



Roj: **SAP CA 1289/2012 - ECLI:ES:APCA:2012:1289**

Id Cendoj: **11012370052012100336**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cádiz**

Sección: **5**

Fecha: **21/09/2012**

Nº de Recurso: **375/2012**

Nº de Resolución: **441/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAMON ROMERO NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## AUDIENCIA PROVINCIAL DE CADIZ

### SECCION 5ª

**Presidente: Don Carlos Ercilla Labarta**

**Magistrados: Doña Rosa María Fernández Nuñez y Don Ramón Romero Navarro**

Juzgado de Primera Instancia núm 2 de Rota

Asunto núm 421/2011

Rollo de apelación núm **375/2012**

### **S E N T E N C I A** Nº **441/2012**

En Cádiz a veintiuno de septiembre de dos mil doce.-

Visto por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, integrada por los Magistrados del margen, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia referenciado, cuyo recurso fue interpuesto por Oscar defendida por el letrado Sr. Don Valentin Aguilar Villuendas y representado por la Procuradora Doña Ana María Gutierrez de la Hoz y en el que es parte recurrida Margarita defendido por el letrado Sr. Doña Carmen Raposo Ramirez y representada por la Procuradora Doña Inmaculada Gonzalez Domínguez.

Ha sido ponente el lltmo. Sr. Magistrado *D. Ramón Romero Navarro*, que expresa el parecer de esta Sala y en base a los siguientes

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Que por el Sr. Juez de Primera Instancia núm 2 de Rota con fecha catorce de marzo de dos mil doce dictó sentencia en los presentes autos, cuyo Fallo es del siguiente tenor literal: " Que debiendo DESESTIMAR ÍNTEGRAMENTE como DESESTIMO la demanda interpuesta por Oscar contra Santiago , debo ABSOLVER y ABSUELVO a esta última de todas las pretensiones efectuadas en su contra; todo ello con la expresa condena en costas del actor."

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia, por la representación de la parte apelante se preparó, en tiempo y forma, recurso de apelación por entender lesiva para sus intereses la resolución de instancia. Admitido que lo fue en ambos efectos, y formalizado alegando los motivos de disenso con la sentencia, se dio traslado del escrito de formalización a la parte contraria por plazo de diez días a fin de que pudieran oponerse al recurso o impugnar la resolución. Transcurrido dicho término se elevaron a esta Audiencia los autos originales con los escritos presentados.-

**TERCERO.-** Elevados los autos a esta Audiencia y turnados de ponencia se acordó la celebración de vista en esta segunda instancia, se señaló día para la vista oral citándose a las partes. El día señalado concurrieron



los letrados de las partes los que informaron en apoyo de sus respectivas pretensiones quedando los autos conclusos para dictar resolución en el término legal.-

**CUARTO.-** Que en la tramitación del presente recurso se han observado las formalidades legales.-

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se ha citado por ambas partes la Sentencia de la Sección Segunda de esta Audiencia de fecha 3 de abril de 2008, dictada a propósito de un supuesto sustancialmente idéntico al presente en la que, certeramente y ello se comparte por la parte apelante en su demanda al citarla ( "...establece los elementos a tener en cuenta para determinar la responsabilidad en estos casos..." ) se viene a configurar dicho supuesto como un supuesto de responsabilidad extracontractual.

Así señala que " *Se ha dicho, no sin razón, que la indudable incoercibilidad de los deberes conyugales provoca que no puedan ser considerados como deberes jurídicos. Pero que ello sea así, es decir, que ciertamente no pueda reclamarse y conseguirse su cumplimiento forzoso, no significa que la violación de los mismos no pueda generar responsabilidad. De hecho en nuestra legislación procesal se regula con cierta exhaustividad la posibilidad de sancionar el incumplimiento de obligaciones personalísimas no coercibles directamente ( art. 709 Ley de Enjuiciamiento Civil ), sanción que se resuelve finalmente con la indemnización de los daños y perjuicios, que es la opción que aquí se mantiene para las obligaciones derivadas del matrimonio. Por otra parte no puede dejar de reconocerse que el consentimiento sobre la asunción de tales deberes no es intrascendente para el Ordenamiento en tanto en cuanto siguen vigentes las normas sobre error o simulación como causas de invalidez del matrimonio ( art. 73.1º del Código Civil ).*

También se ha mantenido que el Derecho de Familia es un sistema cerrado y completo, es decir, capaz y autosuficiente para resolver los conflictos que se produjeran en su seno a través de sus propias normas. Siendo ello así existiría una suerte de concurso entre las normas establecidas en los arts. 1902 y en el antiguo art. 82, a resolver por la especialidad del primero. Pues bien, al margen de que el último precepto en la versión que amparaba esa tesis ha sido derogado, se trata de normas que tienen un fundamento y una finalidad diversa. En un caso se trata de resolver la crisis matrimonial mediante la suspensión o extinción del vínculo matrimonial y en el otro de reparar el daño causado a uno de los cónyuges.

Tampoco parece que el establecimiento de algún género de responsabilidad por el incumplimiento de los deberes matrimoniales suponga una restricción inadmisibles al ejercicio de la facultad de divorciarse. No ya, que también, porque en la misma situación estarían las instituciones enderezadas a resolver la crisis matrimonial, señaladamente, el establecimiento de una pensión compensatoria o la atribución del hogar conyugal al cónyuge no propietario, y nunca se las ha considerado legalmente como tales, sino porque, como ha quedado dicho, se trata de incidir sobre supuestos de hecho diversos.

En definitiva no se trata de dar cobertura a un supuesto derecho a ser amado en exclusividad que la realidad muestra con tozudez que nunca existiría, sino de dar contenido jurídico al matrimonio y de sancionar las conductas antijurídicas que se den en su seno. Es claro, por lo demás, que tal responsabilidad debe quedar sujeta a las normas que la rigen, es decir, pasa por la prueba cumplida de un ilícito civil de cierta trascendencia, de la imprescindible constatación de la presencia de un daño económico y/o moral que deba ser resarcido, del nexo de causalidad adecuado entre el ilícito y el daño y de la culpa o dolo del cónyuge infractor. Todo ello se acomoda, según nuestro punto de vista, a la realidad sociológica de la institución. Disponemos en la actualidad de diversas estructuras jurídicas que dan cobertura y regulación a diferentes de modelos de convivencia en pareja y es evidente que nuestra sociedad acepta y ampara todos y cada uno de ellos, siendo así que cada pareja puede adaptar su modelo de convivencia a la institución más acorde a sus necesidades, deseos e inquietudes. En este sentido quien contrae matrimonio adquiere la legítima expectativa a que su cónyuge lleve a efecto los compromisos que adquirió al prestar su consentimiento y debe tener derecho a obtener una indemnización si el incumplimiento cualificado de aquellos le ha causado un daño. Ello debería legitimar las acciones indemnizatorias que entable cualquiera de los cónyuges por la infidelidad del otro si acredita que con ello se le ha causado un daño moral o económico apreciable, fuera del padecimiento psicológico ordinario que sigue a cualquier ruptura de pareja. Y ello aunque tal posición pudiera generar una inflación de pleitos en tal sentido, que consideramos que no es argumento de peso mientras esté vigente el art. 1902 del Código Civil " .

Como antes decíamos, la parte actora cita en apoyo de su tesis la sentencia dicha en los fundamentos de derecho de su demanda, para fundar la reclamación que efectúa por diferentes conceptos, pero todos con el mismo denominador común: la infidelidad conyugal y el ocultamiento de que el hijo no era del actor. Por lo que ahora, en sede de apelación, no puede alterar su demanda sosteniendo que no nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual sino precisamente de lo contrario, de un incumplimiento contractual, desarrollando en su recurso la tesis contractualista del matrimonio para sobre la misma intentar



la revocación de la sentencia sobre la base de un incumplimiento contractual, la institución del cobro de lo indebido, enriquecimiento injusto, abuso de derecho y fraude de ley alterando los fundamentos de la pretensión en su día sostenida lo que está prohibido por el artículo 456 de la Lec que delimita el ámbito de la apelación " con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia " lo que no es sino corolario del viejo principio "pendente appellatione nihil innovetur"

**SEGUNDO.-** Delimitado que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual, resta determinar si efectivamente se ha producido la prescripción de la acción para reclamar por los distintos conceptos que expone en su demanda..A este respecto si es necesario traer a colación la sentencia de I TS de 14 de julio de 2010 que señala que " *En cambio sí es pertinente al caso examinado el criterio seguido por la sentencia de 28 de octubre de 2009 (LA LEY 200559/2009) (rec. 170/05) distinguiendo entre el daño continuado y el daño duradero o permanente, que es aquel que se produce en un momento determinado por la conducta del demandado pero persiste a lo largo del tiempo con la posibilidad, incluso, de agravarse por factores ya del todo ajenos a la acción u omisión del demandado. En este caso de daño duradero o permanente el plazo de prescripción comenzará a correr "desde que lo supo el agraviado", como dispone el art. 1968-2º CC , es decir desde que tuvo cabal conocimiento del mismo y pudo medir su transcendencia mediante un pronóstico razonable, porque de otro modo se daría la hipótesis de absoluta imprescriptibilidad de la acción hasta la muerte del perjudicado, en el caso de daños personales, o la total pérdida de la cosa, en caso de daños materiales, vulnerándose así la seguridad jurídica garantizada por el artículo 9.3 de la Constitución y fundamento, a su vez, de la prescripción.*

*Que ésta, y no la de daños continuados, es la verdadera naturaleza de aquellos cuya reparación se pidió en la demanda interpuesta por el hoy recurrente ( STS 14 de julio de 2010 ).En efecto si nos remitimos a los conceptos empleados en la reclamación, la sentencia que estimó la impugnación de la paternidad matrimonial fue confirmada el 10-09-2007 y sobre la base de la misma, la sentencia de modificación de medidas acordó extinguir la patria potestad respecto de Julio así como la obligación alimenticia el 30 de diciembre de 2008 , por lo que desde esta fecha pudo reclamar y no lo hizo.Las pruebas de paternidad son anteriores y los daños psicológicos y morales se asientan desde el momento en que tuvo conocimiento de su no paternidad y consecuente crisis conyugal. Por ello como expone la STS antes citada "... necesariamente ha de concluirse que... (a la ) fecha de presentación de la demanda, había prescrito la acción para exigir a la demandada indemnización por daños y perjuicios con base en el art. 1902 CC , pues ni la separación conyugal es en sí misma ilícita, como tampoco lo es que el cónyuge ya separado conviva con otra persona, ni desde luego cabe encuadrar en el concepto de daño continuado, a los efectos jurídicos de que no comience a correr el plazo de prescripción de la acción, el recuerdo más o menos periódico, más o menos intenso u obsesivo, de lo sucedido anteriormente, incluso aunque este recuerdo pueda repercutir en el estado de salud del sujeto, ya que de admitir semejante identificación el inicio del plazo de prescripción se prolongaría indefectiblemente, en todos los casos imaginables, hasta la muerte del propio sujeto, y por ende incluyendo la propia muerte entre los daños imputables al demandado por su conducta en cualquier tiempo pasado.*

**TERCERO.-** Que al confirmarse la sentencia dictada en primera instancia, las costas de esta alzada han de imponerse a la parte apelante a tenor de los artículos 398 y 394 de la Lec

Vistos los arts citados y demás de general y pertinente aplicación,por cuanto antecede **EN NOMBRE DE S.M. EL REY** pronunciamos el siguiente

## FALLO

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Oscar contra la sentencia dictada por la Sra.Juez de Primera Instancia núm 2 de Rota en el juicio ordinario de referencia, **DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS íntegramente la citada resolución**, con imposición al apelante de las costas de esta alzada y con pérdida del depósito constituido al que se le dará el destino legal.-

Devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia con certificación de esta resolución para su ejecución y cumplimiento.-

Así por esta nuestra sentencia, contra la que cabe interponer en el plazo de veinte días recurso extraordinario de casación solo si la resolución del recurso presenta interés casacional y extraordinario por infracción procesal si cabe la casación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .E/