



Roj: **STS 5489/1999** - ECLI: **ES:TS:1999:5489**

Id Cendoj: **28079110011999101667**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/07/1999**

Nº de Recurso: **190/1995**

Nº de Resolución: **701/1999**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **ALFONSO BARCALA TRILLO-FIGUEROA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Julio de mil novecientos noventa y nueve.

VISTO por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación, por la Sección Décima de la Iltma. Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de juicio ordinario declarativo de menor cuantía, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número VEINTIUNO de dicha capital, sobre reclamación de cantidad, cuyo recurso fue interpuesto por DON Marcelino , representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Elena Aresti Alfaro, posteriormente sustituida por su compañera Doña María Concepción Delgado Azqueta, en el que es recurrida DOÑA Rosario , representada por la Procuradora de los Tribunales Doña María Jesús González Díez.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia número Veintiuno de Madrid, fueron vistos los autos de menor cuantía número 889/91, promovidos a instancias de Don Marcelino , contra Doña Rosario , sobre reclamación de cantidad.

Por la representación de la parte actora se formuló demanda, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado lo que sigue: "... y tras los procesales oportunos, se sirva dictar sentencia por la que estimando la presente demanda condene a la demandada al pago a mi representado de veintidós millones doscientas mil pesetas (22.200.000.- ptas.), en base a los siguientes conceptos: Como consecuencia del daño patrimonial sufrido por el esposo al mantener dos hijos fruto de las relaciones extramatrimoniales entre Doña Rosario y Don Juan Miguel , la cantidad de veinticinco mil pesetas (25.000.- ptas.) por hijo y por mes, hasta el momento de la separación de hecho, lo que asciende a dos millones ciento cincuenta mil pesetas (2.150.000.- ptas.).- Se condene también a la devolución de las cantidades abonadas en concepto de pensión por Don Marcelino y que asciende a cincuenta mil pesetas (50.000.- ptas.).- En concepto de daño moral, se abone a mi representado la cantidad de diez millones de pesetas (10.000.000.- ptas.) por cada uno de los hijos.- Así como también declare nulo el convenio regulador suscrito con fecha 17 de Febrero de 1.983 y se proceda a una nueva liquidación de la sociedad de conyugal, (sic), y en el caso y supuesto de que la misma no pudiera practicarse por haber vendido la demandada los bienes adjudicados, se compense la diferencia entre lo adjudicado en la liquidación que se solicita la nulidad, con la realmente procedente, en metálico".

Admitida a trámite la demanda, por la representación de la parte demandada se contestó a la misma, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, alegando la excepción perentoria contemplada en el artículo 1.968 del Código civil, en relación con el 1.902 del mismo cuerpo legal, para terminar suplicando al Juzgado lo que sigue: "... y previo los trámites legales oportunos, se dicte sentencia, desestimando íntegramente las pretensiones solicitadas en la demanda de adverso, tanto las reclamadas en concepto de pago de pensiones, por ser cosa juzgada, como la de que se anule el convenio regulador y la liquidación de sociedad de gananciales, por estar ajustadas a Derecho, declarando haber lugar a la excepción



perentoria planteada de prescripción de la acción para reclamar daños y perjuicios pro haber transcurrido más de un año desde que se conoció el hecho, que teóricamente da origen a esta reclamación.- Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandante por su temeridad y mala fé".

Por el Juzgado se dictó sentencia en fecha 5 de Octubre de 1.992, cuyo fallo es como sigue: "FALLO.- Estimo parcialmente la demanda formulada por el Procurador Don Jacinto Gómez Simon en nombre y representación de Don Marcelino , contra Doña Rosario , representada por el Procurador Doña María Jesús González Diez, sobre reclamación de cantidad de daños morales y patrimoniales, petición de nulidad del convenio regulador y nueva liquidación de la sociedad conyugal, y condeno a la referida demandada a que abone al actor en concepto de daños morales la cantidad total de 10.000.000.- de pesetas, absolviendo a la demandada del resto de las peticiones formuladas contra ella por el actor".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación, que fué admitido, y sustanciada la alzada, la Sección Décima de la Iltma. Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia en fecha 28 de Noviembre de 1.994, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS.- Que estimando el recurso de apelación interpuesto por Doña Rosario , representada por la Procuradora Sra. González Diez y asistida por la Letrada Doña Consuelo Abril González, contra la sentencia dictada por el Iltmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 21 de Madrid, con fecha 5 de Octubre de 1.992, recaída en los autos a que el presente rollo se contrae, debemos revocar y revocamos la referida resolución, dictando en su lugar la siguiente: Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por Don Marcelino , representado por el Procurador Sr. Gómez Simon y asistido por la Letrada Doña Laura López Lorenzo, debemos absolver y absolvemos a la demandada de todos los pedimentos de la demanda, sin expresa imposición de las costas causadas en ambas instancias".

TERCERO.- Por la Procuradora d43 los Tribunales Doña Elena Aresti Alfaro, posteriormente sustituida por su compañera Sra. Delgado Azqueta, en nombre y representación de Don Marcelino , se formalizó recurso de casación que fundó en el siguiente motivo

Unico.- "Fundado en el artículo 1.692-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate, concretamente los artículos 67 y 68 del Código Civil, en relación con el 1.101 del Código Civil".

CUARTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado de instrucción, por la Procuradora Sra. González Diez, en nombre y representación de la parte recurrida, se presentó escrito impugnando el mismo.

QUINTO.- Habiéndose solicitado celebración de vista pública, se señaló para la celebración de la misma, el día QUINCE de JULIO, a las 10,30 horas, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. ALFONSO BARCALA Y TRILLO-FIGUEROA

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don Marcelino promovió juicio declarativo de menor cuantía contra Doña Rosario , sobre reclamación de 22.200.000.- pesetas en concepto de daños morales y patrimoniales, nulidad del Convenio regulador y nueva liquidación de la sociedad conyugal existente entre ellos, cuyas pretensiones tenían como antecedentes fácticos, los siguientes: - Don Marcelino y Doña Rosario contrajeron matrimonio civil y canónico en Madrid, el día 8 de Mayo de 1.974 -, - Durante el matrimonio nacieron dos hijos en 1.977 y 1.981 e inscritos con los nombres de Luis Angel y Eva -, - En 8 de Febrero de 1.983, los esposos suscribieron un convenio regulador, protocolizado notarialmente, procediendo así a una separación de cuerpos y bienes, quedando los hijos bajo la guarda y custodia de la madre, con las obligaciones del padre respecto a las cargas matrimoniales -, - En 1.984, Doña Rosario demandó a Don Marcelino , impugnando su paternidad respecto a los hijos mencionados, en cuyo procedimiento recayó sentencia en 18 de Marzo de 1.986, en la que se declaró que Don Juan Miguel era el padre de los niños Luis Angel y Eva , habidos con Doña Rosario de relaciones extramatrimoniales, con los derechos y obligaciones inherentes a dicha relación paterno-filial, debiendo hacerse en el Registro Civil correspondiente las oportunas rectificaciones e inscripciones - y - En 1.986 se instó por Doña Rosario demanda contra Don Marcelino sobre disolución del matrimonio por divorcio, y por sentencia de 15 de Febrero de 1.988 se estimó la demanda, así como la reconvenición, decretándose la disolución, por divorcio, del matrimonio, y se acordó no conceder pensión compensatoria por desequilibrio económico a favor de Don Marcelino , sentencia que fué confirmada por la dictada en 6 de Mayo de 1.989 -. Las referidas pretensiones fueron resueltas por el Juzgado de Primera Instancia número Veintiuno de Madrid, en sentencia de 5 de Octubre de 1.992, por lo que, con estimación parcial de la demanda, se condenó a Doña Rosario a abonar a Don Marcelino , en concepto de daños morales, la cantidad total de diez millones de pesetas, absolviéndole del resto de las peticiones formuladas contra ella, siendo revocada por la dictada, en



28 de Noviembre de 1.994, por la Sección Décima de la Iltma. Audiencia Provincial de Madrid, en el sentido de desestimar íntegramente la demanda interpuesta por Don Marcelino , y es esta sentencia la recurrida en casación por el expresado Don Marcelino .

SEGUNDO.- En el recurso de casación se formula un único motivo amparado en el ordinal 4º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el que se denuncian, como infringidos, concretamente, los artículos 67 y 68 del Código Civil, en relación con el 1.101, y se viene a argumentar, en síntesis, cuanto sigue: - La Sala considera que si el legislador hubiese querido sancionar jurídicamente la infracción del deber de fidelidad conyugal, no sólo con la separación y el divorcio sino también con un específico resarcimiento del daño moral irrogado por la infidelidad, hubiese de alguna forma recogido tal posibilidad entre los efectos propios del divorcio o de la separación, para añadir que no sólo no lo ha hecho así sino que ha procurado en lo posible "descausalizar" tanto la separación como el divorcio -, - La infidelidad no se regula tan sólo como causa de separación en el artículo 82.1 del Código Civil, sino que también se regula en el artículo 68, estableciéndose que los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Es decir, el legislador ha elevado a la categoría de derecho positivo, el criterio moral y social de la fidelidad y al que se refiere la sentencia en el sentido de que la conducta de la demanda-apelante (sic) merece el reproche ético y social, y es además la infracción del deber establecido en nuestro Código Civil en su artículo 68 -, - Doña Rosario ha incumplido sus deberes como cónyuge a que le obliga el artículo 68, siendo infiel a su esposo. Y esa es una obligación contractual, que tiene su origen en el contrato de matrimonio y que ella viene obligada a cumplir. Si no lo cumple, con independencia de otras consecuencias, está incurso en causa de separación porque así además lo ha querido el legislador en su artículo 82.1 Si sólo hubiera querido que la infidelidad fuera causa de separación, no lo habría incluido en el artículo 68, sino tan sólo en el artículo 82 -, - El hecho de que el adulterio y amancebamiento hayan sido desprovistos de su tipificación penal no implica que la conducta tipificada en ellos, no produzca ya daños morales -, - El recurrente, no sólo ha vivido en engaño permanente, sino que el resultado final del propio engaño ha sido la pérdida de los hijos, ya que los que consideraba como tales no lo eran, así como un sufrimiento psíquico o espiritual de ver venirse abajo todos sus proyectos de futuro. La propia parte contraria lo sabe, pero no sólo le pareció poco el daño causado, sino que le dió publicidad en el diario El País, circunstancia ésta que incrementa el daño causado -, - El recurrente, ha estado contribuyendo a las cargas del matrimonio que impone el artículo 110 del Código Civil al padre, y el 39.3 de la Constitución, cuando realmente no lo era, cuando era un tercero el padre y gracias al engaño de la esposa, el verdadero padre se ha visto eximido del deber de alimentar a sus hijos, habiéndolo hecho mi representado porque creía que los hijos eran suyos. Es decir, ha habido dolo en la conducta de la esposa - y - Todos estos conceptos se reclaman como consecuencia de que ha habido un incumplimiento contractual, con dolo y mala fe por parte de la esposa, de sus obligaciones matrimoniales, y este incumplimiento tiene sus consecuencias legales, con independencia de que una de ellas sea la de estar incurso en causa de separación -.

TERCERO.- Indudablemente, el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil, son merecedores de un innegable reproche ético-social, reproche que, tal vez, se acentúe más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación substantiva 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 comprenderles 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 1.101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar.

CUARTO.- Las precedentes consideraciones, unidas a las formuladas en la sentencia recurrida - que la Sala hace suyas - son suficientes de por sí en orden a concluir que el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro, no es susceptible de reparación económica alguna, lo cual, origina la imposibilidad de atribuir al Tribunal "a quo" haber infringido, en el aspecto estudiado, los artículos 67 y 68 del Código Civil, en relación con el 1.101 del mismo, y esto así, y dado lo dispuesto en el ritual artículo 1.715.3, resulta procedente declarar no haber lugar al recursos de casación interpuesto por Don Marcelino , con imposición de las costas causadas.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

## FALLAMOS

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Doña Elena Aresti Alfaro, en nombre ya representación de Don Marcelino ,



contra la sentencia de fecha veintiocho de Noviembre de mil novecientos noventa y cuatro, que dictó la Sección Décima de la Iltma. Audiencia Provincial de Madrid, y condenar, como condenamos, a dicha parte recurrente al pago de las costas de este recurso. Y líbrese a le mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con remisión de los autos y rollo de apelación recibidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- R. GARCIA VARELA.- L. MARTINEZ-CALCERRADA Y GOMEZ.- A. BARCALA Y TRILLO-FIGUEROA.- RUBRICADOS.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ