



FACULTAD DE DERECHO

DAÑOS CIVILES EN EL MATRIMONIO

Autor: María Artiñano Muñoz.

4º E-1 BL

Derecho Civil

Tutor: Alberto Serrano Molina.

RESUMEN

El presente trabajo versa sobre los daños civiles que se pueden producir como consecuencia de un incumplimiento de los deberes conyugales en el ámbito del matrimonio. Es este caso, vamos a analizar cómo ha ido variando la jurisprudencia en torno a este campo del Derecho. Además, haremos hincapié en la extensión de la responsabilidad civil en el ámbito del matrimonio y la actual situación de los Tribunales en España.

PALABRAS CLAVE

Daños civiles; responsabilidad civil; deberes conyugales; matrimonio; extensión

ABSTRACT

This paper explains how the civil damages affects the marriage. In this case, we are going to analyse how the jurisprudence has changed over the past few years. We are also going to focus this paper in the current situation of the Tribunals in Spain and the civil responsibility in this field.

KEYWORDS

Civil damages; civil responsibility; marriage duties; extension.

ÍNDICE.

Introducción

1. Planteamiento del trabajo.	3
2. Concepto de matrimonio	4
<i>2.1 Efectos del matrimonio.</i>	
3. Perspectiva general de los daños extrapatrimoniales en el matrimonio.	5
<i>3.1 Posturas doctrinales y jurisprudenciales.</i>	<i>8</i>
<i>3.2 Regulación de los daños en el ámbito familiar dentro de nuestro sistema jurídico.</i>	<i>11</i>
<i>3.3 Regulación de los daños en el ámbito familiar en la legislación extranjera.</i>	<i>12</i>
<i>3.4 La Doctrina española.</i>	<i>15</i>
<i>3.5 Argumentos a favor de la extensión del Derecho de Daños al Derecho de Familia.</i>	<i>16</i>
<i>3.6 Argumentos en contra de la aplicación del Derecho de Daños al Derecho de Familia.</i>	<i>16</i>
4. Los deberes conyugales.	20
5. Análisis de los daños civiles en el matrimonio.	23
<i>5.1 Promesa de matrimonio.</i>	<i>24</i>
5.1.1 Obligación de resarcimiento de los daños y perjuicios.	28
<i>5.2 Donaciones.</i>	<i>30</i>
<i>5.3. Daños civiles durante el matrimonio.</i>	<i>30</i>
5.3.1. Daños derivados del incumplimiento de un Derecho Fundamental.	32
5.3.2. Daños derivados por haber incurrido en delito o falta tipificado en el CP.	32
5.3.3. Daños derivados por haber contravenido el art. 1902 CC.	33
<i>5.4 Deber de fidelidad.</i>	<i>36</i>
CONCLUSIÓN.	39
BIBLIOGRAFÍA.	41

INTRODUCCIÓN

“El cambio es la única cosa inmutable”, -Arthur Schopenhauer (1788-1860).

La moral, como todo pensamiento humano, está sujeta a cambios que deben coincidir con el correspondiente contexto histórico, económico, político y social.

En el tema objeto de este trabajo esa idea alcanza un reflejo inmediato. Como han subrayado muchos autores, durante mucho tiempo, ha existido una tendencia a no involucrar la responsabilidad civil en el ámbito del derecho de familia, al considerar que los deberes conyugales eran simples deberes éticos.

Sin embargo, hoy la situación ha cambiado. El tema que ha estado en boca de todos desde siempre, la separación entre Derecho y moral, ya no es problema. Hoy nadie confunde las normas jurídicas con las normas morales. Pero hay numerosas opiniones en torno a los límites de dicha separación.

Nosotros, que nos vamos a centrar en la opinión correspondiente al pensamiento iusnaturalista, vamos a abordar desde este pensamiento una conclusión respecto del objeto de este trabajo.

Y vamos a hacerlo reconociendo, en primer lugar, la libertad inherente de la persona. A tenor de ésta, cualquier consecuencia “injusta” que derive de una decisión propia que haya tomado la persona, no debería originar un resarcimiento por los daños que pudiera ocasionar. Es decir, al tratarse de una decisión derivada del ejercicio de un derecho personalísimo inherente a la persona, los Tribunales no deberían entrar a analizarlos.

Ahora bien, en segundo lugar, y de manera inversa, puede ocurrir que las consecuencias que antes llamábamos “injustas”, deban ser analizadas por los Tribunales, en tanto en cuanto provoquen injusticias que la jurisprudencia deba reconocer.

Nosotros, nos vamos a posicionar a favor de ésta última idea. Entendiendo que los jueces deberán entrar a conocer del caso cuando se haya producido una auténtica injusticia independientemente de la libertad que ostenta la persona.

El objetivo que tiene el Derecho no es otro que regular la convivencia entre las personas y, por tanto, cualquier comportamiento que resulte injusto deberá ser analizado

por la jurisprudencia. Si bien es verdad que éstos deberán entrar a conocer del caso, también es verdad que deberán hacer un estudio pormenorizado de la cuestión y discernir entre lo que es propio del ser humano y los riesgos generales de la vida y las consecuencias que las mismas conllevan.

1. Planteamiento del trabajo.

El presente trabajo versa sobre los daños civiles en el matrimonio, incidiendo particularmente sobre aquellos que derivan del deber de fidelidad.

Para poder empezar a hablar de los mismos, primero deberemos hacer una aproximación al concepto de “matrimonio” y todos sus elementos esenciales, con la finalidad de abordar desde este marco el objeto propio de este trabajo.

Una vez que hayamos hecho esta aproximación vamos a incidir sobre la perspectiva general de los daños extrapatrimoniales en el matrimonio. Dentro de este apartado, veremos las distintas posturas doctrinales y jurisprudenciales al respecto y haremos un recorrido tanto por nuestra legislación como por las extranjeras.

A continuación veremos los deberes conyugales brevemente y procederemos a hacer un análisis de los daños civiles en el matrimonio. En este apartado incidiremos en el momento anterior de la celebración del mismo (promesa de matrimonio) y en el momento posterior entrando a regular y discutir los deberes de respeto y fidelidad.

Por último, ofreceremos una conclusión en la que intentaremos recoger todos los puntos importantes del presente trabajo.

2. CONCEPTO DE MATRIMONIO

Cuando abordamos el concepto de matrimonio, resulta muy significativo acudir al origen etimológico de esta palabra.

Etimológicamente, la palabra “matrimonio” deriva de las palabras “matris” y “munium” que significan, respectivamente, madre y carga o gravamen. Se atribuye a la madre la carga más pesada de la procreación.

Originariamente y durante mucho tiempo, la sociedad ha atribuido el cuidado de los hijos a la madre. Pero como esta postura ha quedado desfasada desde hace algún

tiempo, nos vamos a centrar en la postura que durante estos últimos años se ha ido fraguando.

Según Ulpiano, “el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer que implica una comunidad de existencia”.

2.1 Efectos del matrimonio.

El citado campo de estudio, los efectos del matrimonio, se pueden dividir en dos esferas claramente diferenciadas:

La primera hace referencia a los efectos económicos o patrimoniales que se producen en el matrimonio una vez constituido y que, por ende, tienen su consecuencia más inmediata en los cónyuges mismos. Este campo está delimitado por las normas que los cónyuges al establecer establecieron en las capitulaciones matrimoniales (o que subsidiariamente se hallan contempladas en la Ley). Éstas disposiciones se encuentran en el título III del libro IV del CC, artículos 315 y ss., y que rigen el régimen de bienes que habrá entre ellos, así como su administración, adquisición o disposición.

La segunda, se centra en los efectos personales que todo matrimonio acarrea.

El campo de los efectos personales lo comprenden los deberes y derechos conyugales y se traducen en: deber de fidelidad y de cohabitación, deber de respeto, de ayuda y de socorro mutuo. Estos deberes junto con los elementos esenciales del matrimonio constituyen el núcleo de los que conforma una familia.

Por tanto, de ahora en adelante, nuestro trabajo se centrará única y exclusivamente en el análisis por parte de la doctrina y jurisprudencia sobre si los daños entre cónyuges debieran someterse a las reglas generales de la responsabilidad civil o si por el contrario hubiera alguna excepción mediante la cual determinados ámbitos del Derecho de Familia estuvieran exentos de la aplicación de dicho régimen.

Además, nos centraremos y analizaremos en profundidad todos los deberes conyugales que el CC contempla y observaremos concretamente de manera exhaustiva el deber de fidelidad dentro del matrimonio y sus posibles consecuencias cuando interviene un tercer ajeno al matrimonio.

El punto de partida desde donde vamos a abordar el análisis de la primera cuestión, el matrimonio y sus aspectos esenciales, va a ser nuestro derecho

Constitucional, refiriéndonos especialmente a la Constitución española del 6 de diciembre de 1978.

Esencialmente, en un plano legal, el concepto de matrimonio debería enfocarse desde un punto de vista privado porque es una institución jurídica que tiene su plasmación en un contrato o negocio jurídico donde el consentimiento del mismo se perfecciona por la mera voluntad de los contrayentes. Todo ello acompañado del cumplimiento de ciertos requisitos formales y materiales (capacidad, impedimentos...)

Sin embargo, esta concepción puramente privada del matrimonio se completa con la mayor envergadura que añade a la misma la regulación contenida en el ámbito de nuestro derecho público, especialmente en el ámbito del derecho Constitucional.

Si analizamos la regulación histórica de esta institución, pronto nos damos cuenta de que el matrimonio no ha estado siempre presente en el ámbito del derecho público. Probablemente, esa relación con el ámbito privado ha provocado que la institución del matrimonio haya sido más independiente.

La primera vez que se hace referencia a esta institución dentro de un texto fundamental es en el artículo 43 de la Constitución de 1931 donde se especifica que “*el matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa*”.¹

Más adelante y teniendo en cuenta el constitucionalismo de posguerra y la declaración de derechos internacionales empieza a aparecer en otros textos fundamentales europeos. Varios ejemplos de ello son la Ley Fundamental de Bonn (artículo 6) o la Constitución italiana (artículo 29) en las que el matrimonio aparece como derecho fundamental vinculado al libre desarrollo de la personalidad y a la autonomía de la voluntad en el proceso de formación de la propia vida.

El matrimonio aparece regulado en nuestro artículo 32 CE donde se establece lo siguiente:

¹ RUIZ- NAVARRO, J. L. Y SIEIRA, S., “Sinopsis del artículo 33”, *Constitución española. Página web del Congreso de los Diputados*, 2011, (disponible en <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=33&tipo=2> ; última consulta 12/4/2017).

“1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

2.La Ley regulará las formas de matrimonio, la edad y la capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.”

De la regulación establecida, merece la pena destacar dos aspectos.

El primero se refiere a la posición de este precepto dentro de la Constitución. El artículo 32 se encuadra dentro de la Sección II del Capítulo II. Es verdad que su posición no es tan privilegiada como la de otros derechos fundamentales, porque la protección de la que goza no es la misma que la de los Derechos contenidos en la Sección I del Capítulo II de la CE (susceptibles de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional).

La segunda se refiere a la igualdad a la hora de contraer matrimonio. Sin embargo, con la formulación del artículo 32 CE, el constituyente quiere apartar todo atisbo de separación para así dotar a dicho artículo de una íntegra regulación.

Más allá de ser un principio fundamental de nuestro Ordenamiento Jurídico y una plasmación del derecho a la igualdad entre hombre y mujeres, el artículo 32 CE contiene una reserva material hacia “las formas de matrimonio, la edad y la capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”.

Respecto a las personas que pueden contraer matrimonio, nuestro artículo 32 es muy explícito: “(1) El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. (2) El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.” Nuestro Ordenamiento Jurídico ha sido uno de los primeros en consentir que los efectos del mismo matrimonio se extiendan a todos los contrayentes independientemente del sexo que tengan. Este reconocimiento se operó con la Ley 13/2005 del 1 de julio, dando lugar a una modificación del Código Civil. Así, España es uno de los primero Estados en reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Por tanto, la institución del matrimonio queda regulada de manera básica en nuestra Constitución en el artículo 32. Podemos afirmar que se trata de un negocio jurídico o si

se quiere, de un acuerdo de voluntades, entre dos personas (contrayentes) que no necesariamente tienen que ser de distinto sexo

3. PERSPECTIVA GENERAL DE LOS DAÑOS EXTRA PATRIMONIALES EN EL MATRIMONIO.

3.1 Posturas doctrinales y jurisprudenciales.

Para abordar la cuestión de los daños civiles dentro del matrimonio y posteriormente la cuestión del deber de fidelidad dentro del mismo debemos fijarnos en varios aspectos importantes de los deberes conyugales.

Si nos preguntamos por la cuestión fundamental que se debate en el derecho de daños, pronto se nos viene a la cabeza el aspecto patrimonial del mismo. Y si lo ponemos en consonancia con el derecho de familia, entonces la mezcla resultante es como la del agua y el aceite. Es de sobra conocido, que la institución del matrimonio está inspirada en principios que exceden a cuestiones patrimoniales. Varios ejemplos serían la sacralización del matrimonio o la estructura familiar (jerarquía) que hacen del mismo la inexistencia de cualquier reclamación jurídica.

Uno de los motivos por los cuales, a mi modo de ver, no se ha llevado a cabo un estudio pormenorizado de estos daños dentro del matrimonio es el carácter más distendido o más bien, la relación consanguínea que se da entre los distintos miembros que conforman el matrimonio, si bien es cierto que entre los cónyuges no la hay. Y es que es verdad que en otras ramas del Derecho, como por ejemplo en el Derecho Penal, las relaciones consanguíneas entre personas atenúan la responsabilidad. De la misma manera que ocurre en otras ramas del Derecho, en el Derecho de Familia también ocurre: los lazos de sangre amparan muchas más conductas que el Derecho Patrimonial. Este es el objetivo del presente trabajo; analizar en qué casos son adecuadas las reclamaciones patrimoniales dentro del ámbito matrimonial y en qué casos la institución del matrimonio las ampara.

El derecho de daños reacciona frente a un perjuicio independientemente del ámbito en el que nos encontremos. Por ello, el análisis de los daños dentro de la institución del matrimonio tiene cabida en la medida en que haya un perjuicio dentro de él.

Tomando como punto de partida la afirmación anterior de que en numerosas ocasiones las relaciones consanguíneas atenúan la responsabilidad, podemos decir que “este régimen de inmunidad y privilegio matrimonial tendrían su origen en una costumbre social, en una regla moral que impide que se litigue por hechos cometidos dentro de la familia, pues de no ser así implicaría la desnaturalización de los principios que la constituyen”.²

Sin embargo, esta cuestión ha ido evolucionando con el paso del tiempo debido a las circunstancias económicas, políticas y sociales que nuestra sociedad ha ido sufriendo. Todos estos cambios pueden verse plasmados dentro del artículo 32.1 de nuestra Constitución al afirmar que “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”. Como podemos observar y como antes hemos mencionado, la Constitución ha sufrido cambios y estos cambios se centran principalmente en la igualdad de hombres y mujeres a la hora de contraer matrimonio y por ende estos cambios también se circunscriben a los daños que puedan ocasionarse dentro de la vida familiar.

Si a lo que acabamos de exponer le añadimos la facilidad con la que actualmente las personas tienen la posibilidad de separarse y divorciarse, la institución del matrimonio se debilita en el sentido de que en los principios en los que se arraiga la misma no son tan profundos. Hoy en día, la institución del matrimonio se concibe más como un contrato que como una unión a largo plazo y por esa razón sostenemos que los daños que pueden ocasionarse con motivo del mismo pueden ser reclamados en vía judicial también.

Esta postura se enfrenta con otra que sitúa tanto los deberes conyugales como los daños del matrimonio en una esfera distinta. Hay determinados autores y determinada jurisprudencia que defienden que los deberes conyugales son deberes morales y éticos que no debieran trascender al mundo jurídico. Autores como Sánchez Rebullida explican que fue la Escuela Histórica del Derecho la que dudaba acerca del origen de los deberes conyugales. Es decir, si eran jurídicos o éticos.

² RUIZ-RICO RUIZ, J. M., CASTAÑOS CASTROS, P., “Esquemas de Derecho de Familia, bloque 1: familia, alimentos, matrimonio y crisis matrimoniales”, 2015, (disponible en <http://riuma.uma.es/xmlui/bitstream/handle/10630/10551/ESQUEMAS%20DERECHO%20DE%20FAMILIA%20BLOQUE%201%20FAMILIA%20MATRIMONIO%20Y%20CRISIS%20MATRIMONIALES.pdf?sequence=1>; última consulta: 29/2/2017)

Hay jurisprudencia del año 1959 como esta sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre ³ en la que se afirma con claridad que “los derechos y deberes derivados de la relación conyugal son especialmente recíprocos, porque incumben y corresponden a ambos cónyuges, a quien se estima una situación de paridad, teniendo un carácter marcadamente ético, porque se confía al sentimiento y la conciencia íntima el cumplimiento de tales deberes, y de aquí las consecuencias que las normas reguladoras de esta relación, aun siendo jurídicas por haber sido acogidas en el Código Civil acusan su origen en lo tenue de la sanción que frecuentemente era solo patrimonial, siempre indirecta y un poco eficaz... cuya observancia depende más de la conciencia que del frío precepto legal”.

Desde nuestro punto de vista, teniendo como referencia esta sentencia podemos hacer dos aclaraciones:

La primera, en la misma sentencia aun diciendo que los deberes conyugales tienen un origen “marcadamente ético”, la sentencia sostiene que las normas reguladoras de la relación conyugal han sido acogidas en el Código Civil y, por tanto, el carácter jurídico está implícito en la misma norma. Desde el momento en que unas conductas están amparadas en el Código Civil, es indudable su carácter legal pues todo lo que se encuentra defendido en el marco legal, es oponible frente a los Tribunales.

La segunda aclaración viene fundamentada en la institución del matrimonio como un contrato.

A partir de ésta, podemos señalar que el matrimonio como contrato tiene un objeto que cumplir (deberes conyugales) además de unos derechos. Y, que por consiguiente éstos deben ser defendidos en sede contractual y no extracontractual, pues nos encontramos ante el incumplimiento del objeto contractual. (Artículo 1101 CC).

En conclusión, debemos observar que el origen ético y moral de los deberes conyugales no priva a los mismos de su carácter jurídico y por ende defensa ante los Tribunales. A pesar del origen de estos deberes tan específicos en tanto en cuanto estén recogidos en el marco legal del CC, deben gozar de ambas particularidades: carácter ético y legal. Por todo lo expuesto, el carácter jurídico debería estar fuera de nuestro objeto de discusión.

³ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1959, nº 1959/4883.

3.2 Regulación de los daños en el ámbito familiar dentro de nuestro sistema jurídico.

El ordenamiento jurídico español regula con carácter general las normas de responsabilidad civil en los artículos 1101 y ss del CC (“De la naturaleza y efecto de las obligaciones”) y en el artículo 1902 y ss del CC (“De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia”). La consecuencia de estos dos artículos no es otra que la posible indemnización por daños y perjuicios como consecuencia del daño causado.

Y como argumentábamos antes, para los casos en los que el daño producido entre miembros de una misma familia es real, la aplicación de la normativa de responsabilidad civil es perfectamente aplicable.

Independientemente de lo anteriormente expuesto, creemos razonable citar varios ejemplos acerca de supuestos particulares dentro de la legislación civil.⁴

- i. Artículo 1343 CC, respecto a las cláusulas de revocación de las donaciones efectuadas entre los contrayentes como consecuencia del matrimonio.
- ii. Artículos 1390 y 1391 CC, en lo que respecta a los actos de administración o disposición que realiza uno de los cónyuges bajo el régimen de administración de la sociedad de gananciales produciendo de manera dolosa un daño a la sociedad o en fraude de los derechos de su cónyuge.
- iii. Artículo 152.4 CC, cuando se refiere a una eventual cesación del derecho de alimentos entre cónyuges.

Por otro lado, también podemos hacer referencia al Código Penal y la conclusión a la que llegaremos será la misma. Y es que, si nos situamos en el artículo 109 CP, éste dice que la ejecución de un hecho descrito como delito por Ley obliga a reparar los daños y perjuicios por él causados y el perjudicado puede optar, en cualquier caso, por exigir la responsabilidad civil ante los Tribunales. En ningún momento el texto hace referencia a si el dañante y dañado tienen vínculos familiares por lo que es de aplicación también la responsabilidad civil.

Sin embargo, en los supuestos de delitos más específicos como por ejemplo los delitos contra la integridad moral (art. 173 CP), de la sustracción de menores (art. 225 bis CP) o del cohecho (art. 424 CP), donde se considera relevante la existencia de un

⁴ VARGAS ARAVENA, D., *Daños civiles en el matrimonio*, La Ley, Madrid, 2009, pág.29.

vínculo familiar en el tipo del delito en cuestión para la responsabilidad penal, en lo que a responsabilidad civil se refiere nada se dice sobre ésta por lo que se aplican las normas previstas en los artículos 109 y ss CP.

3.3 Regulación de los daños en el ámbito familiar en la legislación extranjera.

Y, por último, si nos situamos al frente de otras legislaciones de países extranjeros llegaremos a la misma conclusión:

Si observamos las normas pertinentes a la responsabilidad contractual dentro de la legislación chilena, art. 1545 y ss.⁵ (“del efecto de las obligaciones”) o a las normas relativas al matrimonio de los artículos 102 y ss., no encontramos ninguna disposición que derogue o restrinja la aplicación de las normas sobre responsabilidad civil respecto de los daños que puedan ocasionarse los miembros de una familia.

Lo mismo ocurre si miramos la legislación italiana o la legislación francesa. Nada se dice sobre la inaplicación de los preceptos contenidos en los artículos de responsabilidad civil frente a aquellos daños que se puedan derivar entre los miembros de una familia.⁶

En Francia, el debate se sitúa en si los daños y perjuicios por infidelidad matrimonial se deberían exigir ante los Tribunales. Y la situación es que se ha tendido a “privatizar” este deber conyugal y la mayoría de la doctrina francesa se inclina por poder reclamar daños a través del artículo 1382 del Code francés.⁷

Dentro del sistema legislativo francés se podría llegar a pensar que se produce una contradicción respecto dos artículos en los que se habla de responsabilidad y daños y perjuicios. Estos dos artículos son el 1382 mencionado anteriormente y el 266 (ambos del Code, evidentemente).

⁵ BARCIA LEHMANN, R., *¿En qué casos el incumplimiento de deberes del matrimonio genera responsabilidad civil?*, Ius et Praxis, vol.21, no.2, Talca, 2015, (disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122015000200002#n50; última consulta: 1/3/2017).

⁶VARGAS ARAVENA, D., *op. cit.* pág. 45.

⁷ Art. 1382 Código Civil francés: “Cualquier hecho del hombre que cause daño a otro obliga a aquel por cuya culpa sucedió, a repararlo” (traducción de Vargas Aravena, D.)

Según el artículo 1382 del Code, el deber de fidelidad acarrea una responsabilidad por los daños que puedan derivarse del incumplimiento. Es decir, esta responsabilidad se enmarca dentro de los daños que pueda ocasionar un divorcio.

Y según el artículo 266, la responsabilidad que se puede generar solo cabe exigirla como consecuencia de la disolución del matrimonio. Actualmente, además de la culpabilidad del cónyuge, por supuesto, también se exige que las circunstancias sean “particularmente graves”. Antes de la reforma del año 2004, tan solo era necesario que la culpa fuera de uno de los cónyuges, pero actualmente el tipo se ha modificado dando lugar a un nuevo matiz.

Como hemos señalado antes, se podría llegar a pensar que estos dos artículos pudieran ser contradictorios pero la realidad es otra. Es verdad que el artículo 1382 se enmarca dentro de los daños derivados del deber de fidelidad. Y es verdad que el artículo 266 del Code se enmarca dentro de los daños ocasionados como consecuencia de la disolución del matrimonio. Pero estos dos artículos se encuentran en perfecta armonía dado que el 1382 es una norma especial que se puede encuadrar dentro del supuesto de la regla general del 266.

Bénabent nos señala, a este respecto, que⁸ “la responsabilidad aquiliana, que emana del artículo 1382 del Code, exige una imputabilidad coetánea o no a la causal de divorcio y que incluso se aplica respecto del divorcio por culpa recíproca, y por consentimiento mutuo. En cambio, el artículo 266⁹ del Code procede sólo respecto del perjuicio que es consecuencia del divorcio, y naturalmente no comprende la prestación compensatoria, es decir, la compensación económica. En todo caso el sistema francés no ha estado exento de críticas por su dualidad de fuentes en materia de indemnización de perjuicios”.

Sin embargo, en la legislación alemana, el BGB otorga un tratamiento distinto a determinados supuestos de responsabilidad civil dentro del matrimonio.

⁸ BARCIA LEHMANN, R, *op. cit.*, pág. 19-25.

⁹ Art. 266 francés: “Sin perjuicio de la aplicación del art. 270, puede acordarse una indemnización de daños y perjuicios a favor de uno de los cónyuges, en reparación de las consecuencias particularmente graves sufridas por el hecho de la disolución del matrimonio, ya cuando hubiera sufrido una demanda de divorcio por alteración definitiva del vínculo conyugal sin haber formulado a su vez, ninguna demanda de divorcio, o cuando el divorcio se hubiera declarado por culpa exclusiva de su cónyuge. Esta petición sólo podrá formularse con ocasión del divorcio” (traducción de Vargas Aravena, D.)

El ordenamiento jurídico alemán¹⁰ ha instituido normas más especiales en relación con el sistema de responsabilidad civil. En relación a éste, se ha instaurado un deber de diligencia más exclusivo para el ámbito matrimonial (1359§). Este especial deber de diligencia que no es solo matrimonial, sino también parental lleva a que los cónyuges y los padres estén obligados al deber de diligencia en relación a sus asuntos propios, y este deber de diligencia tiene que estar plasmado en las obligaciones que tengan entre sí los miembros de la familia. De esta manera, responden exclusivamente por la infracción de este tipo de comportamiento que está limitado por el dolo y la culpa grave (277§).

Y unido a este aspecto del sistema alemán, éste establece un sistema cerrado, “*numerus clausus*”, de responsabilidad civil, donde solo tienen cabida los ilícitos civiles del parágrafo 823. Lo que este artículo viene a decirnos es que el sistema legislativo alemán rechaza todo tipo de indemnización de daños y perjuicios respecto del Derecho de familia.

Por último, debemos dar unas breves pinceladas sobre el estado de la cuestión en Estados Unidos. La explicación de la cuestión en EE. UU viene de la mano de autores como García Behmann y Rivera Restrepo. Según ellos, en EE. UU, no siempre se ha permitido la indemnización por daños y perjuicios de los deberes conyugales. Todo ello se basaba en la teoría de la inmunidad de las relaciones familiares donde se engloban también las del matrimonio. A partir del año 1910 y de la sentencia “Thomson contra Thomson”, la demandante Jessie Thomson decide demandar a su cónyuge, Charles, por daños y perjuicios por maltrato. Dicha sentencia argumenta que, si es lícito que la mujer demande por fraude en sus bienes, entonces será perfectamente coherente que también se demande por un incumplimiento de los deberes conyugales que violan su integridad.¹¹

Hasta ahora hemos expuesto la situación que hay respecto de la responsabilidad civil en el ámbito matrimonial y familiar y la conclusión a la que hemos llegado (salvo en el caso de Alemania) es muy uniforme; en todos los países hasta ahora citados es perfectamente lícito plantear una demanda por daños y perjuicios en cuanto al incumplimiento de los deberes conyugales. La inmunidad de las relaciones conyugales

¹⁰ VARGAS ARAVENA, D., *Familia y normas de responsabilidad civil*, La Ley, Madrid, 2009, pags. 34-35.

¹¹ BARCÍA LEHMANN, R., *op.cit.* pág. 57.

ha pasado a ser un argumento que han desechado la mayoría de Estados y a nuestro juicio, muy acorde con la realidad actual.

Si se promueve la igualdad de derecho y deberes respecto de ambos cónyuges y ya no solo respecto de ambos cónyuges, sino respecto de todas las personas integren o no un núcleo familiar, el hecho de que existan lazos de sangre entre unos y otros no justifica un tratamiento distinto, y en muchos casos, mucho menos benevolente, ya que el principio de igualdad que está en boca de toda la comunidad internacional se pondría en jaque.

3.4 La Doctrina española.

El estado actual de la cuestión dentro de la Doctrina española es muy similar al anterior punto de vista enfocado.

Hasta hace relativamente poco tiempo, la aplicación del Derecho de Daños al Derecho de Familia no era un tema que interesara en exceso a la jurisprudencia y doctrina española. Sin embargo, según nuestro autor de cabecera Vargas Aravena, “en los últimos años dicha cuestión ha ido adquiriendo importancia en base a determinados pronunciamientos de diversa jurisprudencia”. La respuesta que han dado a todas estas demandas es que no existe obstáculo legal para no aplicar la doctrina general sobre responsabilidad civil en el ámbito matrimonial.

La jurisprudencia se ha pronunciado sobre diversos casos dentro del ámbito familiar como por ejemplo el reconocimiento de hijos de filiación extramatrimonial. Sin embargo, nosotros nos vamos a centrar sobre el estado de la cuestión de la incierta aplicación de la responsabilidad civil al incumplimiento de los deberes conyugales, especialmente, de los daños morales.

Como hemos mencionado antes, existen discrepancias respecto a la extensión de la responsabilidad civil al ámbito matrimonial. Y es que autores como Salvador Coderch¹² y Ruiz García sostienen que no pueden existir reclamaciones de daños y perjuicios respecto el incumplimiento de deberes conyugales manteniendo que solo pueden ser causa de separación y divorcio. Sin embargo, la Ley 15/2005¹³ derogó las

¹² VARGAS ARAVENA, D., *op. cit.*, pág. 38.

¹³ Ley 15/2005 del 8 de julio por la que se modifica el CC y la LEC en materia de separación y divorcio. (BOE 9 de julio).

causas de separación y divorcio por lo que la posición de estos dos autores no tiene fundamento alguno en la actualidad según Vargas Aravena.

En la otra posición se encuentra Lacruz Berdejo¹⁴ que opta por una posición completamente distinta admitiendo la posibilidad de interponer una demanda por daños derivados del incumplimiento, pero con la excepción de que pudiera ser también causa de separación o divorcio. Dicha excepción también queda desfasada ya que se produjo una reforma del Código Civil en el ámbito de separación y divorcio en el año 2005.

Y, por último, se encuentra Ferrer Riba¹⁵ que opta por una posición intermedia en la que, si bien es cierto que para él solo es posible ejercitar acciones de responsabilidad civil frente a las separaciones o divorcios, también es cierto que cuando las acciones que causen el perjuicio son un atentado contra la integridad moral o física de la persona en cuestión (salud, honor, libertad...) sí podrían ser ejercitadas las acciones de responsabilidad civil.

3.5 Argumentos a favor de la extensión del Derecho de Daños al Derecho de Familia.

Como hemos dicho anteriormente, no existe una postura unánime en la doctrina respecto de esta extensión del derecho de daños al derecho de familia.

Los argumentos que nuestra doctrina ofrece son los siguientes:

Para este sector, es decir, para el autor de cabecera de este trabajo al cual seguimos, Vargas Aravena, el hecho de que los Derechos Fundamentales no sean resarcidos en el interior del núcleo familiar pero sí en el exterior es inadmisibles. Los Derechos Fundamentales deben ser resarcidos en los dos ámbitos como veremos posteriormente. García de Leonardo¹⁶ afirma que “las normas específicas del Derecho de Familia no pueden impedir la defensa de los derechos de los que goza un cónyuge como persona”.

Esta posición a favor de la indemnización dentro del derecho de familia dota de cierta estabilidad a la institución del matrimonio.

¹⁴ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil IV*, 3ª Edición, Dykinson, Madrid, 2009, pág. 69.

¹⁵ VARGAS ARAVENA, D., *op. cit.*, pág. 38.

¹⁶ ROMERO COLOMA, A. M., “Incumplimiento en deberes conyugales y derecho a indemnización”, Reus, Madrid, 2011.

Nuestro ordenamiento jurídico no contiene una ley que prohíba la aplicación de dicho derecho al de familia.¹⁷

Las normas que existen en el Derecho de Familia son especiales en el sentido de que puede existir un privilegio conyugal que conlleva en algunas ocasiones a la inmunidad en este campo, pero esta característica no es suficiente para que las normas del Derecho de Daños puedan ser eludidas. Aquí, debemos hacer hincapié en lo que la sentencia de la audiencia Provincial de Ciudad Real del 1 de septiembre de 2001¹⁸, “no puede quedar exonerado por el hecho de que se hayan producido dichos incidentes en el seno familiar, el que desde luego resulta digno de protección en cuanto a cualquier origen del perjuicio”. Es decir, que desde hace unos años el principio de especialidad del Derecho de Familia queda desfasado ya que nuestra jurisprudencia no admite el uso del mismo.

El principio de especialidad en el Derecho de familia consiste en otorgar una inmunidad a las relaciones que se dan entre sus miembros. Como venimos subrayando, la especialidad de las relaciones que se dan entre los miembros que conforman el núcleo familiar se debe a los lazos de sangre en unas ocasiones y la libertad inherente de la persona a tomar la decisión de juntarse con otra sin que nadie se lo haya impuesto.

Éstos argumentos son bastante abiertos por lo que la aplicación del derecho de daños no puede ser íntegra. A continuación, vamos a hacer algunas concreciones sobre éstos:

3.6 Argumentos en contra de la aplicación del Derecho de Daños al Derecho de Familia.

En primer lugar, debemos destacar que, para este sector de la doctrina que defiende una aplicación del Derecho de Daños al Derecho de Familia como Rodríguez Guitián¹⁹, los deberes matrimoniales son deberes éticos y como tales están sometidos a las reglas de la ética y de la moral.

Los deberes dentro del matrimonio no generan un deber jurídico idéntico al del resto de obligaciones del resto del ordenamiento jurídico. Son deberes jurídicos, como

¹⁷ VARGAS ARAVENA, D., *op. cit.*, pág.32.

¹⁸ Audiencia Provincial de Ciudad Real de 1 de septiembre de 2001, nº 199/2001.

¹⁹ RODRIGUEZ GUITIÁN, A., *Familia y Responsabilidad civil*, Instituto internacional de estudios sobre la familia, 2013 (disponible en www.thefamilywatch.org; última consulta: 19/4/2017)

aprecia la jurisprudencia, pero no tienen los mismos efectos que las obligaciones. Son por ello, especiales en cuanto a su contenido y su origen.

El principio de intervención mínima y el de unidad y protección de la familia hacen que la aplicación del Derecho de Daños al ámbito familiar se atenúe. Estos principios hacen que la intervención judicial disminuya y, por ende, el Derecho de Familia sea un campo de “inmunidad”, con la excepción de la violación de los Derechos Fundamentales.²⁰

Como bien dice Rodríguez Guitián, hay que ser muy rigurosos a la hora de admitir una aplicación del Derecho de Daños al Derecho de Familia. La creciente expansión del ámbito de responsabilidad civil está provocando que en numerosas ocasiones los demandantes exijan daños y perjuicios por los daños morales que ocasionan un incumplimiento de los deberes conyugales, como, por ejemplo, el deber de fidelidad. Aunque sobre este tema trataremos en las páginas siguientes.

Una de las razones por las que hay que ser cuidadosos a la hora de proceder a una reparación de los daños morales es que, como señala Diez Picazo²¹, se puede producir una degradación de los daños morales. Si bien es cierto que los daños morales deberían tener la posibilidad de ser resarcidos, también es cierto, desde el punto de vista de Diez Picazo, que no todos los daños morales deberían ser resarcidos incluso cuando sean injustos. Son daños que forman parte del riesgo general de la vida y que, por tanto, no deben imputarse objetivamente al agente del daño.

Otro argumento en contra de la aplicación de este campo al Derecho de Familia es la estabilidad de la institución de la familia aún hoy en nuestros días. Si bien es cierto que la familia como institución está cada día más desarraigada, también es cierto que sigue siendo la institución dentro de nuestra sociedad que goza de más estabilidad y arraigo.²² Por lo que, dadas sus características de especialidad y, sobre todo, de los lazos de sangre que hay entre sus miembros, parte de la doctrina como nuestra autora de cabecera en este punto, cree que una extensión del Derecho de Daños al Derecho de Familia no es conveniente. Para Rodríguez Guitián²³, sería más conveniente modificar las reglas de la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 Código Civil y

²⁰ VARGAS ARAVENA, D., *op. cit.* págs. 20-21.

²¹ Citado por Rodríguez Guitián en “Familia y Responsabilidad civil”.

²² RÓDRIGUEZ GUITIÁN, A., *op. cit.* p.5

²³ RÓDRIGUEZ GUITIÁN, A., *op.cit.* p.3.

establecer que en vez de ser sancionadas las conductas tanto dolosas como negligentes, fueran tan solo sancionadas las dolosas.

De todo lo expuesto hasta ahora podemos diferenciar de manera muy general las dos posiciones que existe al respecto.

La primera, que sostiene que el matrimonio es un campo de inmunidad y que por tanto al que no puede extenderse la responsabilidad civil y la segunda, a la que es de aplicación las normas de responsabilidad.

Hasta aquí son las posiciones predominantes (con algunos matices) de la doctrina en cuanto a la extensión del Derecho de Daños al Derecho de Familia. Pero no podemos concluir esta parte introductoria sin antes hacer referencia a los pronunciamientos del Tribunal Supremo.

La trayectoria de la extensión del Derecho de Daños no siempre ha sido la misma. Ha variado y cada vez más se está abriendo la puerta a una posible incorporación de la responsabilidad civil al Derecho de Familia.

Dos ejemplos son los siguientes:

Por un lado, la clásica sentencia de 22 de julio del año 1999, en las que rechazan una demanda interpuesta por el varón contra su mujer y deniegan toda clase de indemnización por daño y perjuicios al amparo del 1902 CC.

En la primera de ellas, el demandante presenta una reclamación de cantidad por los alimentos dados al hijo que creía que era fruto de su matrimonio con su esposa. En este caso, el Tribunal no aprecia una conducta dolosa en la persona de la demandada que sí que conocía la verdadera paternidad del hijo, y por tanto decide no aplicar el artículo 1902 del Código Civil.

Para esta sentencia, lo decisivo era que la demandada conociera la verdadera paternidad del hijo y se pudiera apreciar, por tanto, una conducta dolosa. Sin embargo, el Tribunal no aprecia el dolo en la conducta de la mujer ya que ésta no conoció la paternidad hasta que instó el procedimiento de impugnación de la filiación.

Para Rodríguez Guitián²⁴, el hecho de que la demandada no hiciera ni siquiera el proceso de preguntarse a sí misma si el hijo que tenía pudiera ser fruto de sus relaciones con el tercero con el que las mantenía era de su cónyuge o de ésta misma persona, demuestra una conducta negligente por su parte. La sentencia exonera de responsabilidad a la mujer en tanto en cuanto no hay una conducta dolosa pero sí que aprecia una exigencia de responsabilidad civil.

Y, por otro lado, la sentencia de 2 de noviembre de 2004 de la Audiencia Provincial de Valencia²⁵, ratificada mediante auto de 10 de junio de 2008, que dio por válida una acción indemnizatoria en base al artículo 1902 CC, por los daños morales ocasionados al demandante debido a la actuación negligente en el ámbito de la procreación de hijos extramatrimoniales y por el comportamiento doloso de los demandados en cuanto a la ocultación de la misma.

Ésta sentencia se considera como punto de partida a la hora de las reclamaciones en torno las ocultamientos de paternidad. En este caso, lo que ocurre es que debido a varias infidelidades conyugales por parte de la esposa, tres de los cuatro hijos, son fruto de relaciones extramatrimoniales. Ambos demandados (la esposa y el tercero) son conscientes de que éstos son fruto de su relación clandestina y aún así los inscriben en el Registro. La Sala acaba apreciando que ésta conducta es una conducta dolosa y por tanto, se les exige una responsabilidad.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Valencia de 5 de septiembre de 2007²⁶, aplicando el mismo criterio que la anterior Sala, aprecia una responsabilidad extracontractual a favor del demandante. Los hechos de este caso son muy parecidos a los anteriores; una infidelidad conyugal por parte de la demandada con la consecuencia de la procreación de un hijo y correspondiente ocultamiento de su paternidad.

Estas dos sentencias son solo claros ejemplos de cómo va avanzando la cuestión, pero hay numerosas sentencias en las que se tratan todos estos temas.

Por último, debemos añadir un dato importante y es que como resolvió la Audiencia Provincial de Ciudad Real el 1 de septiembre de 2001²⁷, “no puede quedar

²⁴ RÓDRIGUEZ GUITIÁN, A., “De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio” (a propósito de la STS de 14 de julio de 2010), Diario La Ley, nº 7582, 2011, p. 13.

²⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de noviembre de 2004 nº 597/2004.

²⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 5 de septiembre de 2007 nº 789/2007.

²⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 1 de septiembre de 2001 nº 199/2001.

exonerado por el hecho de que se hayan producido dichos incidentes en el seno familiar, el que desde luego resulta digno de protección en cuanto a cualquier origen del perjuicio”. Es decir, que, por el hecho de tener lazos de sangre, no se puede exonerar de tener una responsabilidad. En otras palabras, ya no se puede aplicar la teoría de la inmunidad familiar y matrimonial que mencionábamos en párrafos anteriores.

Para terminar, debemos añadir que, aunque a día de hoy existen numerosas discusiones acerca de cómo debería hacerse esta extensión del Derecho de Daños al Derecho de Familia, hay una tendencia clara de no excluir el mismo al último mencionado. Este ámbito del Derecho de Familia sigue en estado de formación.

4. LOS DEBERES CONYUGALES.

Los deberes conyugales en sentido estricto se enmarcan dentro del CC, concretamente en los artículos 68 y ss. “Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo.”

Si tomamos como base el principio de igualdad jurídica contenido en el artículo 66 CC: “Los cónyuges son iguales en derechos y deberes”, podemos observar que éstos tienen su fundamento y por tanto también se justifican en el vínculo de la vida y en ese carácter ético del que gozan. Así, su importancia queda plasmada en el hecho de que antes de emitir el consentimiento matrimonial, éstos deben ser leídos ante los contrayentes.

La naturaleza especial de la institución del matrimonio hace que no podamos considerar a los deberes conyugales como auténticas obligaciones, sino tan solo como meros deberes. Esto es así debido a la combinación de ambas naturalezas: ética y jurídica. Y esto es precisamente lo que hace que la institución del matrimonio tenga diversas posiciones doctrinales a la hora de someterse a una regulación unitaria. Tampoco podemos considerarlos auténticas obligaciones porque al no considerar, desde nuestro punto de vista, que el matrimonio es un verdadero contrato, éste no goza de unas cláusulas que tengan el carácter de obligatorias.

Como decíamos anteriormente, se podría llegar a pensar que, debido al origen marcadamente ético de los deberes conyugales, éstos no tuvieran protección y, por ende, no podría aplicársele ningún tipo de responsabilidad civil. Sin embargo, ya en el artículo 855.1 CC tiene una grave consecuencia y es la desheredación: “Serán justas causas para

desheredar al cónyuge, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 2.º, 3.º, 5.º y 6.º, las siguientes:

- 1.ª Haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales.
- 2.ª Las que dan lugar a la pérdida de la patria potestad, conforme el artículo 170.
- 3.ª Haber negado alimentos a los hijos o al otro cónyuge.
- 4.ª Haber atentado contra la vida del cónyuge testador, si no hubiere mediado reconciliación.”

Este es el primer acercamiento a uno de los efectos que el CC contempla a la hora de un incumplimiento de los deberes conyugales.

Para empezar a hablar de los deberes conyugales vamos a dar unas breves pinceladas sobre las características más básicas de los mismos.

- **Reciprocidad:** es decir, el hombre para la mujer y viceversa. Son deberes que tienen que salvaguardar tanto la integridad física como la moral.
- **Rigen solo para los cónyuges:** Nadie ajeno a los mismo tiene el deber de cumplir éstos deberes.
- **Marcado contenido ético:** Como ya hemos expuesto anteriormente, los deberes conyugales gozan de un origen ético y su contenido también lo es. Sin embargo, como hemos repetido en otros párrafos, ello no quita que no deban gozar de una protección legal. Son protegibles como cualquier otro deber contenido en disposiciones legales.
- **Necesidad:** Los deberes conyugales son el núcleo de la institución del matrimonio y al ser el núcleo de la misma se encuentran recogidos en el Código Civil. Son el contenido esencial y éstos son los que lo hacen diferente del resto de instituciones jurídicas. El contenido ético del matrimonio es lo que hace especial a esta institución. Ningún otro instituto jurídico tiene una base ética tan pronunciada y como hemos reiterado en varias ocasiones a lo largo de este estudio pormenorizado del matrimonio, debe ser protegido con la misma o incluso más rigidez.

Una vez que hemos descrito algunas de las características más importantes de los deberes conyugales, vamos a comenzar a encuadrarlos en las distintas disposiciones legales en las que se hallen.

Los deberes conyugales descritos en el CC son varios, a saber:

- i. Deber de fidelidad.
- ii. Deber de cohabitación o vida en común.
- iii. Deber de mutuo auxilio.
- iv. Deber de respeto.

Además de estos deberes que sí que están especificados en el ordenamiento jurídico, también se pueden dar muchas variantes de los mismos. En el caso del deber de respeto, hay multitud de casos en los que la responsabilidad no solo se debe centrar en uno de los cónyuges, sino que puede ocurrir que, si ha intervenido un tercero, éste último también ostente determinada responsabilidad en base a su comportamiento. En cualquier caso, sobre estas líneas reflexionaremos más adelante para no asociar unos conceptos con otros y poder separarlos para un mayor entendimiento.

5. ANÁLISIS DE LOS DAÑOS CIVILES EN EL MATRIMONIO.

El análisis de los daños civiles en el matrimonio vamos a hacerlo diferenciando las situaciones que derivan de las partes que conforman el eje cronológico que cabe reconocer en el matrimonio

En la primera van a situarse todas aquellas situaciones que se puedan dar antes de la celebración del matrimonio. Aquí, situaríamos a la promesa de matrimonio.

En el segundo compartimento vamos a situar a todas aquellas situaciones que puedan producir un daño a alguno de los cónyuges y a sus posibles consecuencias. Dentro de este apartado haremos referencia a una parte central de nuestro trabajo que analizaremos con más profundidad: el deber de fidelidad. A partir del mismo, podremos desarrollar todas las variantes que el mismo deber conlleva y junto con este análisis podremos mencionar otros deberes que también se pueden incumplir, como el deber de respeto, cohabitación...

Y en el último segmento, mencionaremos los daños que pueden conllevar las uniones de hecho.

5.1 Promesa de matrimonio.

Como paso previo a adentrarnos dentro de las disposiciones del CC y su correspondiente análisis, vamos a partir de la base de un principio existente en nuestro ordenamiento jurídico: principio de libertad nupcial.

En realidad, este principio aparece tácitamente recogido en el artículo 42 CC: “La promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiere estipulado para el supuesto de su no celebración. No se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento.”

Sobre este aspecto debemos hacer un matiz. En palabras del Notario Francisco Rosales²⁸ “No es lo mismo jurídicamente una promesa, como acto unilateral, que una promesa recíproca, que es un acto bilateral, y creo que pocos se centran en este tema, pero considero que las consecuencias de una ruptura unilateral de una declaración de voluntad realizada por una persona, no puede ser tratada jurídicamente igual que una ruptura unilateral de un acuerdo de voluntades entre dos personas”. De hecho, este es el *quid* de la cuestión y lo que nos lleva a dar una definición elaborada de lo que es una promesa de matrimonio.

Originariamente, los esponsales son lo que hoy día es la promesa de matrimonio. El sistema legislativo modificó en el año 1981 este concepto por el de promesa, pero, son lo mismo.

Si realizamos una comparación entre lo que es la promesa de matrimonio y lo que es un contrato, podemos apreciar que la promesa es lo que a los tratos preliminares un contrato. En otras palabras, la promesa de matrimonio es el paso previo a la celebración del mismo y los tratos preliminares el paso previo a la celebración del contrato. Sin embargo, en este punto tenemos que distinguir dos aspectos. El primero va ligado a la “oferta” y el segundo a la perfección del contrato (en los dos ámbitos porque como hemos explicado al principio de este estudio, el matrimonio desde un punto de vista jurídico es un contrato entre dos personas).²⁹

²⁸ ROSALES, F., “La promesa de matrimonio”, 2015 (disponible en: <https://www.notariofranciscorosales.com/la-promesa-de-matrimonio/>; última consulta 23/3/17).

²⁹ VARGAS ARAVENA, D., *op. cit.*, p. 60.

El principio de libertad nupcial³⁰ contenido implícitamente en el artículo 42 CC queda reflejado como bien dice la jurisprudencia en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 19 de abril de 2005³¹, según la cual “la promesa de matrimonio no produce daño moral; la decisión de una de las partes de no contraer matrimonio entra dentro de la esfera de la libertad de cada uno”.

En el caso de la promesa de matrimonio no podríamos hablar de incumplimiento propiamente dicho, sino de ruptura ya que ésta no es un contrato, sino que es un acuerdo entre dos personas de contraer matrimonio en un futuro más o menos cercano.

En cualquier caso, pese a que existe este principio de libertad nupcial, el mismo tiene un límite que aparece en el siguiente artículo. El art. 43 Código Civil afirma que “El incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio hecha por persona mayor de edad o por menor emancipado sólo producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido. Esta acción caducará al año contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio.” Es decir, que la ruptura de la promesa sin causa va a producir unos efectos patrimoniales.

Es en este punto del estudio sobre la promesa de matrimonio donde nos tenemos que hacer la pregunta de si los daños que se aplican a la ruptura de la misma proceden de la teoría general de la responsabilidad civil. Por ejemplo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 3 de mayo de 2005³² se especifica que sí existe “causa suficiente, motivada y legítima, para romper la promesa de matrimonio” ya que una de las partes había sido víctima de una agresión. De esta manera, no sería de aplicación el art. 43 CC.

Respecto a los presupuestos sobre la validez de la promesa de matrimonio, en el artículo 43 se hace referencia claramente a los menores emancipados y nosotros nos hacemos la pregunta de si los menores emancipados pueden celebrar esponsales. La Doctrina no es clara en este aspecto por lo que vamos a exponer las diversas teorías que existen.

³⁰ VARGAS ARAVENA, D., *op. cit.*, p.48.

³¹ Audiencia Provincial de Cantabria de 19 de abril de 2005, nº 140/ 2005.

³² Audiencia Provincial de Ciudad Real de 3 de mayo de 2005, nº 108/2005.

Para García Cantero, “el Juez de Primera Instancia podrá dispensar, con justa causa, la falta de edad para celebrar esponsales a partir de los catorce años, tendiendo tal dispensa, en su caso, la eficacia convalidante que contempla el párrafo 3º del artículo 48”. Es decir, que, si concurre justa causa, el Juez podrá dar por válido un matrimonio celebrado con menores a partir de los catorce años siempre que concurren los requisitos del último párrafo del artículo 48 CC. Así, “La dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes.” Si la nulidad no ha sido instada por ninguna de las partes, entonces, la dispensa que recae sobre los menores contrayentes para celebrar esponsales, se convalida y se da válido.

Por otra parte, se encuentra Badosa Coll³³, que afirma que la capacidad de los contrayentes se debe regir por las reglas generales de las obligaciones contractuales. El art. 43 CC establece que los mayores de edad y los menores emancipados tendrán la obligación de resarcir los daños ocasionados por la ruptura de la promesa matrimonial. Mientras que en el art. 46 CC se habla de que los menores de edad no emancipados y los incapaces no podrán contraer matrimonio. Lo que nosotros entendemos según Badosa Coll, es que no es que exista una contradicción entre ambos artículos, sino que se diferencian ambos regímenes (esponsales y matrimonio) tratando de manera más rígida a este último.

Y, por último, se encuentra Delgado Echevarría³⁴, el cual especifica que las consecuencias para la promesa de matrimonio no pueden ser las mismas que para el matrimonio ni los contratos en general.

El art. 43 no habla sobre los menores no emancipados a la hora de los esponsales. Pero lo que sí que es claro es que no hacer responsable al menor no emancipado que promete matrimonio con el único argumento de la “libertad nupcial” no parece ser el objetivo del legislador español.

Según este autor, si se quiere llegar a una solución justa y proporcionada, se debe valorar la situación del menor no emancipado; es decir, si el menor mismo ha sido abandonado o si es él quien abandona y rompe la promesa de matrimonio. Si el menor ha sido abandonado y la ruptura de la promesa fue “sin causa”, entonces siempre que las

³³ BADOSA COLL, F., “Comentario de los arts. 42 y 43 del Código Civil”, *Amorós Guardiola, vol. I, Tecnos S.A*, Madrid, 1984, pág. 116 y ss.

³⁴ DELGADO ECHEVARRÍA, J., *op. cit.* pág. 55.

circunstancias del menor se den (proximidad a la mayoría de edad o como también se conocen estos: “grandes menores” o la posible y previsible emancipación), existirá una responsabilidad para el menor. Pero si el que desiste sin causa es el menor, ninguna responsabilidad acarreará su ruptura ya que quien iba a contraer matrimonio con esa persona debía tener en cuenta su minoría de edad y sus circunstancias.

Desde mi punto de vista, no creo que extender la responsabilidad en unos casos sí y en otros no deba ser la situación más adecuada y proporcional. Si en ambos casos, cuando el menor abandona y cuando el menor es abandonado, éste tiene plenas facultades y además está próximo a la mayoría de edad, no creo que extender la responsabilidad sólo a los casos de abandono a su propia persona sea la opción más justa y equilibrada. Si se tiene plena capacidad para contraer esponsales, también se tiene que tener plena capacidad a la hora de soportar las consecuencias de un abandono injusto. De hecho, si se es maduro para los efectos favorables de la promesa en términos de resarcimiento de daños y perjuicios en el caso de ruptura de la misma, también se debe ser maduro para el caso del incumplimiento por parte del menor no emancipado, pero con plenas facultades y consciente de sí mismo.

Otro elemento a debatir sobre la promesa de matrimonio es la validez de la celebración de esponsales. Según la normativa anterior, era necesario que la promesa se hiciera bajo documento público o privado como presupuesto de validez de la misma. Actualmente y como consecuencia de la reforma de la Ley 15/2005 de 8 de julio, solo es necesario que la promesa sea cierta. De esta manera, es una promesa que se perfecciona por el mero consentimiento. Este carácter consensual de la promesa de matrimonio se puede ver reflejado en la prueba de la misma a través de los comportamientos sociales admitidos. Esto es, el regalo de los anillos, los preparativos de la boda, etc... Es decir, que las simples demostraciones de afectividad que no quedan latentes en ninguna parte, salvo en las conciencias de los contrayentes no bastan para acreditar que ha habido una ruptura de la promesa de matrimonio. Como bien dice Díez-Picazo³⁵, “el objetivo que se pretende con los requisitos previstos por el legislador es que la promesa de matrimonio genera una razonable y objetiva confianza en la relación de éste.”

³⁵ DÍEZ PICAZO, L., *op. cit.*, pág. 87.

5.1.1 Obligación de resarcimiento de los daños y perjuicios.

Una vez que se han llegado a cumplir los presupuestos de existencia y validez de la promesa cierta de matrimonio y una vez que se ha roto la misma, podemos pasar a hablar de su resarcimiento.

Respecto a la extensión de la responsabilidad del Derecho de Daños, nosotros entendemos que no es de aplicación la misma a los supuestos de celebración de esponsales.

Gran parte de la Doctrina entiende que la promesa de matrimonio constituye un contrato. El motivo es muy simple ya que existen dos voluntades que residen en la esencia de la promesa recíproca de contraer matrimonio. Por tanto, como contrato debe estar sujeto a los Principios Generales del Derecho del ordenamiento jurídico español. Este “contrato”, según esta parte de la Doctrina, tiene una “obligatoriedad meramente hipotética” por lo que no es imposible negarle la calificación de contrato a pesar de que no produzca los mismos efectos. Focalizándonos en la parte de la responsabilidad, éstos niegan el carácter de responsabilidad civil extracontractual en tanto en cuanto nuestro ordenamiento jurídico no especifica que ésta se ilícita en el momento en que no se cumpla. El art. 44 del Código Civil tan solo constituye una excepción a este principio general de libertad nupcial de la celebración de esponsales que trae consigo la particularidad del resarcimiento de los gastos (no daños morales en ningún caso) cuando la promesa de matrimonio se rompe sin “justa causa”.

La otra parte de la Doctrina sostiene la posición contraria. Nosotros vamos a partir del punto de vista de Díez- Picazo y Gullón Ballesteros, el cual argumenta que la promesa de matrimonio no puede constituir un contrato en la medida en que no existe una cláusula de obligatoriedad por la que sea indiscutible y obligatoria la celebración del matrimonio. Sostiene, como argumentaba la otra parte de la Doctrina, que no constituye un hecho ilícito el hecho de negarse a cumplir los esponsales en base a la libertad nupcial que ofrece nuestro CC, pues en palabras de la Jurisprudencia “podría attentar contra la libertad de conciencia”. El Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1999, nos dice que no cabe "introducir reproches culpabilísticos en la libre decisión de no contraer matrimonio pese a la promesa", señalando dicha sentencia que el daño moral causado por la frustración del proyecto matrimonial no es indemnizable bajo ninguna cobertura legal, ni tampoco los estados depresivos que pudieran derivarse del

mismo.” Pero sí que se da una excepción, como también habíamos adelantado en el párrafo anterior, ya que el art. 44 nos dice que cuando concurra justa causa, la otra parte deberá resarcir los gastos derivados de la promesa nupcial.

Cierto es que no toda la Doctrina piensa de la misma manera, o si se quiere, piensa de la misma manera, pero con matices. Nosotros nos vamos a centrar en esta última posición por la que la promesa de matrimonio no es un contrato y por tanto no le es de aplicación la Teoría General del Derecho de Daños. La obligatoriedad del resarcimiento de estos gastos derivados de la promesa de matrimonio se ciñe única y exclusivamente a unos daños patrimoniales que nada tienen que ver con unos daños morales ocasionados con motivo de ésta.

Respecto a la limitación de la extensión de la obligación de resarcimiento de los gastos derivados de la promesa nupcial, debemos establecer que los citados efectos patrimoniales a los que llevamos haciendo referencia en párrafos anteriores, se deben interpretar de manera restrictiva.

En base a la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 2 de noviembre de 2004³⁶, tenemos que añadir que, respecto de los gastos hechos en consideración a la promesa de matrimonio, éstos se tienen que encontrar “en inmediata y directa relación con el matrimonio proyectado”. Según la sentencia de la Audiencia Provincial de 14 de diciembre de 2005³⁷, sí que cabría calificar como gastos aquellos “hechos para trasladarse al lugar en donde había de celebrarse”, también cabría considerar los gastos reclamados por “paga y señal del banquete”.

En cuanto a otros daños, la sentencia anterior sí que se pronuncia sobre éstos. En palabras de la misma: “no cabe incluir el lucro cesante por la ganancia dejada de obtener por los alquileres que se perdieron en la vivienda de la actora donde iban a vivir, ni tampoco cabe atender a la reclamación sobre las obras a realizar en la vivienda, que quedarán en beneficio de la misma, incrementando su valor en venta o arrendamiento, y de las que el demandado no tendrá ningún enriquecimiento, ni supondrán empobrecimiento alguno para la demandada, ni le supone daño patrimonial”. Así, las ganancias que se pudieran haber obtenido con posterioridad a la celebración de la boda no tendrán cabida en este resarcimiento de gastos derivados del art. 43 CC.

³⁶ Audiencia Provincial de Alicante de 2 de noviembre de 2004, nº 123/2004.

³⁷ Audiencia Provincial de Málaga de 14 de diciembre de 2005, nº 123/2005.

Y respecto al daño moral, la Audiencia Provincial de Toledo de 3 de abril de 2000³⁸, también se pronuncia indicando que “no es gasto ni es obligación potencial, no obedece a un empobrecimiento asumido por el destinatario de la promesa en consideración al matrimonio prometido. Indemnizar el daño moral equivale a dar validez jurídica a la promesa de matrimonio como esponsales de futuro, sustituyendo la obligación de hacer por la de dar, en contra de lo dispuesto en el art. 42 del Código Civil”.

5.2 Donaciones.

En el caso de las donaciones que tienen como causa el matrimonio, éstas están contempladas en el art. 1336 CC: “Son donaciones por razón de matrimonio las que cualquier persona hace, antes de celebrarse, en consideración al mismo y en favor de uno o de los dos esposos.” En el caso de que éstas se realicen, pero la promesa de matrimonio se rompa posteriormente al acto de las mismas, tendremos que diferenciar varios supuestos que análogamente podemos aplicar en base a otros artículos del CC.

Si son donaciones realizadas entre los prometidos, nuestra doctrina establece que, si se trata de los bienes donados por parte del prometido que finalmente se retracta de la promesa, el esposo donatario podrá hacer suyos los bienes donados por la otra parte. Todo ello viene por la aplicación análoga de los artículos 1306.2, 1119 y 1343 del CC.

Respecto a los daños que quedan fuera del amparo del art. 43 CC y que no pueden ser indemnizados por esta vía, un sector de la doctrina establece que sí que deberían ser indemnizables vía art. 1902 de responsabilidad extracontractual. Sin embargo, tiene que cumplir el requisito de la culpa. Ésta culpa no tiene que tener el origen en la promesa sin causa, sino que tiene que tener el origen en la causación de un daño entre los promitentes. Asimismo, para que estos daños que escapan del art. 43 CC sean indemnizados, tienen que cumplir los requisitos de la responsabilidad extracontractual del 1902 CC.

5.3. Daños civiles durante el matrimonio.

En este apartado, vamos a hacer referencia a los posibles daños que pueden surgir como consecuencia del incumplimiento de los deberes conyugales y como

³⁸ Audiencia Provincial de Toledo de 3 de abril de 2000, nº 49/ 2000.

consecuencia de situaciones adversas dentro del matrimonio. Si hacemos una interpretación extensiva de lo que son los deberes conyugales, llegamos a la conclusión de que hay muchas más conductas que no pertenecen en sentido estricto a los mismo pero que sí que son subsumibles dentro de estos. También puede ocurrir que haya algún deber conyugal que pueda ser subsumido dentro de otra categoría. Un ejemplo de ello sería del deber de respeto y el deber de fidelidad.

Desde mi punto de vista, el deber de fidelidad se puede englobar dentro del deber de respeto y viceversa. Son categorías muy amplias en las que, a mi juicio, el legislador da carta blanca al resto para que podamos interpretarlo según nuestro criterio. Siempre que este criterio sea justo y proporcionado.

Partiendo de esta base, nos vamos a adentrar en esta nueva etapa y vamos a hacer referencia a varios deberes conyugales: el deber de cohabitación, el deber de socorro y, por último, el deber de fidelidad. En esta última parte vamos a centrarnos más puesto que lo vamos a poner en consonancia con el deber de respeto del art. 67.

No vamos a hacer referencia de manera directa al deber de cohabitación y al deber de socorro, sino que, como adelantábamos antes, como desde nuestro punto de vista se pueden englobar en el deber de respeto, vamos a subsumirlos en este mismo.

Los daños civiles que se pueden producir durante la vigencia del matrimonio, son resarcibles en la medida en que causen un perjuicio a cualquiera de los dos cónyuges. Sin embargo, estos daños pueden tener multitud de orígenes: la violación de algún Derecho Fundamental, algún hecho constitutivo de delito o falta, el incumplimiento de deberes conyugales o como decíamos en párrafos anteriores: situaciones que derivan del incumplimiento de algún deber como es el deber de respeto. Sin embargo, una cosa es clara, todos causan un perjuicio a los contrayentes. Si bien es cierto que el origen no es el mismo y las consecuencias, numerosas veces tampoco son las mismas.

En el caso de la violación de los Derechos Fundamentales o de algún hecho que sea considerado delito o falta, la desvinculación sólo se hace de los daños que el incumplimiento de los deberes conyugales causa. En sí, el hecho constitutivo de delito puede derivar de un incumplimiento de algún deber conyugal, pero tiene otra vía de resarcimiento.

5.3.1. Daños derivados del incumplimiento de un Derecho Fundamental.

Puede ocurrir que, como consecuencia de un incumplimiento de los deberes conyugales, también se pueda llegar a violar un Derecho Fundamental. Es posible que el incumplimiento pueda derivar en una violación al Derecho a la integridad física y psíquica del cónyuge, a la salud del mismo, a su honor e intimidad, etc.

Si nos basamos en las opiniones de autores como Ferrer Riba o Rodríguez Guitián, sí que es posible el recurso a las normas de responsabilidad civil cuando el daño tiene un origen en una violación de un Derecho Fundamental. Si bien es cierto que estos autores no son partidarios de realizar una extensión del Derecho de Daños al Derecho de Familia cuando se trata de incumplimiento de deberes conyugales, cuando los hechos están tipificados en el CP, la respuesta es otra.

En palabras de la autora Rodríguez Guitián³⁹, para que puedan ser de aplicación las normas de responsabilidad civil, debemos estar delante de un incumplimiento conyugal “intrínsecamente grave y reiterado” y además debemos de estar frente a un comportamiento “doloso” por parte del otro cónyuge.

Sin embargo, para Ferrer Riba, el argumento jurídico para afirmar la aplicación de las normas generales de responsabilidad civil al incumplimiento de DD. FF como consecuencia de otro incumplimiento de los deberes conyugales es otro; el carácter ético de los mismos.

5.3.2. Daños derivados por haber incurrido en delito o falta tipificado en el CP.

Cómo explicábamos en el supuesto anterior de incumplimiento de deberes conyugales y eventual violación de Derechos Fundamentales, es interesante basarnos en las posturas de Ferrer Riba y Rodríguez Guitián ya que ambos son partidarios de no hacer una extensión del Derecho de Daños al Derecho de Familia en estos dos supuestos (Derechos Fundamentales y delitos o faltas) pero en cambio desestiman su aplicación en cuanto a incumplimiento de los deberes conyugales.

En este caso, cómo hemos adelantado en el párrafo anterior, ambos son proclives a su aplicación en tanto en cuanto el hecho es constitutivo de delito o falta en el CP. Estas conductas que tienen como origen un incumplimiento de un deber conyugal es ilícito penal que por mucho que tengan un origen que como regla general para estos

³⁹ RÓDRIGUEZ GUITIÁN, A., *op. cit.* pág. 4.

autores no sea resarcible, constituyen tipos penales que, como tales, deben ser objeto de responsabilidad. A tenor del art. 1092 CC, “Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal”.

5.3.3. Daños derivados por haber contravenido el art. 1902 CC.

Como todos sabemos, el art. 1902 del Código Civil (“el que por acción y omisión causa daños a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”) sobre la responsabilidad extracontractual.

Como señalábamos en la introducción y en el planteamiento general de este trabajo, parte de la doctrina se encuentra a favor de un resarcimiento de los daños ocasionados como consecuencia de un incumplimiento de los deberes conyugales. Sin embargo, otra parte de la doctrina aboga por una irresarcibilidad de daños como consecuencia de los deberes conyugales.

Si nos fijamos en las sentencias de la Audiencia Provincia de Valencia de 2 de noviembre de 2004 y 5 de septiembre de 2007 la jurisprudencia de la Audiencia provincial de Valencia optan por la posición de aquellos que afirman que el incumplimiento de los deberes conyugales no tiene por qué ser resarcido con las normas de la Teoría General del Derecho de Daños. La sentencia resuelve conforme a las normas del art. 1902 del Código Civil no haciendo referencia en ningún caso al incumplimiento de deberes conyugales, sino que parte de la base de que los daños causados son una violación del art. 1902 CC. En ningún caso forman parte del incumplimiento de los deberes conyugales. Es más, conforme a nuestra interpretación, se podría llegar a pensar que lo que el Juez estipula es más bien una contravención del Principio General del Derecho “alterum non laedere”.⁴⁰

En el inicio de nuestro estudio, aclarábamos que existía Jurisprudencia que se posicionaba a favor de una extensión del Derecho de Daños al Derecho de Familia pero que había otro sector que no compartía esta opinión. Nosotros, desde el principio dimos argumentos suficientes para hacer posible esta extensión y nuestro estudio pormenorizado sobre la cuestión y el estudio de diversa Jurisprudencia nos llevó a situarnos a favor de dicha extensión.

⁴⁰ VARGAS ARAVENA, D., *op. cit.* pág.91.

Partiendo de la base de que nosotros seguimos una corriente del Derecho, pero sabiendo que hay discrepancias al respecto, vamos a continuar esta parte de nuestro trabajo explicando por qué creemos justo y proporcional la aplicación de la Teoría Aquiliana de la responsabilidad civil. Quien más destaca como precursor de dicha teoría es Lacruz cuando expone sólidamente que “el deber de fidelidad, como el de convivencia, son obligaciones jurídicas, el obligado no puede faltar a ellas sin quedar sujeto al resarcimiento de los daños que cause (...) Se trata de deberes concretos impuestos por una norma.”

Si vamos un poco más allá y nos centramos en la cuestión de si los daños matrimoniales son indemnizables vía art. 1902 Código Civil o vía art. 1101 Código Civil, podemos observar que la Jurisprudencia no es del todo unánime a la hora de establecer un criterio fijo.

Según el Tribunal Supremo, “la culpa extracontractual se diferencia de la contractual en que aquélla presupone un daño con independencia de cualquier relación jurídica procedente entre las partes, salvo el deber genérico, común a todos los hombres, del «alterum non laedere»; la segunda presupone una relación preexistente - generalmente un contrato, y de ahí su calificativo de contractual- entre el responsable y la víctima del daño; es preciso recalcar, aclarando la expuesta distinción, que la culpa contractual puede ir precedida de una relación jurídica que no sea un contrato sino de otra clase, como la comunidad de bienes o una relación de derecho público similar a un contrato de derecho privado, siendo de tener en cuenta que, como ha observado la sentencia de esta Sala de 3 octubre 1968, aunque no haya obligación derivada de contrato, si hay otra relación jurídica que concede un medio específico para el resarcimiento, ello excluye la aplicación del art. 1902 del Código. Civil., pues la regla general es la aplicación preferente de los preceptos acerca de la responsabilidad contractual: existiendo obligación derivada de contrato o de relación precedente análoga no hay que acudir a los arts. 1902 y 1903, que rigen las obligaciones que nacen de culpa o negligencia sin existir pacto contravenido; corroborando este criterio las sentencias de 1 febrero 1910 y 12 mayo 1969), al declarar que los arts. 1902 y siguientes son inaplicables cuando se trata de hacer efectiva la culpa derivada de contrato”. Esta es también la opinión de Lacruz⁴¹, el cual, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo,

⁴¹ LACRUZ BERDEJO, J.L., *op. cit.* pág. 149.

afirma que independientemente de la relación jurídica anterior, sea o no contrato, es perfectamente lícito aplicar la teoría de la responsabilidad civil contractual.

Sin embargo, nos encontramos con que, a raíz de dicha sentencia, si se cumplen los requisitos para reclamar los daños por ambos artículos, un mismo daño puede ser resarcido conforme a dos artículos.

Nada dice la Jurisprudencia acerca del concurso de normas. El sistema alemán, en cambio, sí que se pronuncia al respecto estableciendo un sistema de aplicación del concurso de normas. De esta manera, el afectado presenta su pretensión ante el Juez y éste mismo basando su veredicto en el principio “iura novit curia”, aplica las normas que estima pertinentes. Así, se produce un concurso de normas de una única pretensión.⁴²

Sin embargo, en España, se trata de dos alternativas independientes la una de la otra y se puede optar entre una u otra acción.

Según la doctrina civil, para que se pueda llevar a cabo una indemnización del daño, es preciso que el hecho considerado como ilícito sea “grave o reiterado” como consecuencia de una acción u omisión de los deberes conyugales.

En relación al daño resarcible, debemos tener en cuenta los elementos clave a la hora de que se pueda producir este efecto. El daño tiene que tener varias características entre las cuales se encuentran: ilicitud, antijuricidad e imputabilidad. Pero indudablemente, lo que tiene que ocurrir para que este daño sea resarcible es que se pueda probar la existencia del mismo.⁴³

También, debemos tener en cuenta que para que un daño sea resarcible en el ámbito matrimonial, debe tratarse de un daño que pueda acreditarse como grave y no como nimio o simple molestia. El hecho de que este daño tenga que ser más justificado, se debe a que como todos sabemos, el ambiente matrimonial está sujeto a más disputas. Los cónyuges, al tener un mayor grado de interrelación personal y mayor gravedad de conflictos, están expuestos a un mayor número de alteraciones o, si se quiere, daños.

Y, por último, se debe dar un nexo de causalidad entre el daño producido y el incumplimiento.

⁴² VARGAS ARAVENA, D., *op. cit.* pág. 78.

⁴³ VARGAS ARAVENA, D., *op. cit.* págs .107 y ss.

Una vez expuesta la doctrina general y la doctrina por la que nosotros estamos exponiendo el presente trabajo, vamos a dar paso al incumplimiento de un deber conyugal del que llevamos haciendo referencia gran parte de nuestro estudio: el deber de fidelidad.

5.4 Deber de fidelidad.

Desde mi punto de vista, el hecho de que el CC sí que regule el deber de fidelidad como deber conyugal en su art. 68 pero no ofrezca una definición, me parece muy acertado. Vivimos en una sociedad cambiante y que está expuesta a numerosos cambios. Es verdad que sería más fácil para el mundo del Derecho que estuviera definido y que siempre que se diera un caso, pudiéramos acudir a su definición en el CC y por lo menos, tendríamos una referencia en nuestro O.J. Pero la realidad es que no la tenemos y que si queremos establecer una definición debemos interpretar nuestra propia definición a la luz de la Jurisprudencia.

Yendo más allá, creo que dejar a cada pareja que interprete lo que es para ella la fidelidad es más real y más adecuado. Cada caso es un mundo distinto y tiene unas circunstancias particulares que no siempre pueden aunarse en una misma definición.

Los artículos 67 y 68 del CC, hablan del deber de respeto en general y del deber de fidelidad.

Nosotros vamos a intentar dar una definición del concepto de fidelidad. En sentido estricto, podemos considerar este deber como aquel a guardarse absoluta lealtad. El deber a ser honesto con la pareja.

Según Lacruz⁴⁴, el deber de fidelidad obliga a los cónyuges a observar una conducta socialmente inequívoca y abstenerse de cualquier tipo de relaciones que creen situaciones comprometedoras o lesivas para la dignidad del otro cónyuge de acuerdo con el artículo 10 de la Constitución.

Por un lado, en sentido positivo, podemos decir que este deber de fidelidad se plasma en la honestidad y lealtad hacia el cónyuge y viceversa.

Por otro lado, en sentido negativo, podemos especificar que todos los comportamientos que dificulten o pongan trabas, como, por ejemplo, la cercanía a

⁴⁴ LACRUZ BERDEJO, J.L., *op. cit.* pág. 378.

determinadas personas ajenas al matrimonio o la vida conyugal que sobrepasen una calificación de mera amistad, sean consideradas como comportamientos infieles.

Tenemos que excluir del campo de fidelidad matrimonial todas aquellas relaciones que uno de los cónyuges guarde con un profesional o un tercero como consecuencia del ejercicio de su actividad profesional y se desarrolle de manera normal.

En cualquier caso, no tendrán la consideración de infieles todas aquellas conductas que se realicen con la aprobación o el conocimiento del otro cónyuge.

De esta manera, aquellas situaciones que puedan afectar al equilibrio de la vida conyugal y su estabilidad, deben tacharse de infieles.

En palabras de nuestro Tribunal Supremo, “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.”

Si bien es cierto que esta STS data del año 1999 y el contenido debería ser revisado pues los tiempos han cambiado, y más aún, la regulación en el ámbito de Derecho de Familia aún más, también lo es que hay determinados aspectos de dicha STS que son clave a la hora de interpretar de manera válida, justa, proporcional y sobre todo actual este concepto. Por poner un ejemplo respecto a las modificaciones que han sufrido determinados preceptos, ya no se tipifica como delito el adulterio como se encontraba tipificado en la legislación anterior (nota al pie).

Con la reforma del año 2005, se eliminó el deber de fidelidad de las causas de separación matrimonial y actualmente tan solo queda regulado en el artículo 68 CC. Como resaltábamos antes, el hecho de que cada vez esté menos regulado se debe, principalmente, a la desregulación que están sufriendo algunos conceptos dentro del

O.J. Es decir, existen determinados conceptos dentro del nuestro O.J que ya no tienen la calificación de deberes jurídicos dentro del mismo. Desde hace años, la llegada de la Constitución de 1978 y la no exigencia de determinados comportamientos que bien pueden considerarse más íntimos y personales, ha hecho que nuestro legislador deje al arbitrio de las personas la consideración de deberes éticos y morales algunos comportamientos. Desde el punto de vista de la autonomía de la voluntad y teniendo como criterio la libertad del individuo, éstas conductas son más acordes a la libertad de la persona y, por ende, nuestro O.J no debería entrar a regular las mismas.

Es verdad que la STS es anterior a la reforma, pero el carácter básico del deber de fidelidad es el mismo; se trata de un deber, que no una obligación, cuya característica nuclear es el reproche ético-social.

Si analizamos diversa jurisprudencia en torno al deber de fidelidad, lo que seguro que sacamos en claro es la modificación que ha sufrido dicho deber. De estar tipificado en el CP como delito de adulterio con su correspondiente sanción a estar completamente despenalizado y con una vaga regulación dentro del CC en el art. 67.

Actualmente, no se pueden reclamar daños y perjuicios por un incumplimiento de este deber ya que al tener ese carácter ético-social y al no tener una específica regulación dentro de nuestro O.J, éstos no pueden considerarse como auténticas obligaciones. De hecho, desde nuestro punto de vista, no podemos reclamar en vía contractual ningún deber conyugal al no considerarse auténtica obligación.

Actualmente, debido a todos los cambios que está sufriendo nuestra sociedad y sobre todo, tomando conciencia en numerosos casos de que los daños que se producen como consecuencia de estos incumplimientos provocan graves secuelas a nivel psicológico, es preciso traer a colación la opinión de algunos abogados que consideran que este tipo de daños deberían poder ser reclamados en sede civil.

Es evidente que todas las rupturas son dolorosas y que provocan algunas secuelas en nuestra autoestima y personalidad. Nos estamos refiriendo a aquellos casos en los que el engaño es especialmente grave ya que ha subsistido durante años y el otro cónyuge ve frustradas todas sus expectativas de futuro. En estos casos, ¿sería una idea descabellada exigir daños y perjuicios por comportamientos de ésta índole y que hayan dejado graves secuelas?

Se está extendiendo cada vez más la idea de que la interposición de una acción por daños y perjuicios en base a este incumplimiento del deber de fidelidad cuando las consecuencias son tan graves no es tan descabellada. Y no es tan descabellada porque desde hace algún tiempo, como hemos mencionado en párrafos anteriores, los Tribunales están dando por válidas las acciones que los demandantes interponen como consecuencia de daños morales o secuelas psicológicas que les causan determinados incumplimientos de los deberes conyugales (sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de noviembre de 2004).

Otro ejemplo de cómo va avanzando la cuestión lo podemos encontrar en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de enero de 2007 ⁴⁵en la cual, como consecuencia del incumplimiento del deber de fidelidad, el demandante descubre que la hija que tiene con su pareja es fruto de una relación extramatrimonial. En este caso, lo que se recrimina es la conducta de la demandada al no haber actuado diligentemente en la averiguación de la paternidad de la niña ya que durante la temporada de la concepción de la misma ya mantenía relaciones con otra persona.

Como podemos observar, todas las sentencias que hasta ahora hemos citado en ningún caso hacen referencia a un incumplimiento del deber de fidelidad. En otras palabras, el deber de fidelidad se incumple, pero no debe ser resarcido pues se trata de un deber de carácter ético y moral. Sin embargo, los daños morales que se producen como consecuencia de la ruptura de este deber conyugal, en algunos casos, son tan excesivos que los jueces ya abogan por un resarcimiento de los mismos. El origen, en muchos casos, es un incumplimiento del deber de fidelidad y como tal no debe ser resarcido ya que como hemos dicho en otras ocasiones, al no tratarse desde el punto de vista de la jurisprudencia de un deber jurídico, no puede exigirse por la vía judicial. Pero sus consecuencias, sus daños, sí que deben serlo.

CONCLUSIÓN.

A modo de conclusión, podemos destacar varios puntos importantes:

El primero de todos es en relación con la institución del matrimonio y sus obligaciones y deberes.

⁴⁵ Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de enero de 2007, nº 4/2007.

No podemos negar que el matrimonio como tal es una institución cuyo origen es especial y por tanto, sus normas también lo son. Son normas cuyo origen es ético y moral y como tales, son más sensibles y subjetivas a la hora de poder someterse a una regulación en nuestro ordenamiento jurídico.

Si bien es cierto que las normas del matrimonio están recogidas dentro de nuestra legislación y que por tanto son jurídicas, también es cierto que las mismas adolecen de una inmensa carga ética y subjetiva cuya interpretación se encuentra a merced de nuestra jurisprudencia y doctrina. Aquí es donde entran los jueces y tribunales. Es el punto donde éstos tienen que discernir, que no es tarea fácil, entre las normas que son jurídicas y las normas que son morales y éticas. Se trata de una línea muy fina que tiene que ser interpretada por nuestro sistema jurídico.

El segundo punto trata sobre la evolución que ha experimentado nuestro tema a tratar: el resarcimiento de los daños en el matrimonio. Cómo hemos podido observar, hasta el año 2000, no era muy común que nuestros Tribunales aplicaran el Derecho de Daños a los supuestos de infidelidad conyugal. Sin embargo, a raíz de diversas sentencias que hemos mencionado, éstos empiezan a aplicar en algunos casos la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 cuando las conductas de los demandados revierten un contenido doloso o negligente en algunos casos.

Nosotros entendemos que el cambio que se está llevando a cabo dentro de nuestro sistema jurídico es positivo y de alguna manera, a pesar de la lentitud con la que se ha llevado a cabo, se trata de un cambio profundo que sigue avanzando hacia unas posiciones más comprensivas en tanto en cuanto se producen verdadero daños en la persona afectada. Entendemos que no puede quedar impune un comportamiento que si bien es verdad, tiene un origen que se encuentra en la libertad de decisión de la propia persona, también es verdad que las consecuencias que se pueden derivar de ese comportamiento pueden ser injustas y poco éticas para la otra persona.

De esta manera, dependiendo de la gravedad del daño que se cause a una persona dentro del ámbito del matrimonio o la familia, se pueden llegar a resarcir (con mucha más facilidad que antes) los diversos daños morales que se le causen a la misma.

Por último, podemos afirmar que el derecho de Daños sí que puede ser aplicable al Derecho de Familia cuando las circunstancias lo requieran. No son compartimentos estancos, sino que se comunican y esa relación es la que hace que nuestro ordenamiento pueda desarrollarse y continuar con la misión que tiene el Derecho: ayudar a construir una sociedad más justa.

BIBLIOGRAFÍA.

1. LEGISLACIÓN.

- Constitución española de 6 de diciembre de 1979: artículo 10, 31, 32 y 33.
- Constitución española de 9 de diciembre de 1931: artículo 31.
- Código Civil: artículos 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 1901, 1902.
- Código Penal: artículos: 109 y ss., 173, 225 bis, 424.
- Ley 15/2005 de 8 de julio por la que se modifica el Código Civil y la LEC en materia de separación y divorcio (BOE 9 de julio).
- Code francés de 21 de marzo de 1804: artículos 266 y 1382.

2. JURISPRUDENCIA.

- STS de 4 de diciembre de 1959, nº 4883/1959.
- STS de 22 de julio de 1999, nº 1999/489.
- SAP de Toledo de 3 de abril de 2000, nº 49/2000.
- SAP de Ciudad Real de 1 de septiembre de 2001, nº 199/2001.
- SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004, nº 597/2004.
- SAP de Alicante de 2 de noviembre de 2004, nº 123/2004.
- SAP de Cantabria de 19 de abril de 2005, nº 140/ 2005.
- SAP de Ciudad Real de 3 de mayo de 2005, nº 108/2005.
- SAP de Málaga de 14 de diciembre de 2005, nº 123/2005.
- SAP de Barcelona de 16 de enero de 2007, nº 4/2007.
- SAP de Valencia de 5 de septiembre de 2007, nº 789/2007.

3. OBRAS DOCTRINALES.

- RUIZ- NAVARRO, J. L. Y SIEIRA, S., “Sinopsis del artículo 33”, *Constitución española. Página web del Congreso de los Diputados*, 2011, (disponible en <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=33&tipo=2> ; última consulta 12/4/2017).
- RUIZ-RICO RUIZ, J. M., CASTAÑOS CASTROS, P., “Esquemas de Derecho de Familia, bloque 1: familia, alimentos, matrimonio y crisis matrimoniales”, 2015,(disponible en <http://riuma.uma.es/xmlui/bitstream/handle/10630/10551/ESQUEMAS%20DERECHO%20DE%20FAMILIA%20BLOQUE%201%20FAMILIA%20MATRIMONIO%20Y%20CRISIS%20MATRIMONIALES.pdf?sequence=1>; última consulta: 29/2/2017).
- VARGAS ARAVENA, D., *Daños civiles en el matrimonio*, La Ley, Madrid, 2009, páginas 15-90.
- BARCIA LEHMANN, R., *¿En qué casos el incumplimiento de deberes del matrimonio genera responsabilidad civil?*, Ius et Praxis, vol.21, no.2, Talca, 2015, (disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122015000200002#n50; última consulta: 1/3/2017).
- VARGAS ARAVENA, D., *Familia y normas de responsabilidad civil*, La Ley, Madrid, 2009, págs. 34-35.
- RODRIGUEZ GUTIÁN, A., *Familia y Responsabilidad civil*, Instituto internacional de estudios sobre la familia, 2013 (disponible en www.thefamilywatch.org; última consulta: 19/4/2017).
- ROSALES, F., “La promesa de matrimonio”, 2015 (disponible en: <https://www.notariofranciscorosales.com/la-promesa-de-matrimonio/>; última consulta 23/3/17).
- LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil IV*, 3ª Edición, Dykinson, Madrid, 2009, pág. 69.
- ROMERO COLOMA, A. M., “Incumplimiento en deberes conyugales y derecho a indemnización”, Reus, Madrid, 2011.

- RÓDRÍGUEZ GUTIÁN, A., “De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio” (a propósito de la STS de 14 de julio de 2010), Diario La Ley, nº 7582, 2011, p. 13.

