producción del definitivo resultado, si bien matizando que esto es así "cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida" (SSTS 15-3-93, citada en la sentencia recurrida, y 5-6-03 [RJ 2003, 4124], 14-3-07 y 20-11-07 [RJ 2008, 19] entre otras), como también se puntualiza que en los casos de lesiones con secuelas el cómputo del plazo de prescripción no se inicia con el alta médica sino cuando se determina el alcance invalidante de las secuelas (SSTS 22-7-08 [RJ 2008, 4493] y 3-12-07, con cita en ambas de otras muchas).

De otro lado debe subrayarse que, como se desprende del alegato del motivo reseñado en el fundamento jurídico tercero de esta sentencia de casación, el recurrente prescinde prácticamente por completo de rebatir la distinción de etapas o fases que hace la sentencia recurrida en función de los diferentes conceptos indemnizatorios de la demanda, para, en cambio, optar por una tesis que parece presentar la infidelidad conyugal de la demandada como origen único de una serie de daños en cadena, físicos, morales y patrimoniales, que habrían venido agravándose a lo largo del tiempo sin solución de continuidad, hasta el punto de que el daño habría seguido produciéndose incluso después de la interposición de la demanda, ya que ésta se presentó el 15 de noviembre de 2005 y sin embargo en el alegato del motivo se invocan la incapacidad del recurrente reconocida en un informe del siguiente día 16, su ingreso hospitalario de 13 de enero de 2006 y la resolución de 12 de mayo siguiente como prueba de la continuidad o progresividad del daño.

Ahora bien, del propio alegato del motivo resulta una contradicción insalvable entre la posible consideración por esta Sala de esos hechos posteriores a la interposición de la demanda y la concreción final por el recurrente del día en que, según él, habría comenzado a correr el plazo de prescripción, que hace coincidir precisamente con la fecha del informe médico de septiembre de 2005 en cuanto éste habría constatado "el empeoramiento de mi representado" y "la producción del definitivo resultado".

Pues bien, semejante planteamiento no puede ser compartido por esta Sala. Aunque la sentencia de 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 5490) (rec. 532/05) haya reconocido la posibilidad de daños por culpa extracontractual en el ámbito de las relaciones subsiguientes

a una crisis matrimonial, considerando incluso que en el caso entonces examinado el daño sólo se consolidó definitivamente varios años después de iniciarse la conducta de la demandada privando al demandante de su derecho a comunicar con el hijo menor de ambos y ejercer sobre él la guarda y custodia que se le había atribuido judicialmente, pues hasta que el hijo no alcanzó la mayoría de edad, extinguiéndose la patria potestad, su padre no supo que definitivamente se le había privado de tales derechos, sin embargo en el presente caso no se ha dado una persistencia de la conducta antijurídica de la demandada, como la de aquel otro caso en que se había trasladado con el hijo común menor a Estados Unidos no permitiendo la relación con el padre, sino una conducta cuya hipotética ilicitud habría cesado en cualquier caso con la separación conyugal, por más que algunos de los daños causados con tal conducta no se descubrieran hasta pasado un tiempo, cual sucedió con el constituido por lo que el actor-recurrente considera "pérdida de una hija".

En cambio sí es pertinente al caso examinado el criterio seguido por la sentencia de 28 de octubre de 2009 (RJ 2009, 5817) (rec. 170/05) distinguiendo entre el daño continuado y el daño duradero o permanente, que es aquel que se produce en un momento determinado por la conducta del demandado pero persiste a lo largo del tiempo con la posibilidad, incluso, de agravarse por factores ya del todo ajenos a la acción u omisión del demandado. En este caso de daño duradero o permanente el plazo de prescripción comenzará a correr "desde que lo supo el agraviado", como dispone el art. 1968-2º CC (LEG 1889, 27), es decir desde que tuvo cabal conocimiento del mismo y pudo medir su trascendencia mediante un pronóstico razonable, porque de otro modo se daría la hipótesis de absoluta imprescriptibilidad de la acción hasta la muerte del perjudicado, en el caso de daños personales, o la total pérdida de la cosa, en caso de daños materiales, vulnerándose así la seguridad jurídica garantizada por el artículo 9.3 de la Constitución (RCL 1978, 2836) y fundamento, a su vez, de la prescripción.

Que ésta, y no la de daños continuados, es la verdadera naturaleza de aquellos cuya reparación se pidió en la demanda interpuesta por el hoy recurrente lo demuestra el propio planteamiento del motivo, que presenta como continuación o agravación de los daños hechos posteriores a la propia presentación de la demanda para, después, situar incoherentemente el comienzo del plazo de prescripción en una fecha anterior y, además, prescinde del cuidadoso análisis del tribunal sentenciador, reseñado en el fundamento jurídico cuarto de esta sentencia de casación, que dis-

tingue etapas o fases según los conceptos indemnizatorios de la propia demanda y determina para cada uno de ellos la fecha límite inicial del plazo de prescripción.

De ahí que en el recurso se opte por centrar la atención en los padecimientos físicos y psíquicos del demandante derivados tanto de la infidelidad de su esposa y del procedimiento de separación conyugal como de la definitiva confirmación de que no era hija biológica suya la joven a quien hasta entonces había tenido por tal. Por eso pretende prolongar el inicio del plazo de prescripción hasta la fecha del informe médico de septiembre de 2005, pero sin rebatir mediante argumento alguno el razonamiento del tribunal sentenciador, compartido ahora por esta Sala, de que dicho informe no viene sino a confirmar el mismo diagnóstico del padecimiento cardíaco del actor-recurrente en el año 2001 que determinó, en el propio año 2001, la implantación de un marcapasos, hecho del que cualquier persona con medianos conocimientos puede deducir que la afección cardíaca será de por vida.

Si a todo ello se une que la total confirmación de que el actor-recurrente no era el padre biológico de la referida joven se produjo mediante la notificación de la sentencia de 27 de marzo de 2003 y que la última de las transferencias bancarias de aquél a la demandada tuvo lugar el 3 de noviembre de 2003, necesariamente ha de concluirse que el 15 de noviembre de 2005, fecha de presentación de la demanda, había prescrito la acción para exigir a la demandada indemnización por daños y perjuicios con base en el art. 1902 CC, pues ni la separación conyugal es en sí misma ilícita, como tampoco lo es que el cónyuge ya separado conviva con otra persona, ni desde luego cabe encuadrar en el concepto de daño continuado, a los efectos jurídicos de que no comience a correr el plazo de prescripción de la acción, el recuerdo más o menos periódico, más o menos intenso u obsesivo, de lo sucedido anteriormente, incluso aunque este recuerdo pueda repercutir en el estado de salud del sujeto, ya que de admitir semejante identificación el inicio del plazo de prescripción se prolongaría indefectiblemente, en todos los casos imaginables, hasta la muerte del propio sujeto, y por ende incluyendo la propia muerte entre los daños imputables al demandado por su conducta en cualquier tiempo pasado.

SEXTO.-Conforme a los arts. 487.2 y 398.1 en relación con el 394.1, todos de la LEC, procede confirmar la sentencia recurrida e imponer las costas al recurrente».

## SUMARIO

### I. LA TUTELA AQUILIANA DE LAS RELACIONES FAMILIARES EN EL DERECHO ESPAÑOL

- 1.1. Introducción
- 1.2. Posibles supuestos de tutela aquiliana familiar
- 1.3. Argumentos en pro y en contra de la aplicación de la disciplina resarcitoria a los daños ocasionados en el interior de las relaciones familiares

## II. LA CUESTIÓN LITIGIOSA ENJUICIADA

- 2.1. Resarcimiento del daño por incumplimiento de deber conyugal de fidelidad
- 2.2. Prescripción de la acción: distinción entre daño continuado y daño duradero

## I. LA TUTELA AQUILIANA DE LAS RELACIONES FAMILIARES EN EL DERECHO ESPAÑOL

## 1.1. Introducción

Es innegable que nuestro Derecho de Familia ha venido experimentando, en los últimos treinta años y a tenor de las exigencias sociales, numerosos y profundos cambios, tanto desde el plano legislativo<sup>1</sup> como desde el jurisprudencial, guiados por el objetivo de proteger, en las relaciones (horizontales y verticales) familiares, ya no el interés superior de la familia, sino el interés de la persona en la familia.

En esta línea evolutiva, puede detectarse, claramente, cómo el modelo familia-institución (pre-sido por el «principio de unidad jurídica de la familia»<sup>2</sup>) ha sido sustituido por el de familia-comunidad, en el cual los intereses merecedores de protección se identifican con los intereses individuales y solidarios de sus componentes<sup>3</sup>.

Bajo tal óptica, la creciente atención dirigida, en los últimos años, a la tutela efectiva de los valores esenciales inherentes a la persona ha penetrado también en el interior de las relaciones familiares, de modo que la violación de deberes conyugales o de pareja, o bien los paterno-filiales que, por su gravedad, puedan lesionar derechos fundamentales del cónyuge, pareja o hijos (no en cuanto tales, sino como personas humanas), plantea la posibilidad de reclamar, en el ámbito civil (además de lo que corresponda en otros), la responsabilidad extracontractual o aquiliana prevista en el art. 1902 C.c. (en armonía, fundamentalmente, con los arts. 10, 14, 32 y 39 CE)<sup>4</sup>, con el fin de resarcir tal daño endofamiliar.

De este modo, nos encontramos con la aplicación del Derecho de Daños al Derecho de Familia; las reclamaciones indemnizatorias entre seres queridos; lo puramente económico mezclado

1. Podemos destacar las principales reformas de nuestro decimonómico C.c. operadas por la Ley de 2 de mayo de 1975, que suprime la tan absurda licencia marital y, ya en clave constitucional, por las Leyes 11/1981, de 13 de mayo y 30/1981, de 7 de julio, esta última más conocida como *Ley del Divorcio*, la Ley 13/1983, de 24 de octubre y la 21/1987, de 11 de noviembre, reformadoras del Derecho de Familia en cuestiones tan importantes como la filiación, la patria potestad, el régimen económico del matrimonio y el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, tutela, adopción, guarda y acogimiento de menores; la Ley 11/1990, de 15 de octubre, de modificación de varios artículos del C.C. en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo; las Leyes 18/1990, de 17 de diciembre y 29/1995, de 2 de noviembre, en materia de nacionalidad; las Leyes 13/2005, de 1 de julio y 15/2005, por las que se modifica el C.C. y la LEC en materia de derecho a contraer matrimonio y de separación y divorcio. Para un estudio más pormenorizado, VIVAS TESÓN: «De la discriminación a la tutela de la mujer en el Derecho civil: panorámica y notas críticas a la luz de las políticas y acciones positivas de la Ley Orgánica 3/2007», en *Discriminación por edad y sexo. Retos pendientes del Estado social*, LASARTE Y CRESPO (Dir.), MORETÓN (coord.), 2010, págs. 77-108.
2. En relación a la familia fundada sobre el matrimonio, el llamado «principio de unidad jurídica de la familia», al cual se adscribía rigurosamente nuestro C.c., exigía un estatuto personal único, razón por la cual resultaba más que evidente que fuera la mujer casada la que debiese sacrificar su independencia y libertad por el hecho de casarse o estar casada y seguir la condición de su marido, por ello que le viniera impuesta la nacionalidad y vecindad civil de éste, debiendo adquirir, perder, recuperar o conservar las suyas propias a expensas de las que ostentara su marido, a cuyo favor se establecía asimismo la primacía designativa del domicilio conyugal (originarios arts. 14.4, 22 y 58 C.c., respectivamente).
3. Cass. 10.05.2005, n. 9801.
4. Naturalmente, también han de ser tenidos en cuenta los instrumentos normativos internacionales, de entre los que destacamos, sin ánimo de exhaustividad, el 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 23 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, los arts. 9 y 16 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 16 de las Convención ONU sobre los derechos del niño, el art. 24.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea o el art. 23 de la Convención ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad.

con lo romántico, afectivo y sentimental; sin duda, una insólita combinación, más desconocida en España<sup>5</sup> que en otros países de nuestro entorno jurídico, como Italia<sup>6</sup>.

El Derecho de Familia es, indudablemente, la parte del Derecho civil más humana. Es el Derecho de los afectos, de las emociones, de las aspiraciones, de los deseos, de las profundas convicciones o creencias personales éticas o religiosas de la persona en su encuentro con otra/s persona/s como cónyuge/pareja y/o progenitor/descendiente. Sin embargo, cuando la armonía familiar resulta alterada o, incluso, destruida por sus propios integrantes, mediante conductas lesivas de derechos irrenunciables de otro ser querido, se plantea la existencia de la obligación jurídica de reparar los daños ocasionados y sufridos dentro del círculo doméstico de la familia, no bastando el mero reproche de carácter moral o social.

Ciertamente, causa enorme perplejidad poner en relación los términos «responsabilidad civil extracontractual o aquiliana» y «familia» cuando el agente dañoso no es un tercero con el que la víctima no tiene ningún ligamen de sangre, afecto o convivencia (casos de accidentes de tráfico, responsabilidad médica, etc., sobre los cuales no se discute su resarcimiento pecuniario) sino, precisamente, un miembro de la familia contra otro (un cónyuge contra el otro, el hijo contra uno de sus progenitores o contra ambos, un hermano contra otro, los abuelos contra los nietos, etc., esto es, personas acostumbradas a quererse hasta que se produce el hecho lesivo y puede que, incluso, después de éste), salvo, claro está, la prevista por el Código civil para los supuestos de responsabilidad de los padres/tutores por daños causados por los hijos o pupilos (art. 1903 C.c.), el remedio indemnizatorio en caso de nulidad del matrimonio (art. 98 C.c.) y la responsabilidad de los titulares de la patria potestad en relación a la administración y disposición de los bienes de sus hijos (art. 168 C.c.), así como la derivada de ilícito penal.

Nos referimos, pues, al ilícito causado en las relaciones familiares *intra muros*, y, más concretamente, a la posibilidad de dar entrada en ellas al remedio resarcitorio previsto por el art. 1902 C.c.

## 1.2. Posibles supuestos de tutela aquiliana familiar

A la vieja *Lex Aquilia* puede recurrirse ante ciertas lesiones intrafamiliares (debidas a sentimientos de rencor, ira, odio, desprecio, envidia, venganza, etc.), como las derivadas de la violación de deberes de ayuda moral y material entre familiares, en especial, si tienen alguna discapacidad<sup>7</sup>; continuas ofensas y agresiones, incluso en público, a la dignidad del otro cónyuge<sup>8</sup>; infracción del

5. Siendo aún escaso el tratamiento doctrinal de la cuestión planteada, destacamos, muy especialmente, ROCA TRIAS: «La responsabilidad civil en el Derecho de Familia: venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil», en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio* (MORENO MARTÍNEZ, coord.), 2000; FERRER RIBA: «Relaciones familiares y límites del Derecho de Daños», en <http://www.indret.com>, Octubre, 2001; DE VERDA Y BEAMONTE (coord.): *Daños en el Derecho de Familia*, 2006 y «Responsabilidad civil y divorcio en el Derecho Español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales», en *Diario La Ley*, 2007 y MARÍN GARCÍA DE LEONARDO: «¿Es indemnizable la infidelidad?», en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 47, 2010.
6. En la vasta bibliografía italiana sobre la materia, podemos señalar, entre otros: PATTI: *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984, que es la primera obra en la cual se afirma la operatividad de las reglas de la responsabilidad civil con referencia a la violación de los deberes familiares; DOSI, DI BARTOLOMEO: «Abuso della potestà dei genitori e risarcimento del danno al minore», en *Fam. e dir.*, 1996; MOROZZO DELLA ROCCA: «Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità?», en *Riv. crit. dir. priv.*, 1998; BILOTTA: «La nascita di un figlio ti cambia la vita: profili del danno esistenziale nella procreazione», en *Il danno esistenziale, una nuova categoria della responsabilità civile*, 2000; BONA: «Violazione dei doveri genitoriali e coniugali: una nuova frontiera della responsabilità civile?», en *Fam. dir.* 2001; DE MARZO: «Responsabilità civile e doveri familiari», en *Danno e resp.*, 2001; DOGLIOTTI: «La famiglia e l'«altro» diritto: responsabilità civile, danno biologico, danno esistenziale», en *Fam. dir.* 2001; CENDON, SEBASTIO: «Lui, lei e il danno. La responsabilità civile tra coniugi», in *Resp. civ. prev.*, 2002; FRACCON: *Relazioni familiari e responsabilità civile*, Milano, 2003; FACCI: *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, 2004; CENDON (coord.): *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, 2004; FAVILLI: «I danni da illecito endofamiliare», en *I danni non patrimoniali*, a cura di NAVARRETTA, 2004; LONGO (a cura di): *Rapporti familiari e responsabilità civile*, 2004; GAUDINO: «La responsabilità civile endofamiliare», en *Responsabilità civile e previdenza*, 2008 y MIGUELA: «Il risarcimento del danno derivante del c.d. illecito endofamiliare», en *Responsabilità civile e previdenza*, 2010.
7. Trib. Firenze 13.6.2000, en un caso de abandono de la esposa, enferma mental, durante muchos años, por el marido en una habitación de la casa. V. comentario a dicha Sentencia de DE MARZO: «Responsabilità civile e rapporti familiari», en *Danno e resp.*, 2001.
8. App. Torino 21.2.2000, en un caso de *mobbing* familiar. V. comentario a dicha sentencia por DELCONTE: «Il mobbing entra in famiglia?», en *Fam. dir.*, 2000.

deber de fidelidad; impago de pensión alimenticia a un hijo<sup>9</sup>; incumplimiento del derecho-deber de visitas por parte del progenitor no custodio<sup>10</sup>; comportamiento del progenitor custodio que impide u obstaculiza el ejercicio del derecho de visita del otro progenitor o de los abuelos<sup>11</sup>; daño a los hijos por parte de un progenitor que denigra al otro (el conocido como «síndrome de alienación parental»); negativa a reconocer a un hijo; desconocimiento de la verdadera paternidad de un hijo por parte del marido y supuesto padre; ocultación voluntaria de disfunciones sexuales antes del matrimonio y renuncia a curarse durante el curso de la convivencia matrimonial con negativa a mantener relaciones sexuales<sup>12</sup>; concepción y nacimiento de un hijo enfermo, a sabiendas del carácter hereditario de su enfermedad o daños prenatales provocados por el consumo de alcohol, estupefacientes o mala nutrición de la madre durante el embarazo<sup>13</sup>; ocultación o/y transmisión de enfermedades entre los esposos o a los hijos; intromisión arbitraria en las comunicaciones de familiares; interrupción del embarazo decidida individualmente por la madre sin consultar previamente a su pareja; obstaculización por parte de los padres a sus hijos al adecuado desarrollo de su identidad sexual, etc.

Éstas y otras muchas hipótesis imaginables de daños al familiar más débil por el que se cree más fuerte son, sin duda, de muy variada índole, si bien presentan un denominador común: existencia de un daño (patrimonial o no patrimonial) injusto que, por una u otra razón, escapa a los remedios típicos específicos del Derecho de Familia y, tal vez por ello, el indemnizatorio pueda adecuadamente repararlos.

### 1.3. Argumentos en pro y en contra de la aplicación de la disciplina resarcitoria a los daños ocasionados en el interior de las relaciones familiares

La cuestión primordial de la problemática en estudio consiste en determinar si resulta procedente la reparación de los daños cuando éstos se producen entre los integrantes de grupo familiar o si, por el contrario, la pertenencia a una familia hace inviable dicha pretensión resarcitoria sobre la base de una suerte de «*immunidad endofamiliar*» (esto es, daño sin responsabilidad).

La peculiaridad, impermeabilidad y autosuficiencia que, desde siempre, han caracterizado tradicionalmente al Derecho de Familia, como si de un autónomo *corpus iuris* se tratase, podrían impedir la entrada, en dicho ámbito, a la tutela resarcitoria del art. 1902 CC.

Súmese a ello que el ingreso del art. 1902 CC en el interior de la familia y, por tanto, la determinación de un familiar culpable y otro inocente nos devolvería a un pasado, afortunadamente, hoy superado mediante la supresión del delito de adulterio y la posibilidad de obtener una separación o divorcio sin causa.

Además, una posición contraria al resarcimiento de los daños intrafamiliares podría fundarse en la idea de que los deberes derivados del matrimonio y de la filiación no tienen un contenido susceptible de apreciación pecuniaria; en la duplicidad de sanciones, la procedente del Derecho de Familia y la del resarcimiento del daño; y en la especialidad de las normas del Derecho de

9. Cass. 7.6.2000, n. 7713, sentencia que abrió camino, en Italia, al denominado «daño existencial».
10. Cass. 8.02.2000, n. 1365, Trib. Brindisi 30.10.2001 y Trib. Venezia 30.06.2004, que han afirmado que el progenitor no custodio que no ejercite su deber de visita según la modalidad establecida por el juez puede ser considerado responsable, además de frente a los hijos, frente al otro progenitor, a luz del principio de responsabilidad que los progenitores tienen la obligación de respetar en el cumplimiento de sus propios deberes en interés de los hijos. En tales casos, más que una finalidad resarcitoria del daño, la cuantía indemnizatoria serviría de aporte económico que permitiese al progenitor custodio valerse de una ayuda alternativa a la que debería haber proporcionado el progenitor no custodio e incumplidor del derecho-deber de visitas. Para un estudio más detenido de esta cuestión, *vid. MIGUELA: «Il risarcimento del danno derivante del c.d. illecito endofamiliare», cit., págs. 73-76.*
11. Trib. Roma 13.6.2000 y Trib. Monza 5.11.2004.
12. Trib. Milano 10.02.1999, en el que en un juicio de cesación de los efectos civiles del matrimonio, la esposa interpuso demanda reconvenzional de resarcimiento del daño por la carencia de «masculinidad» del marido desde los inicios del matrimonio, la cual le había causado un daño biológico y a la vida de relación por falta de maternidad. Al respecto, el órgano judicial excluyó la subsistencia del nexo causal entre la conducta del cónyuge incumplidor y el daño ocasionado en consideración a la conducta de la mujer, quien durante más de veinte años había aceptado continuar la convivencia con el marido sin recurrir a ningún remedio jurídico pese al disturbio psíquico. V. comentario a dicha Sentencia de BONA: «Violazione dei doveri genitoriali e coniguali: una nuova frontiera della responsabilità civile?», en *Dir. fam. Pers.*, 2001.
13. Trib. Piacenza 31.7.1950: es el llamado, por la doctrina italiana, *daño a la procreación*.

Familia, que impide la aplicación, en dicho ámbito, de las normas generales de responsabilidad por hechos ilícitos (*lex specialis derogat generalis*).

Así las cosas, el silencio del legislador en relación a la cuestión que abordamos debería interpretarse como una negativa al resarcimiento de los daños interfamiliares.

Frente a dicha posición, a favor de la procedencia de las reclamaciones resarcitorias por daños ocasionados en el seno de relaciones familiares, puede esgrimirse el argumento de que el art. 1902 C.c., el cual, pese a conservar intacta su redacción desde 1889, ha encajado perfectamente en la dinámica social posterior a su entrada en vigor, no se circunscribe a un ámbito concreto, sino que se trata de una norma general, siendo, pues, el «*naeminen laedere*» o deber de no dañar también aplicable a la dimensión familiar o doméstica, de modo que el que ha causado un daño injusto a otra persona, con independencia de su *status* familiar (el precepto alude a «*el que por acción u omisión causa daño a otro...*», sin especificar que el agente dañoso y la víctima del daño no puedan ser familiares entre sí), debe repararlo.

Cierto es que el legislador no prevé expresamente el derecho a una indemnización reparadora en el Derecho de Familia, pero también lo es que no ha excluido explícitamente la operatividad del remedio resarcitorio en dicho ámbito.

Por otra parte, la familia, en nuestros días, es lugar de autorrealización y desarrollo de la personalidad del individuo, razón por la cual la cuestión de la responsabilidad civil en las relaciones internas familiares conecta directamente con la resarcibilidad de la lesión de los derechos fundamentales e irrenunciables de la persona (salud, integridad física y psíquica, intimidad, honor, imagen, libertad sexual, derecho a la educación, etc.) reconocidos y garantizados, tanto a título individual, como miembro de una familia, por nuestra Carta Magna. Es el «*derecho al yo*», el cual no puede verse lesionado, restringido o anulado en modo alguno por formar parte de una familia, que es, precisamente, el vehículo más importante de realización plena de la persona.

Lejos, por fortuna, queda ya el modelo patriarcal de la familia regido por el principio de jefatura del marido-padre, a quien quedaban subordinados los derechos de los restantes integrantes del núcleo familiar. La inmunidad de la que, durante mucho tiempo, han gozado los progenitores en el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos sólo se explica bajo una concepción autoritaria de la familia, la cual ya no corresponde a la actual relación paterno-filial, en la que el interés superior del menor es, precisamente, el parámetro de legitimidad para el ejercicio de la potestad por parte de los padres. Todos los integrantes de la familia son titulares de derechos fundamentales inviolables, también, cómo no, los hijos.

Así las cosas, conforme a la actual concepción paritaria de la familia, al ingresar en ésta, la persona no ha de despojarse de los derechos y libertades fundamentales que le son reconocidos y garantizados por la Norma Suprema. Nos situamos, pues, en una visión constitucional de la familia. Es el respeto a la dignidad y personalidad de cada componente familiar lo que constituye un derecho inviolable cuya lesión por parte de otro miembro de la familia, al igual que por parte de un tercero extraño a ella, se convierte en el presupuesto lógico de la responsabilidad civil<sup>14</sup>.

De este modo, el bien jurídico protegido es un derecho constitucional cuya tutela es reconocida *erga omnes* (vgr. dignidad, integridad, intimidad, honor, salud, libertad religiosa, etc.), independientemente de que exista una relación familiar entre los sujetos implicados<sup>15</sup>, pues la defensa de los derechos fundamentales que corresponde a cada individuo no puede ser desconocida sólo porque la lesión o agresión a tales derechos provenga de un sujeto ligado con ella por un vínculo familiar. De acuerdo con ello, el daño no deriva directamente de la mera violación de un deber conyugal (cuyo significado y valor depende del comportamiento tolerante de un cónyuge respecto a determinadas conductas del otro y de la entidad de la infracción, piénsese, por ejemplo, en el

14. Conforme a la Cass. 7.06.2000, n. 7713, «*la lesione dei diritti fondamentali, collocati al vertice della gerarchia dei valori costituzionalmente garantiti è passibile di sanzione risarcitoria, per il solo fatto in sé della lesione indipendentemente dalle eventuali ricadute patrimoniali che la stessa possa comportare. L'art. 2043 c.c. che prevede il risarcimento del danno ingiusto deve essere posto in relazione con gli artt. 2 e ss. della Costituzione che tutelano la persona umana.*».
15. Así lo afirma MIGUELA: «Il risarcimento del danno derivante del c.d. illecito endofamiliare», *cit.*, pág. 49.

deber de fidelidad)<sup>16</sup> o paterno-filial, sino de la gravedad de la conducta, tal de comportar una lesión de un derecho absoluto, fundamental e inherente a la persona (con independencia de su *status* familiar) de rango constitucional, la cual justifica una condena resarcitoria.

En cuanto a la innecesidad de acudir al art. 1902 C.c., dado que los especiales remedios de tutela específicamente previstos por el legislador, civiles (separación, divorcio, privación de la patria potestad, impugnación de paternidad, etc.) y penales (delitos contra los derechos y deberes familiares), ya solventan, adecuadamente, las controversias familiares garantizando la libertad de la persona, ha de decirse que entre ambos sistemas de remedios no existe incompatibilidad alguna<sup>17</sup>, puesto que uno se funda en la vulneración de las reglas del matrimonio o de la relación paterno-filial y el otro en la reparación económica de un daño causado por violación de un derecho fundamental de la persona, daño que los remedios típicos familiares no son capaces de cubrir al no gozar de naturaleza resarcitoria (con la salvedad de la previsión legal en caso de nulidad matrimonial), resultando impune quien, a sabiendas, cometió un daño injusto a otro familiar. La naturaleza, funciones y límites son distintos y, por ello, no son excluyentes. El remedio general resarcitorio del daño endofamiliar es, por consiguiente, autónomo respecto a los propios del Derecho de Familia.

Es evidente, como acabamos de señalar, que los remedios específicos del Derecho de Familia, en ciertos supuestos, son insuficientes para reparar daños ocasionados entre componentes de una misma familia. A título de ejemplo, si el cónyuge económicamente más fuerte sufre una grave agresión a un derecho fundamental por parte del patrimonialmente más débil, quien, incluso, puede ser acreedor de una pensión compensatoria por desequilibrio económico tras la crisis matrimonial, o bien la suspensión de la patria potestad por incumplimiento de deberes paterno-filiales, son supuestos en los cuales se dejan sin reparar determinados perjuicios, lo que permite deducir que tales remedios no tienen por finalidad tutelar a un familiar frente a la conducta ilícita de otro (de ser así, el legislador podía haberlo previsto, como en el caso del cónyuge de mala fe en la nulidad matrimonial), siendo, por consiguiente, posible, dar entrada a la responsabilidad civil aquiliana en el ámbito familiar.

La diversidad de supuestos en los cuales pueden plantearse reclamaciones por daños intrafamiliares y las particularidades propias de cada situación impiden establecer parámetros generales y abstractos para la aplicación de las normas de responsabilidad civil por daño grave y deliberado a los derechos fundamentales de un familiar como consecuencia de la violación de deberes conyugales o paterno-filiales, debiéndose tener en cuenta, en el análisis de cada caso, las concretas circunstancias concurrentes y el merecimiento o no de una tutela resarcitoria, pues, como es natural, es inaceptable acudir indiscriminadamente al remedio indemnizatorio y patrimonializar, en exceso y en modo abusivo, las relaciones familiares.

16. Trib. Milano 4.06.2002, n. 14196, ha excluido que la mera violación del deber de fidelidad pueda tener fines resarcitorios, cuando la conducta no sea caracterizada de particular gravedad y lesividad.

Tal vez habría que diferenciar aquellos deberes que son excluyentes por los cónyuges, como el de fidelidad y convivencia, de aquellos absolutos e inderogables como el de colaboración y asistencia material y moral, que se dirigen a tutelar no ya el *status* de cónyuges, sino los derechos fundamentales de la persona.

17. Tal incompatibilidad parece asomar en las SSTs, 1ª, 22.7.1999 y 30.7.1999 (esta última comentada por RANGEL SÁNCHEZ, en CCJC, núm. 52, 2000, págs. 153-163). En ambos litigios los demandantes reclamaban a sus ex esposas sendas indemnizaciones por los daños patrimoniales y morales que habían padecido por la infidelidad de éstas, de la que había resultado el nacimiento de varios hijos, cuya paternidad les había sido atribuida. Tras prosperar, en ambos pleitos, la impugnación de paternidad, solicitaban (con fundamento en las normas de responsabilidad contractual, en un caso, y extracontractual, en el otro) una indemnización por las cantidades pagadas en concepto de alimentos y por daño moral. El Tribunal Supremo denegó toda indemnización: en la S. de 22 de julio, consideró irrelevante el adulterio a efectos indemnizatorios y adujo la falta de prueba del dolo de la mujer en cuanto a la ocultación de la paternidad biológica de un tercero; y en la de 30 de julio (que, por razones procesales, no entró a examinar la pretensión de restitución de las pensiones alimenticias) afirmó que la única consecuencia jurídica de la infidelidad es su consideración legal como causa de separación matrimonial, pues «lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial obligaría a indemnizar».

En cambio, en Italia, la S. Cass. 19.6.75, n. 2468, establece: «La violazione da parte di un coniuge dell'obbligo di fedeltà, a parte le conseguenze sui rapporti di natura personale, può anche costituire, in concorso di particolari circostanze, fonte di danno patrimoniale per l'altro coniuge, per effetto del discredito derivantegli; trattandosi però di un danno non necessariamente conseguente alla subita infedeltà, né da essa desumibile come potenziale, ma solo possibile nel caso concreto, per la pronuncia di una condanna generica al risarcimento di esso non può ritenersi sufficiente la semplice dimostrazione dell'infedeltà medesima, occorrendo anche la prova delle circostanze che abbiano determinato, nel caso specifico, l'incidenza patrimoniale concreta, o quantomeno potenziale, di quell'illecito».

Nuestros tribunales, conforme a su mayor o menor sensibilidad y apertura hacia la tutela aquiliana de los daños ocasionados en el interior de las relaciones familiares, tienen, pues, la palabra.

## II. LA CUESTIÓN LITIGIOSA ENJUICIADA

### 2.1. Resarcimiento del daño por incumplimiento de deber conyugal de fidelidad

En la Sentencia objeto de la presente glosa nos encontramos con una reclamación de responsabilidad extracontractual, por parte del ex marido, por daños físicos, morales y patrimoniales derivados de la infidelidad de su ex esposa.

Si bien los daños objeto de reclamación se hacen derivar del mero incumplimiento del deber conyugal de fidelidad (cuyo contenido, hoy día, no se reduce a la exclusividad sexual, sino que vendría a ser un deber recíproco de respeto y lealtad<sup>18</sup>) por parte de la que fuera esposa del demandante, a nuestro modo de ver, aquél supone, en realidad, una lesión a derechos fundamentales del ex marido, como su dignidad, honor y salud.

En la Sentencia que nos ocupa, el TS (al igual que las instancias inferiores) no llega siquiera a pronunciarse sobre la operatividad o no de la disciplina resarcitoria en la realidad familiar, puesto que tan sólo aborda la cuestión jurídica consistente en si ha prescrito o no la acción ejercitada por el demandante-recurrente contra su ex esposa, a quien reclama algo más de medio millón de euros por daños morales, físicos y psicológicos, deterioro de su fama, honor, daño patrimonial y enriquecimiento injusto derivados de la infidelidad de la demandada mientras estuvieron casados y de la declaración judicial de que una hija, tenida durante cierto tiempo por matrimonial, no había sido engendrada por el demandante. De todos modos, por lo que puede deducirse del pronunciamiento judicial objeto de comentario al citar algún pronunciamiento que reconocía la posibilidad de daños por culpa extracontractual en el ámbito de las relaciones subsiguientes a una crisis matrimonial (en concreto, la STS de 30 de junio de 2009<sup>19</sup>), la responsabilidad civil aquiliana en el interior de la familia no resulta, por sí misma, excluida.

Pese a que no se entra en el estudio sustantivo de la procedencia o no de la tutela aquiliana de un daño provocado por el incumplimiento de un deber conyugal, alrededor de esta cuestión nos surgen varios interrogantes, que nos limitamos, sucintamente, a formular.

El interés del cónyuge víctima de infidelidad, ¿ha de considerarse prevalente respecto al interés del otro a autodeterminarse libremente y al desarrollo pleno de su personalidad a través de nuevas experiencias afectivas, libertad ésta constitucionalmente garantizada e igualmente digna de tutela? ¿cuál es el más merecedor de tutela?

En caso de que uno de los cónyuges entablase una relación extramatrimonial, ¿resultaría más ofensivo, y, por consiguiente, objeto de una cuantía indemnizatoria mayor, si la persona con la que se es infiel fuera del mismo sexo? La respuesta debe ser, sin duda, negativa, pues la opuesta contravendría frontalmente el principio de igualdad y no discriminación por la orientación sexual<sup>20</sup>.

¿Tendría el ex marido, víctima de la infidelidad, que haber demandado al tercero amante de su ex mujer y padre biológico de la que, hasta el año 2003, consideraba hija suya? Dado que la tutela resarcitoria no se dirige a los daños derivados del incumplimiento de deberes inherentes al

18. Cass. civ. 18.09.1997, n. 9287, que asimila la noción de fidelidad a la de lealtad, la cual impondría «di sacrificare gli interessi e le scelte individuali di ciascun coniuge che si trovino in conflitto con gli impegni e le prospettive della vita comune».

19. (RJ 2009, 5490).

20. Por ello causa sorpresa que el Trib. Brescia 14.10.2006 condenase al marido al resarcimiento del daño no patrimonial, por grave perjuicio a la dignidad y personalidad de su esposa, por el mero hecho de haber mantenido una relación homosexual con otra persona, sin que la mujer hubiera alegado ningún perjuicio sufrido en su esfera personal. En apelación la Sentencia fue cambiada, App. Brescia 5.06.2007, considerándose que la relación de naturaleza homosexual entablada por el marido «no puede ser considerada intrínsecamente grave y tal de reputarse presunta la lesión de integridad personal del otro cónyuge». Incluso, la conducta del hombre podría resultar menos pesada para la mujer, dada la ausencia de una confrontación con otro sujeto de sexo femenino.

*status* familiar sino a la lesión de los derechos fundamentales e inviolables de la persona, la respuesta tendría que ser positiva, pues la lesión de aquéllos también puede provenir de un tercero, responsable civilmente por ello. La cuestión se asemejaría a la tutela aquiliana del crédito, siempre que resultase suficientemente demostrada la intención del tercero de provocar un daño y de haber inducido a un cónyuge a incumplir su deber conyugal de fidelidad coartando absolutamente su libertad (lo que es, realmente, difícil de imaginar), así como acreditados los perjuicios causados.

¿Podría reconocerse la responsabilidad civil del progenitor que, con anterioridad a la determinación judicial de su paternidad, se hubiera, conscientemente, desentendido de la obligación legal de asistencia económica y moral impuesta, con la consiguiente repercusión negativa en el desarrollo de la personalidad del hijo? Parece evidente que quien hubiese afrontado el deber de alimento, cuidado, educación y formación integral del hijo tendría una acción de regreso contra el verdadero progenitor. Por otra parte, si el desinterés del padre biológico hubiese repercutido negativamente en el hijo obstaculizando su derecho al libre y pleno desarrollo de su personalidad, éste podría pretender su resarcimiento, previa la debida acreditación del daño.

## 2.2. Prescripción de la acción: distinción entre daño continuado y daño duradero

La cuestión litigiosa se centra, exclusivamente, en la fijación del inicio del cómputo del plazo anual de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual *ex art.* 1902 CC por daños continuados y en la disconformidad del demandante-recurrente en cuanto que ni el JPI ni la AP hubiesen considerado que aquéllos continuaban produciéndose y agravándose dentro del año anterior a la interposición de la demanda e, incluso, con posterioridad a ésta.

En síntesis, el daño cuya reparación solicita el ex marido comenzó en el año 2001 a consecuencia del procedimiento de separación matrimonial instado por la entonces esposa del recurrente, ya que éste sufrió un síncope cardiogénico del que tuvo que ser intervenido, implantándosele un marcapasos; continuó en el año 2002, cuando al recurrente le informaron de las infidelidades de su esposa y de la posibilidad de no ser el padre de sus hijos, lo que motivó que instase un proceso de impugnación de la filiación cuyo resultado, obtenido en el año 2003, fue el de no ser el padre biológico de la joven de diecinueve años a la que, hasta entonces, había tenido por hija y, por tanto, la pérdida de una hija y el «sufrimiento psíquico o espiritual de ver venirse abajo todos sus proyectos de futuro»; y, conforme a lo alegado por el recurrente, persistió hasta septiembre de 2005, cuando se constató un empeoramiento de su salud, reconociéndosele un grado de discapacidad del 65% y, en 2006, declarándose su incapacidad total para la profesión habitual.

De este modo, el recurrente considera que, hasta 2001, su estado de salud era normal; que hubo dolor y mala fe en la conducta de la demandada y en sus obligaciones matrimoniales, con un ánimo de injuriar al recurrente que trascendió a la sociedad, con su consiguiente desprestigio; y en fin, que si bien el inicio del daño se produjo en el año 2001, sin embargo el cómputo del plazo de prescripción no se inicia, según se desprende de la jurisprudencia sobre daños duraderos citada en el recurso de casación, «hasta la producción del definitivo resultado», que en el caso del demandante-recurrente se debe fijar en el informe médico de septiembre de 2005, en el cual se constata su empeoramiento.

Tanto en primera como en segunda instancia, se consideró prescrita la acción anual, la cual pudo ejercitar bien a partir de la sentencia de separación matrimonial del año 2002, bien a partir de la declaración judicial de no ser padre biológico de la que, hasta entonces, creía hija suya, la cual data de marzo de 2003, pese a la cual hasta noviembre del mismo año realizó transferencias mensuales a la demandada. El actor-recurrente, sin embargo, aporta un informe médico de septiembre de 2005 para, a partir de él, iniciar el cómputo del plazo de prescripción para el ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual *ex art.* 1902 CC.

En efecto, la jurisprudencia sobre daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida declara que el plazo de prescripción no comienza a contar hasta la producción del definitivo resultado, pero siempre que no sea posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida, fraccionamiento o separación que, a la vista de los hechos probados perfectamente delimitados en el tiempo (en concreto, Sentencia de 12 de junio de 2002 de separación matrimonial y Sentencia de 27 de marzo de 2003 de impugnación de la paternidad, las cuales determi-

nan la fecha límite inicial del plazo de prescripción) y de los diferentes conceptos indemnizatorios de la demanda (daños físicos y secuelas psicológicas producidas por la separación matrimonial y daño moral por la pérdida de una hija a consecuencia de la declaración judicial de no ser su padre biológico), es posible hacer en el caso enjuiciado.

El TS considera que el propio argumento del motivo de que la acción de responsabilidad extracontractual no ha prescrito todavía porque los daños siguen y seguirán produciéndose y agravándose a medida que pase el tiempo, lo que equivale a sostener que la acción ejercitada en la demanda no podrá prescribir nunca, revela la inaplicabilidad a este caso de la jurisprudencia sobre los daños continuados, porque se trataría más bien de daños duraderos o permanentes, que son aquellos que se producen en un momento determinado por la conducta del demandado pero persisten a lo largo del tiempo con la posibilidad, incluso, de agravarse por factores ya del todo ajenos a la acción u omisión del demandado.

El Supremo comparte el juicio del tribunal sentenciador de que la acción ejercitada en la demanda en reclamación de una indemnización de daños y perjuicios con base en el art. 1902 CC había prescrito al interponerse ésta, puesto que el demandante-recurrente pretende prolongar el inicio del plazo de prescripción hasta la fecha del informe médico de septiembre de 2005, pero sin rebatir mediante argumento alguno el razonamiento del tribunal sentenciador, confirmado por la Sala, de que dicho informe no viene sino a confirmar el mismo diagnóstico del padecimiento cardíaco del actor-recurrente en el año 2001 que determinó, en ese mismo año, la implantación de un marcapasos, hecho del que cualquier persona con medianos conocimientos puede deducir que la afección cardíaca será de por vida.

Si a todo ello se une que la total confirmación de que el actor-recurrente no era el padre biológico de la referida joven se produjo mediante la notificación de la sentencia de 27 de marzo de 2003 y que la última de las transferencias bancarias de aquél a la demandada tuvo lugar el 3 de noviembre de 2003, necesariamente ha de concluirse que el 15 de noviembre de 2005, fecha de presentación de la demanda, había prescrito la acción para exigir a la demandada indemnización por daños y perjuicios con base en el art. 1902 CC, «pues ni la separación conyugal es en sí misma ilícita, como tampoco lo es que el cónyuge ya separado conviva con otra persona, ni desde luego cabe encuadrar en el concepto de daño continuado, a los efectos jurídicos de que no comience a correr el plazo de prescripción de la acción, el recuerdo más o menos periódico, más o menos intenso u obsesivo, de lo sucedido anteriormente, incluso aunque este recuerdo pueda repercutir en el estado de salud del sujeto, ya que de admitir semejante identificación el inicio del plazo de prescripción se prolongaría indefectiblemente, en todos los casos imaginables, hasta la muerte del propio sujeto, y por ende incluyendo la propia muerte entre los daños imputables al demandado por su conducta en cualquier tiempo pasado» (FJ 5º).

El TS desestima el recurso de casación, confirma la sentencia recurrida e impone las costas al ex marido demandante-recurrente.