



CUADERNO DE FAMILIA



Revista Jurídica de Derecho de Familia
de la Asociación Judicial
Francisco De Vitoria



www.ajfv.es
ajfv@asociación.com

**MARZO
2019**

SUMARIO

01

La figura del curador y del guardador de hecho, dejando atrás la figura del tutor

Natalia Velilla Antolín
Magistrada

02

La indemnización por daño moral en las acciones de impugnación de la paternidad. Comentario de la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018.

Jose Antonio Baena Sierra
Magistrado del Juzgado de Primera Instancia
número 5 de Palma de Mallorca.

ISSN: 2605-2687

DIRECCIÓN:

Gustavo Andrés Martín Martín

COORDINADOR:

Afonso Aliaga Casanova

CONTACTO:

ajfv@asociación.com

LA FIGURA DEL CURADOR Y DEL GUARDADOR DE HECHO, DEJANDO ATRÁS LA FIGURA DEL TUTOR

01

Natalia Velilla Antolín
Magistrada

Resumen: *artículo dedicado a las alternativas legales que, desde la actual regulación de la materia, permiten eludir la incapacitación total. La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad de Nueva York, celebrada el 13 de diciembre de 2006, obliga a los estados firmantes a emprender las medidas legislativas y sociales necesarias para garantizar, en la medida de lo posible, la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad. De ahí que la incapacitación total deba ser considerada como la última ratio.*

Voces: *incapacitación; incapacitación judicial; tutela; curatela; guarda de hecho; personas con discapacidad; capacidad modificada judicialmente; autogobierno; dignidad de la persona.*

INTRODUCCIÓN

El presente artículo, tiene por objeto examinar las alternativas existentes a la incapacitación judicial seguida de nombramiento de tutor, la salida más habitual escogida por los tribunales para garantizar la protección de las personas mayores. Dicha tendencia hacia lograr la incapacitación judicial, no deja de ser exorbitante, puesto que la incapacitación supone la “muerte civil” del afectado, impidiéndole su autogobierno y decidir sobre aspectos de su vida en los que en realidad tiene capacidad de decisión.

La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad de Nueva York, celebrada el 13 de diciembre de 2006, en su artículo 1, define el propósito de la norma, estableciendo que «*El propósito de la presente*

Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

Por tanto, el respeto a la dignidad de las personas mayores afectadas de alguna dolencia que impida el pleno autogobierno, debe guiar la actuación de los poderes públicos, incluidos los órganos judiciales. De hecho, pese a que dicha Convención no ha tenido

influencia en la legislación nacional puesto que no se ha modificado el proceso judicial de incapacitación ni se ha dado cobertura legal a supuestos fronterizos en los que el anciano no se halla privado de razón, pero precisa de asistencia de tercero, los órganos judiciales deben aplicar directamente los principios contenidos en el Convenio (artículo 96 CE) y, por tanto, deben adoptar las medidas de protección que mejor se adapten a la personalidad del sometido a protección, respetando su autonomía de la voluntad y la dignidad de su persona.

Este tema pudiera considerarse residual o baladí. De hecho, en los órganos judiciales con competencias de internamientos e incapacitaciones, este tipo de procedimientos son tramitados de manera rápida y no ocupan en exceso la agenda judicial. Sin embargo, estamos asistiendo a un crecimiento notable de los procedimientos de incapacitación así como de los internamientos involuntarios, en parte por la existencia de una mayor cultura jurídica en la población, en parte por el envejecimiento de la población en España.

Según datos de la Organización Mundial de la Salud, entre 2015 y 2050 la proporción de la población mundial mayor de 60 años se multi-

plicará casi por dos, pasando del 12% al 22%. Por tanto, la pirámide demográfica se está invirtiendo, la población está “envejeciendo”, consecuencia de una mejoría de la calidad de vida, de la alimentación y un mayor desarrollo de la ciencia médica, unido a un descenso de la natalidad.

Cuando se habla de “personas mayores”, se habla de un colectivo en el que las patologías mentales son superiores al de la población adulta menor de 65 años. Pero solo un pequeño porcentaje de ancianos sufre una dolencia que le imposibilita absolutamente para el autogobierno. Es en estos casos cuando el juez de primera instancia acuerda la incapacitación del adulto y sometimiento de este a la figura del tutor. Más de un 20% de las personas que pasan de los 60 años de edad sufren algún trastorno mental. Los trastornos mentales y neurológicos más comunes en este grupo de edad son la demencia y la depresión, que a escala mundial afectan aproximadamente al 5% y al 7%, respectivamente, de la población de adultos mayores. Los trastornos de ansiedad afectan al 3,8% de la población de edad mayor y los problemas por abuso de sustancias psicotrópicas, casi al 1%; asimismo, aproximadamente una cuarta parte de las muertes por

daños autoinfligidos corresponden a personas de 60 años de edad o mayores¹.

Según datos de la Universidad de Deusto, en España, entre un 5,8 y un 10% de los ancianos padecen demencias; entre un 1 y un 3% padecen depresión mayor y un 2% sufre distimia².

Por tanto, ante un anciano afectado de alguna patología mental, la salida no puede ser siempre su incapacitación. Habrá que ajustar la medida de protección que deba proveerse al grado de afectación que tenga el enfermo. La tendencia hacia la incapacitación total contraviene lo establecido en el artículo 10 de la Constitución, que establece que *«la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social»* y es contrario, asimismo, como ya se ha apuntado, a la Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, cuyo artículo 3 establece que son principios generales de la citada convención, en lo que a personas

ancianas se refiere, el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; la igualdad de oportunidades; y la accesibilidad, entre otras cuestiones.

Antes que la Convención de Nueva York, la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, adoptada el 23 de febrero de 1999, sobre “Los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados”. Dicha Recomendación, se basa en el principio de flexibilidad en la respuesta jurídica sobre las siguientes bases:

1º.-Es necesario que las legislaciones nacionales prevean un marco legislativo suficientemente flexible para admitir varias respuestas jurídicas, correspondiendo a aquellas definir la selección de los medios elegidos.

2º.- La legislación debe ofrecer medidas de protección u otros mecanismos jurídicos simples y poco onerosos. Podrían consistir, entre otras, en confiar la gestión de fondos a la

1 Fuente: Nota Descriptiva diciembre de 2017 – OMS <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs381/es/>

2 Fuente: <https://www.deustosalud.com/blog/teleasistencia-dependencia/trastornos-mentales-tercera-edad-que-causan-dependencia>

administración hospitalaria, en designar representantes con poderes estrictamente limitados por las autoridades administrativas según un procedimiento simple y poco costoso.

3°.- Deben arbitrarse medidas que no restrinjan necesariamente la capacidad jurídica de la persona en cuestión o a una intervención concreta, sin necesidad de designar un representante dotado de poderes permanentes. Puede ser suficiente con la autorización por parte del mismo tribunal o de otro órgano de la intervención.

4°.- Convendría considerar medidas que obliguen al representante a actuar conjuntamente con el mayor y tenerlo en cuenta, y así como medidas que prevean la designación de más de un representante.

5°.- Deberían incluirse entre las medidas de protección que, aquellas decisiones que presentan un carácter menor o rutinario y que afecten a la salud o al bienestar, puedan ser tomadas en nombre del mayor incapacitado por personas cuyos poderes emanan de la ley, sin ser necesaria una medida judicial o administrativa. Si la

protección y la asistencia necesarias pueden ser garantizadas por la familia o terceros que intervengan en los asuntos del mayor incapacitado, no es necesario tomar medidas formales. Ahora bien, si las decisiones tomadas por un pariente o por una persona que intervenga en los asuntos del mayor incapacitado son reconocidas por la Ley, todo poder conferido o reconocido deberá ser cuidadosamente limitado, controlado y vigilado.

Por otro lado, en el caso en el que el anciano en cuestión no padezca exactamente una patología mental pero sus condiciones personales, de salud general o socioeconómicas, hagan prever que no será capaz de cuidarse convenientemente, respetando en la medida de lo posible la autonomía de la voluntad del afectado, se pueden adoptar mecanismos jurídicos para garantizar su supervivencia, cuidado y atención. En estos casos se habla de curadores y guardadores de hecho, objeto del presente artículo.

II. CONCEPTO DE GUARDADOR DE HECHO Y CURADOR

Tres son los estadios de la capacidad de los mayores de edad:

- CAPACIDAD PLENA: a los 18 años (artículo 12 CE), se alcanza la capacidad plena por mayoría de edad. A partir de este momento, existe “presunción de capacidad”.

- SITUACIÓN DE INCAPACIDAD “PRESUNTA”: fácilmente puede caerse en la cuenta de que no todas las personas al alcanzar la mayoría de edad o, una vez alcanzada, cuentan con estas capacidades pues pueden encontrarse privadas de ellas o tenerlas limitadas por el hecho de padecer una discapacidad intelectual, trastorno mental, demencia, etc. La constatación de este hecho hace que la “presunción legal de capacidad” se torne en “presunción de incapacidad”. En esta situa-

ción de vulnerabilidad, despliega todos sus efectos la Guarda de Hecho.

- INCAPACIDAD PARCIAL O TOTAL DECLARADA EN SENTENCIA TRAS PROCESO JUDICIAL DE DETERMINACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR: cuando por sentencia judicial se limita o anula la capacidad de obrar de una persona (artículo 200 CC). En estos casos, hay curatela o tutela.

Con carácter general las instituciones de guarda y protección se caracterizan porque para su puesta en marcha y aplicación, se requiere la previa incapacitación de la persona. En ningún caso se prevé que una persona que no haya sido privada de su capacidad de obrar pueda beneficiarse de la función tuitiva que

están llamadas a desempeñar estas instituciones. De ello resulta que la persona con discapacidad que requiera el apoyo o asistencia que preconiza la Convención como medio para el ejercicio de su capacidad jurídica, necesariamente ha de verse previamente privado de ella. En vez de recibir asistencia y apoyo para el ejercicio de su capacidad, se ve privado de esa misma capacidad que se pretende asistir y apoyar.

Si atendemos a los principios recogidos en la Convención de Nueva York de los derechos de las personas con discapacidad, nos encontramos con que la legislación española contraviene lo establecido en tal Convención. La regulación de derecho común (el código civil), no procura el desarrollo de la personalidad del afectado por alguna discapacidad, sino que, necesariamente, obliga a su incapacitación (privación total o parcial de la capacidad de obrar) para proveer su protección. Esta paradoja sería salvable a través de la aplicación directa de la Convención, puesto que, en aplicación de lo establecido en el artículo 96 CE, los jueces deberían tener por derogados los preceptos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil que contravengan la Convención. Sin embargo, esta situación no se produce en la realidad, y los jueces y magistrados aplican los preceptos

antedichos sin atender a que su contenido no cumple con la Convención.

En España se ha regulado de forma novedosa y conforme a los criterios de la Convención de Nueva York de 2006 la institución del Patrimonio Protegido de personas con discapacidad (Ley 41/2003, de finalidad eminentemente tributaria), donde, de acuerdo a la norma internacional a la que continuamente se hace referencia, no exige la previa incapacitación del afectado (basta con que cuente con algún tipo de minusvalía reconocida por la autoridad administrativa) y prevé un control posterior por parte del Ministerio Fiscal.

Igualmente, en Cataluña, la Ley 25/2010 de 29 de julio, reformó el Libro II del Código Civil catalán y, si bien se mantuvieron los sistemas tradicionales de guarda y protección, se incluyó un nuevo instrumento de protección denominado “asistencia” dirigido a los mayores de edad que necesiten de tal medida para cuidar de su persona o de sus bienes debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas. Por tanto, sin ser perfecta la regulación catalana, evidencia la necesidad de adaptar el Código Civil y derechos forales allí donde existan, así como la Ley de Enjuiciamiento Civil al contenido de la Convención

de 2006, estableciendo procedimientos alternativos de protección que se basen en el respeto a la persona y contribuyan al desarrollo de todas sus capacidades y aptitudes, única forma de conseguir la plena integración social de las personas con discapacidad.

Recientemente, la Ley 2/2018, de 5 de diciembre, ha modificado la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, con el objeto de garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad, si bien he de decir que esta reforma no ha sido realizada con la técnica jurídica que el tema merece, haciendo “tabla rasa” de cualquier tipo de discapacidad, sin tener en cuenta que la privación del derecho de sufragio activo de las personas con discapacidad es algo extraordinario y sometido siempre a control judicial como forma de protección de la dignidad de la persona. Este artículo no pretende acaparar la materia electoral, pues bien daría para un artículo independiente, pero quiero hacer mención a lo que, en palabras de mi compañera Luisa María García Garrido en su artículo doctrinal «*el derecho de sufragio activo en las personas con discapacidad intelectual*»¹ se ha califica-

do como “poco fino” al acoger el informe de la Comisión encargada para el examen de la cuestión: «*Lo cierto es que si bien la ONU no ha hilado muy fino en este asunto, aún se ha obrado peor desde el lado español. Decimos esto porque el conjunto de **instrumentos jurídicos no nacionales con los que se contaba eran más amplios** que los emanados de la ONU, como acabamos de ver imprecisos e insuficientes. No referiremos ahora a los criterios emanados del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en su sentencia de 20 de mayo de 2010 (asunto 38832/06 Alajos Kiss vs. Hungría), llegó a dos conclusiones. La primera, que debe otorgarse al legislador nacional un amplio margen de discreción para determinar tanto si se pueden imponer restricciones al derecho de voto de los discapacitados intelectuales, como sobre los procedimientos que deben implementarse para evaluar la capacidad de votar de tales personas. La segunda, que **no podía tratarse a todas las personas con trastornos mentales o intelectuales como un grupo homogéneo**, y por ello no podía considerarse legítimo que se retirase de manera automática el derecho al voto **sin una evaluación judicial individualizada de cada persona**, que es justo lo que ocurría en el caso considerado, ya que en Hungría la*

¹ <https://almacenederecho.org/el-derecho-de-sufragio-activo-de-las-personas-con-minusvalia-intelectual/>

declaración de curatela llevaba aparejada automáticamente la privación del derecho al voto».

Hecha esta pequeña introducción acerca de normas de *lege ferenda* (crítica incluida), hemos de definir qué ha de entenderse por curador y por guardador de hecho, únicas alternativas legales en la actualidad al tutor, y que permiten complementar la autonomía de la voluntad del anciano no privado completamente de uso de razón.

1. Curador

La curatela tiene por objeto complementar la deficiente capacidad del menor de edad emancipado o del incapaz sujeto a ella (artículos 286 y 287 CC). El curador no es un representante legal del menor emancipado o del incapaz, sino que asiste a este a la hora de llevar a cabo aquellos actos jurídicos para los que la ley requiere su presencia.

La curatela es una institución estable, pero de actuación intermitente, que se caracteriza porque su función no consiste en la representación de quién está sometido a

ello, sino en complementar la capacidad de quien la posee, pero necesita un plus para la realización de determinados actos ([STS, Sala Primera, de 29 de abril de 2009 \[ROJ: STS 2362/2009 - ECLI:ES:TS:2009:236\]](#)).

Tras la Convención de Nueva York sobre Derechos de las personas con discapacidad, la tendencia legislativa y judicial es hacia la normalización de la vida del incapaz. Por ello, se ha pasado de un sistema de sustitución o suplantación del individuo incapaz en la adopción de decisiones a otro basado en el apoyo para tomarlas. Este sistema sigue reconociendo al incapaz como una persona igual ante la ley al resto de individuos no afectados de patologías invalidantes, con personalidad y capacidad jurídica propias en todos los aspectos de su vida, y en igualdad de condiciones con los demás. El curador, por tanto, no suple la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección cuando presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia ([SSTS Sala Primera de 27 de noviembre de 2014 \[ROJ:](#)

[STS 4767/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4767](#)], de [20 de octubre de 2014 \[ROJ: STS 4075/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4075\]](#) y de [24 de junio de 2013 \[ROJ: STS 3441/2013 - ECLI:ES:TS:2013:3441\]](#)).

2. Guardador de hecho

La guarda de hecho pretende regular la situación que se produce cuando una persona, sin estar designada para ello por resolución judicial alguna, asume la protección de la persona y bienes de una persona que pueda necesitar una institución de protección y apoyo (artículos 303, 304 y 306 CC). Esta institución posibilita que el juez fiscalice la actuación de personas que ejercen la guarda de un incapaz anciano, aún sin haber sido nombradas tutor o curador. Es la situación de muchos ancianos que se encuentran al cuidado de un familiar, de un empleado del hogar o de un centro asistencial que, en la práctica ejercen las funciones del tutor o curador. Pese a la parca regulación

de dicha figura, esta medida es la mayoritaria, puesto que una importante población anciana se encuentra sometida a una situación de guarda de hecho.

Es de destacar, no obstante, que existen ya ámbitos en los que se le reconoce cierto protagonismo al guardador de hecho como, por ejemplo, a la hora de constituir un patrimonio protegido o solicitar las ayudas derivadas de la ley de dependencia, se permite su reflejo en el Registro Civil y se ha ampliado su regulación legal en el Derecho catalán.

Las características del guardador de hecho son la asunción voluntaria de un deber de protección respecto del anciano y la inexistencia de un específico deber de protección establecido por el ordenamiento jurídico. La escasa regulación de la figura nos lleva a entender que estamos ante una situación de hecho a la que nuestro ordenamiento atribuye efectos jurídicos.

III. PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD

Respecto de las personas vulnerables (con razón de edad, discapacidad, enfermedad, etc) nuestro sistema se rige por el principio de co-responsabilidad Privada/Pública¹.

1. ÁMBITO PRIVADO

- **Familiares cercanos:** en el caso de los familiares, cuando estos se encuentran al cargo de otros familiares vulnerables, opera la obligación legal establecida en los artículos 142 CC y siguientes relativos al derecho de alimentos. Esta obligación encuentra su contrapeso en el Código Penal, que castiga a quienes abandonan o desatienden a sus familiares debiendo atenderlos (artículos 226 y 228 CP).

¹ SANTOS URBANEJA, FERNANDO. Fenómenos recientes producidos en el mundo de la discapacidad y su trascendencia jurídica. En: Cuadernos de Derecho Judicial

- **Allegados:** comprende tanto a personas que no tienen relación de parentesco con la persona mayor vulnerable (amigos, vecinos, etc) como aquellos familiares que no se encuentran dentro de los que tienen obligación de alimentos. La ley denomina a esta situación “Guarda de Hecho” y atribuye a los guardadores facultades legales de actuación respecto de los guardados.

- **El movimiento asociativo: «El Tercer Sector»:** El movimiento asociativo en materia de discapacidad es importante en España, y se ha materializado en una dinámica organización y red de organizaciones que maneja recursos públicos y genera empleo. Ello ha dado lugar al denominado “Tercer Sector Social” integrado por centenares de entidades privadas sin ánimo de lucro que representan un muy apreciable porcentaje de la

economía nacional. Su regulación se encuentra en la Ley 43/2015 de 9 de octubre “Del Tercer Sector Social” (BOE 10 de Octubre de 2015). La Plataforma del Tercer Sector se constituyó en enero de 2012 para defender, a través de una única voz, los derechos e intereses sociales de la ciudadanía, principalmente de las personas en situación de pobreza o riesgo de exclusión. Con este objetivo se unieron las siete organizaciones más representativas del ámbito de lo social: la Plataforma del Voluntariado de España (PVE), la Red Europea de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión social en el Estado Español (EAPN-ES), la Plataforma de ONG de Acción Social (POAS), el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), Cruz Roja Española, Cáritas y la Organización Nacional de Ciegos de España (ONCE).

- **El voluntariado:** compromiso específico de colaboración con los colectivos vulnerables.

La actual Ley 45/2015 de 14 de Octubre, “Del Voluntariado” (BOE de 15 de octubre de 2015) define el voluntariado en los siguientes términos (Art. 3-1) *«A los efectos de la presente Ley, se entiende por voluntariado, el conjunto de actividades de interés general desarrolla-*

das por personas físicas, siempre que reúnan los requisitos siguientes:

»a) Que tengan carácter solidario.

»b) Que su realización sea libre, sin que tenga causa en una obligación personal o deber jurídico y sea asumida voluntariamente.

»c) Que se lleven a cabo sin contraprestación económica o material, sin perjuicio del abono de los gastos reembolsables que el desempeño de la acción voluntaria ocasione a los voluntarios.

»d) Que se desarrollen a través de las entidades de voluntariado con arreglo a programas concretos y dentro o fuera del territorio español, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 21 y 22.5».

- **La ciudadanía en general:** existe un deber “ético” de solidaridad y colaboración ciudadana, especialmente intenso cuando se trata de personas vulnerables. Este deber “ético” se convierte en deber legal en determinadas situaciones, hasta el punto de que su incumplimiento es constitutivo de delito de omisión de socorro castigado en el Art. 195 CP.

2. ÁMBITO PÚBLICO

- Los poderes públicos tienen un especial deber de actuar dimanante de lo dispuesto en el Art. 49 de la Constitución que proclama: «Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamientos, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de

los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos».

- Los profesionales de la función pública: derivado de lo anterior, los profesionales de la función pública, especialmente los más cercanos a la persona vulnerable, tienen un especial deber de actuación de acuerdo con sus respectivas normas de competencia. Esto, por tanto, atañe a jueces y magistrados en el ejercicio de su función.

IV. EXAMEN DE LA FIGURA DEL CURADOR

Existe una norma no escrita, derivada de la práctica diaria en materia de protección de adultos, consensuada por todos los operadores jurídicos, jueces, fiscales y tutores profesionales, de la consideración de la curatela como una tutela atenuada, reservada para aquellos casos menos graves, en los que la pérdida de autogobierno no es total. La razón es simple: en derecho español en la tutela hay representación legal, pero en la curatela no. Si una persona ha perdido su autogobierno en alguna de las áreas de su vida, no procede la curatela ya que no es posible prestar el complemento o asistencia que su naturaleza jurídica impone.

Esta distinción es importante, puesto que, a menudo, se confunde la tutela con la curatela cuando el incapacitado no lo es totalmente, sino que la sentencia determina las áreas de la vida del afectado en las que no tiene capacidad de autogobierno. Estaría-

mos en aquellos casos en los que, si bien el incapacitado no puede realizar actos de disposición o administración de sus bienes, por ejemplo, sí es capaz de tomar decisiones relativas a otras esferas de su persona. En estos casos podríamos hablar de una incapacidad parcial sometida, igualmente, a tutela, si bien esta tutela solo sería aplicable a los aspectos afectados por la sentencia. El curador no sustituye nunca al afectado. El tutor, siquiera de un incapacitado parcial, sí.

Por tanto, la curatela es una institución que sirve en aquellos casos en los que no es precisa una representación legal, sino la asistencia, un complemento de capacidad de personas que se encuentran en situaciones de capacidad limitada, no completa, en las que puede obrar por sí pero no solo, sino con asistencia de otra persona. En el caso de los ancianos, pueden ser sometidos a curatela cuando su grado de discernimiento así

lo aconseje (artículo 287 CC), de modo que la curatela tendrá por objeto la asistencia para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia (artículo 289 CC).

Aunque la curatela tiene una finalidad eminentemente económica cuando de menores emancipados se trata, en el caso de mayores de edad incapacitados, también es posible imponer la asistencia en ámbitos de naturaleza personal, si así lo establece la sentencia, como, por ejemplo, para temas sanitarios o terapéuticos. La curatela aparece como una institución de guarda estable, a diferencia de lo que sucede con el defensor judicial (artículo 299 CC), que ofrece un carácter provisional y subsidiario de las demás instituciones de guarda en los casos puntuales en que exista conflicto de intereses o, de forma provisional, para el supuesto de que el tutor o curador no desempeñe sus funciones hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo.

Conforme al artículo 289 CC, la curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido. En caso de que la sentencia adolezca del vicio

de no contemplar expresamente los supuestos de asistencia, el artículo 290 CC remite a los mismos actos en que los tutores necesitan, según este Código, autorización judicial.

Como ya se ha indicado, el tutor no deja de ser un representante del anciano incapacitado. No así el curador, que “asiste” al incapacitado, pero no le representa. De esta manera, la curatela se concibe como un sistema de apoyo (STS Sala Primera de 30 de junio de 2004 [ROJ: STS 4629/2004 - ECLI:ES:TS:2004:4629]). En atención a lo examinado acerca del respeto a la autonomía de la voluntad del incapaz y a la necesidad de acomodar la legislación española a la Convención de Nueva York de derechos de las personas con discapacidad, la curatela podría considerarse como el instrumento de protección que debiera convertirse, cuando fuera posible, en la figura más adecuada para el libre desarrollo de la personalidad por ser la que mejor se ajusta al sistema de apoyos a que se refiere la Convención.

La [STS Sala Primera de 27 de noviembre de 2014 \(Roj: STS 4767/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4767\)](#), estableció que «2. *La asignación de la curatela se realiza en bene-*

ficie e interés de quien recurre, en atención a dicho diagnóstico. Lo que se dice en el recurso sobre el reconocimiento de la dignidad de la persona y de los sistemas de protección es, sin duda, incuestionable. Ocurre que esta genérica declaración de principios no se corresponde con el estado mental de quien lo invoca y que ha hecho necesaria la adopción de las medidas sin esperar a que concurra una situación indeseada derivada de su estado. La STS 282/2009 (RJ 2009, 2901) ya declaró que la incapacitación es solo una forma de protección de los discapaces y que por ello mismo no es una medida discriminatoria, sino defensora y no vulnera la dignidad de la persona.

»3. Lo que se adopta son medidas de apoyo que se inician cuando, como ocurre en este caso, se toma conocimiento de una situación necesitada de los mismos para permitir al discapaz ejercer su capacidad jurídica; apoyos que la Convención de Nueva York de

13 diciembre 2006, ratificada por España en 23 noviembre 2007 (BOE el 21 abril 2008), no enumera ni acota pero que se podrán tomar en todos los aspectos de la vida, tanto personales como económicos y sociales para, en definitiva, procurar una normalización de la vida de las personas con discapacidad, evitar una vulneración sistemática de sus derechos y procurar una participación efectiva en la sociedad, pasando de un régimen de sustitución en la adopción de decisiones a otro basado en el apoyo para tomarlas, que sigue reconociendo a estas personas iguales ante la ley, con personalidad y capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, y en igualdad de condiciones con los demás, como se ha dicho en el informe del Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad (11º período de sesiones. 31 de marzo a 11 de abril de 2014), sobre el contenido normativo del artículo 12 de la Convención».

V. EXAMEN DE LA FIGURA DEL GUARDADOR DE HECHO

Como se ha anticipado, la figura del guardador de hecho es una situación de hecho a la que el ordenamiento jurídico español le atribuye consecuencias jurídicas. El guardador de hecho asume voluntariamente el cuidado del anciano a su cargo, pero no tiene obligación legal de asumir su asistencia, más allá de la obligación de no dejarle desamparado o en situación de peligro.

En Derecho Común no existe una definición legal de guarda de hecho. Sí en el Código Civil catalán, artículo 225.1, que establece que es guardador de hecho la persona física que cuida de un menor o de una persona en quien se da una causa de incapacidad, si no está en potestad parental o tutela o, aunque lo esté, si los titulares de estas funciones no las ejercen. De manera similar,

el artículo 142 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre de Derecho de la Persona de la Comunidad Autónoma de Aragón, dice que guardador de hecho es la persona física o jurídica que, por iniciativa propia, se ocupa transitoriamente de la guarda de un menor o incapacitado en situación de desamparo o de una persona que podría ser incapacitada.

En nuestro derecho, es una figura relativamente moderna. Si, por un lado, la tutela y la curatela tienen sus raíces en el derecho romano, sin embargo, la guarda de hecho, fue regulada por primera vez en 1983.

Así, el artículo 303 del Código Civil establece al respecto que la autoridad judicial podrá requerir al guardador de hecho para que le informe de la situación y de su actuación, y

adoptar las medidas que considere oportunas. Sin embargo, no se deduce del tenor del artículo que necesariamente deba ponerse fin a esa situación, ni mucho menos que deba ser sustituida o excluida por otra forma de guarda derivada de un procedimiento de incapacitación.

Por su parte el artículo 304, al disponer que *«los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad»*, viene a reconocer claramente que el guardador actúa en nombre y representación de la persona de que se trate siempre que le beneficien y reconociendo, *a posteriori*, la legalidad de tal actuación, atendiendo a criterios prácticos y de agilidad del tráfico jurídico. Ni siquiera hace referencia a que tales actos deban ser en modo alguno, convalidados o ratificados, sino que, directamente, se reconoce así validez a lo actuado por el guardador de hecho por encima incluso del que ostenta un poder verbal o un poder insuficiente. Ni siquiera se remite a las prohibiciones que para el tutor se establecen en el artículo 221 CC. Incluso en ese caso, los actos que pueden

resultar para el tutor, pueden resultar válidos si son celebrados por el guardador de hecho si no redundan en perjuicio de la persona sujeta a su guarda o protección.

El artículo 306 CC reconoce el derecho que el guardador de hecho tiene a ser indemnizado con cargo al patrimonio de la persona a quien representa si en el ejercicio de su función sufre daños y perjuicios y no puede obtener de otro modo su resarcimiento.

Pese a las ventajas que la figura del guardador de hecho tiene para procurar la asistencia y protección del anciano; pese a la profusión de facto de tal situación, esta figura se encuentra orillada por los profesionales del derecho, que siguen prefiriendo la adopción de medidas jurídicas más ingerentes en la vida del anciano, como el tutor o el curador. La razón debemos buscarla en la difícil acreditación y constatación de la existencia de la figura, que genera inseguridad jurídica incluso para el guardador, que asume voluntariamente tal responsabilidad. Por ello es difícil que en los actos jurídicos que afecten al anciano, el guardador de

hecho pueda actuar con la mera manifestación verbal de su condición, por lo que lo normal es que la otra parte exija algún documento que acredite las facultades representativas suficientes:

1.- Poder notarial: la más utilizada, si bien, a los efectos de este artículo, el guardador de hecho en este caso es un apoderado general, por lo que no estaríamos ante el supuesto del artículo 304 CC, sino ante el del mandatario general (artículos 1709 y siguientes del CC).

2.- Acta de notoriedad (artículo 209 del Reglamento notarial) tiene por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales con trascendencia jurídica.

3.- Procedimiento de jurisdicción voluntaria, cuya resolución declararí formalmente la existencia de una guarda de hecho que es ejercida por una persona determinada. Legalmente puede defenderse este recurso no solo por lo dispuesto en el artículo 303 del Código Civil

(«podrá establecer las medidas de vigilancia y control que considere oportunas»), sino también el artículo 158.6 CC (*«En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses. En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública»*) aunque se refiere a menores, si bien, con la nueva Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria, puede integrarse la laguna legal a través del artículo 87, cuando establece que *«se aplicarán las disposiciones de esta Sección para adoptar medidas en relación al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda de menores o personas con capacidad modificada judicialmente o a la administración de sus bienes en los casos a que se refieren los artículos 158, 164, 165, 167 y 216 del Código Civil. Y en concreto: a) Para la adopción de las medidas de protección de los menores y de las personas con capacidad modificada judicialmente establecidas en el artículo 158*

del Código Civil (...)». También cabe señalar el artículo 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que concede amplias facultades a la autoridad judicial y al Ministerio Fiscal en este sentido. También se reconoce indirectamente la guarda de hecho a través del procedimiento específico de Jurisdicción Voluntaria del artículo 57 de la LJV, que puede ser puesto en relación con el artículo 303 CC.

4.- Inscripción registral: permitida por el artículo 40 de la Ley 20/2011 del Registro Civil. Esta solución, sin duda, sería la más adecuada para poder acreditar la situación de hecho.

Todas estas vías podrían servir para que el guardador de hecho actúe en defensa y asistencia del anciano, sin necesidad de recurrir a la incapacidad.

1. TIPOS DE GUARDA DE HECHO

A) GUARDA DE HECHO PERSONAL: ejercida por familiares o allegados. Puede ser unipersonal o conjunta. En el caso de guarda conjunta, las discrepancias deben ser resueltas por el juez.

B) GUARDA DE HECHO INSTITUCIONAL: PRIVADA Y PÚBLICA: se produce cuando la persona necesitada se encuentra ingresada en un centro o residencia. En este caso, es la Dirección del centro la que asume de forma automática la guarda de hecho y a dicha persona le corresponde adoptar las decisiones pertinentes a la persona vulnerable, en ausencia de sus familiares o allegados.

2. ACTUACIONES MÁS FRECUENTES DEMANDADAS POR LOS GUARDADORES DE HECHO

A) EN EL ÁMBITO PÚBLICO:

a) Petición de intervenciones sanitarias:

a.1) Derecho a recibir información: artículo 5.3 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía Personal y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se

pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

a.2) Consentimiento por representación: artículo 9.3 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía Personal y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

-Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.

-En caso de haber nombrado interlocutor en documento de instrucciones previas: artículo 11 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía Personal y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. El otorgante del documento

puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o con el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.

a.3) Derecho a ser consultados aún en caso de urgencia artículo 9.2 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía Personal y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: (...) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

b) Peticiones en organismos oficiales:

Peticiones de recursos sociales y educativos. La acreditación de la guarda de hecho no es necesaria cuando nos hallamos ante una acción ruti-

naria o sin trascendencia. No así cuando es algo más complejo. Sin embargo, con la aprobación de la Ley de Dependencia (Ley 39/2006, de 14 de diciembre), se constató que no se podía incapacitar a cientos de miles de españoles solo para poder pedir el derecho al reconocimiento de una prestación por dependencia, por lo que las administraciones competentes volvieron a tener en cuenta la guarda de hecho como legitimación activa posible para solicitar, en beneficio del guardado, dichas prestaciones.

c) Peticiones a las fuerzas de seguridad:

c.1) Peticiones de auxilio ante agitaciones, incidentes, altercados familiares de la persona con discapacidad o trastorno mental.

c.2) Peticiones de búsqueda y localización en caso de fuga y/o desaparición.

Los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado están obligados a prestar esta colaboración de “auxilio” en base a lo dispuesto en la Ley orgánica 2/1986 de 13 de marzo de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. El artículo 11.1 establece que “*Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado*

tienen como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana mediante el desempeño de las siguientes funciones (...) b) Auxiliar y proteger a las personas y asegurar la conservación y custodia de los bienes que se encuentren en situación de peligro por cualquier causa”.

d) Peticiones al Ministerio Fiscal:

Quien ejerza la Guarda de Hecho de un presunto incapaz puede dirigirse al Fiscal solicitando información o diversas iniciativas (medidas de protección, demanda de incapacitación, etc).

B) EN EL ÁMBITO PRIVADO

a) Peticiones a los bancos: en caso de personas desvalidas, cuando los familiares acuden a sacar dinero suelen encontrarse con la objeción de que no podrán obtenerlo hasta que la persona no se encuentra judicialmente incapacitada y provista de tutor. Pese a que el artículo 304 CC permite al guardador de hecho realizar actos de disposición en beneficio del presunto incapaz, los bancos no lo permiten (ejemplo: pagar el recibo del alquiler del presunto incapaz). Sería deseable que la regulación bancaria cambiara

en este sentido, aunque también es cierto que, judicialmente, se puede obtener una autorización al guardador para realizar actos urgentes de administración que permitirían realizar aquellas operaciones bancarias que fueran necesarias y beneficiosas para le presunto incapaz.

b) Peticiones de servicios asistenciales: fundamentalmente plazas en centros residenciales, centros de día, ayudas a domicilio, etc. En ocasiones, negando/desconociendo la condición de Guardador de Hecho, se exige acreditación de la condición de tutor o, al menos, acreditar que se ha instado el procedimiento de incapacitación.

BIBLIOGRAFÍA:

-CASTRO GIRONA-MARTÍNEZ, ALMUDENA y CABELLO DE ALBA JURADO, FEDERICO. Alternativas a la incapacitación. En: “Cuadernos Digitales de Formación. Nº 13 de 2016”. Disponible para usuarios autorizados en:
<https://www3.poderjudicial.es/search/juez/index.jsp>

-GARCÍA GARRIDO, LUISA MARÍA. “El derecho de sufragio activo de las personas con discapacidad intelectual”. En: Almacén de Derecho. 28 de diciembre de 2018. En:
<https://almacenederecho.org/el-derecho-de-sufragio-activo-de-las-personas-con-minusvalia-intelectual/>

-SANTOS URBANEJA, FERNANDO. “Fenómenos recientes producidos en el mundo de la discapacidad y su trascendencia jurídica”. En: Cuadernos de Derecho Judicial. XX/2005. Disponible para usuarios autorizados en:
<https://www3.poderjudicial.es/search/juez/index.jsp#ref-7817643>

-SANTOS URBANEJA, FERNANDO: “La guarda de hecho: institución clave en el nuevo sistema de protección jurídica de las personas con discapacidad”. En:
http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=f6c1b948-c069-40fb-bd40-487ba4305777&groupId=10228

La indemnización por daño moral en las acciones de impugnación de la paternidad. Comentario de la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018.

02

Jose Antonio Baena Sierra
Magistrado del Juzgado de Primera Instancia
número 5 de Palma de Mallorca.

Resumen: *El autor analiza la reciente sentencia del Tribunal Supremo que aborda el espinoso problema de las reclamaciones de indemnizaciones por daño moral en los casos de infidelidades matrimoniales y ocultación intencionada al esposo por parte de la madre de la verdadera paternidad biológica, cuando el esposo, engañado, ha permanecido en el error y ha venido comportándose como padre, sin serlo, durante años.*

Voces: *daño moral; paternidad; infidelidad; responsabilidad civil; pensión de alimentos; prescripción de la acción.*

Recientemente se ha publicado la STS (Pleno) número 629/2018 de 13 de noviembre. Esta resolución trata de fijar la posición del Alto Tribunal en una cuestión que hasta ahora venía siendo muy polémica en la doctrina: la posibilidad de otorgar una indemnización al progenitor que, sin saberlo, había estado sosteniendo económicamente y criando como si fuera propio a un hijo de la otra progenitora habido con un tercero. El Tribunal Supremo acaba estableciendo que en este caso no existen daños morales indemnizables, y ello a pesar de reconocer que el reclamante puede haber sufrido dolor por haber permanecido durante años en el error de creer como suyo al hijo de su pareja.

El supuesto de hecho sometido al Tribunal es el siguiente: como consecuencia del matrimonio entre el demandante y la demandada nacieron tres hijos. El matrimonio se extinguió por divorcio en el año 2009 (previamente había existido una demanda de separación), y en las medidas dictadas en el seno de dicho procedimiento, el actor quedó obligado a una

prestación por alimentos a los hijos.

Tras un proceso de filiación, se declaró la no paternidad del demandante respecto de uno de sus hijos, nacido en 1994. A continuación, el esposo presentó demanda con los siguientes pedimentos:

- a) La devolución de las pensiones abonadas a su hijo tras los procedimientos de separación y divorcio.
- b) La mitad de los gastos abonados para la determinación de la paternidad.
- c) Una cantidad a tanto alzado en concepto de daños morales.

Desestimada la demanda en primera instancia por estimarse prescrita la acción, la Audiencia Provincial consideró que la acción no estaba prescrita, y estimó parcialmente la demanda, *"dada la situación de clara frustración y desasosiego de quien durante mucho tiempo ha tenido relación, contacto y cariño con*

quien pensaba que era su hijo, para luego enterarse que se trataba de un hijo ajeno”.

Planteada la cuestión ante el Tribunal Supremo, este debe pronunciarse sobre tres cuestiones:

- a) La prescripción de la acción.
- b) La existencia de responsabilidad extracontractual conforme al artículo 1.902 del Código Civil.
- c) La apreciación de daño moral indemnizable.

a) Sobre la prescripción de la acción

Respecto del primero de los particulares, el Alto Tribunal recuerda su propia doctrina sobre el cómputo del plazo de prescripción del artículo 1968. 2º en relación con el 1969 del Código Civil, para determinar que el *dies a quo* es efectivamente cuando puede considerarse que lo conoce el perjudicado, que en los casos en que se contradiga una paternidad por vía judicial, remite a la sentencia estimatoria de la impugnación de la misma. Es en este momento en el que destruye la presunción y es posible cancelar

la inscripción e inscribir otra paternidad contradictoria. Y ello aun cuando, en este caso, se consideró acreditado que el actor había conocido que no era el padre del menor en un momento anterior como consecuencia de una prueba privada de paternidad, dado que, según razona el Alto Tribunal, *“de otra forma la acción ejercitada sería inoperante”*.

b) Sobre la devolución de las pensiones ya abonada por el esposo al hijo de su cónyuge con un tercero

A continuación, la sentencia aborda la posibilidad de restitución de las pensiones percibidas por la esposa por el hijo extramatrimonial. Sobre este extremo, el Tribunal Supremo se remite a su propia doctrina asentada en la STS de Pleno de número 202/2015 de 24 de abril, en la que, si bien se planteaba la aplicación del artículo 1895 del Código Civil, finalmente alcanzaba una solución similar. Razona el Alto Tribunal que *“el niño nace constante la relación de matrimonio, y desde entonces se aplican las normas de protección de la familia; entre otras, las que resultan de los artículos 111 y 154 del Código Civil, una de las cuales, los alimentos, se extrae*

del conjunto de obligaciones que integran la patria potestad para reclamar su devolución. Dichos alimentos han surtido sus efectos en cada uno de los momentos de la vida del niño porque la función de protección debía cumplirse y el hijo debía ser alimentado. Y esa obligación es efectiva hasta que se destruye esta realidad biológica mediante sentencia dictada en proceso de impugnación de la filiación matrimonial”.

Este hecho no obsta, *in abstracto*, a que se pueda solicitar la devolución de los alimentos ya abonados; sin embargo, el Tribunal Supremo, con base en una antigua STS de 18 de abril de 1913, que confirmaba la línea jurisprudencial de las SSTS de 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1897, acaba concluyendo que los alimentos no tienen efectos retroactivos, *“de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida”*. No se devuelven los alimentos como tampoco se devuelven los demás efectos asociados a estos derechos y obligaciones propias de las relaciones de los padres con sus hijos, porque, *“si bien la filiación produce sus efectos desde que tiene*

lugar, teniendo su determinación legal efectos retroactivos, dicha retroactividad sólo se producirá en los casos en los que sea compatible con la naturaleza de dichos efectos y la ley no disponga lo contrario”.

c) Sobre la existencia de daños morales y su posible indemnización

Reconoce la Sala que este motivo plantea mayor complejidad, dado las distintas opiniones doctrinales sobre el particular y los diversos criterios en las Audiencias Provinciales y el derecho comparado. Añade que, hasta este momento la cuestión había llegado en cuatro ocasiones a la Sala, pero no se había fijado doctrina: en dos casos, se estimó la prescripción de la acción, y en las otras dos, las SSTS 687/1999, de 22 de julio, y 701/1999, de 30 de julio, se adoptaron criterios distintos. En la primera de ellas se denegaba la responsabilidad por no ser dolosa la conducta de la esposa, pero también se decía en la sentencia, que *“los supuestos que comportan la aplicación del artículo 1902 del Texto Legal sustantivo, vienen a originar, como consecuencia de esa aplicación, una reparación por el daño*

causado, que puede hacerse extensiva al doble ámbito patrimonial y moral". En la segunda de las resoluciones citadas se sostiene, sin embargo, que *"el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro no es susceptible de reparación económica alguna, lo cual, origina la imposibilidad de atribuir al Tribunal "a quo" haber infringido, en el aspecto estudiado, los artículos 67 y 68 del Código Civil, en relación en el 1101 del mismo..."*, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial conllevaría indemnización".

En la sentencia de 13 de noviembre de 2018 el Alto Tribunal opta por la doctrina por el criterio de denegar la indemnización por daño moral que se contenía en la STS de 701/1999, de 30 de julio, descartando la aplicación al caso del artículo 1902 del CC. Y ello aun reconociendo que conductas como la examinada en este caso sean susceptibles de causar un daño; pero este reconocimiento no conlleva que ese daño sea indemnizable mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual, a partir de un juicio de moralidad indudablemente complejo

y de consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar. Razona la sentencia que *"conductas como la enjuiciada tienen respuesta en la normativa reguladora del matrimonio, como señala la sentencia 701/199, mediante la separación o el divorcio, que aquí ya se ha producido, y que no contempla la indemnización de un daño moral generado a uno de los cónyuges en un caso de infidelidad y de ocultación y pérdida de un hijo que consideraba suyo mediante la acción de impugnación de la filiación. Se trata de unos deberes estrictamente matrimoniales y no coercibles jurídicamente con medidas distintas, como ocurre con la nulidad matrimonial, a través de una indemnización al cónyuge de buena fe - artículo 98 del CC-. Con una regulación, además, tan específica o propia del derecho de familia, que permite obtener, modificar o extinguir derechos como el de la pensión compensatoria del artículo 98 del CC, o decidir sobre la custodia de los hijos habidos de la relación matrimonial, al margen de esta suerte de conductas, pues nada se dice sobre las consecuencias que en este ámbito tiene la desatención de los deberes impuestos en el artículo 68 CC"*.

Para llegar a esta solución es indiferente, según el Alto Tribunal, que el daño se relacione con la propia infidelidad o con la ocultación de los efectos de esta (en este caso, criar al hijo ajeno por creerlo propio), ya que los motivos desarrollados en la sentencia resultan de aplicación cuando la conducta generada causante del daño es la ocultación de la filiación.

Concluye el Tribunal que *“esta solución no deja sin aplicación el sistema general de la responsabilidad civil prevista en el artículo 1902 del Código Civil ni, por supuesto, deja sin sancionar el daño generado por otra suerte de conductas propias del ámbito penal y de los derechos fundamentales. Simplemente, acota el daño indemnizable a supuestos que, en el marco de la relación de matrimonio rota por el divorcio, supuesto en el que tiene encaje el recurso formulado, no tienen su origen en el incumplimiento de los deberes propios del matrimonio, como es el deber de fidelidad del artículo 68 del Código Civil, sino en la condición de persona afectada por la acción culposa o negligente de quien lo causa”*. De hecho, al daño moral se había referido también la STS 512/2009, de 30 de junio, donde se condenaba a la madre a indemnizar el daño moral

ocasionado al padre por haberle privado del contacto con su hijo, lo que nada tiene que ver con este caso, donde el hecho generador de la reclamación es el perjuicio ocasionado por la ocultación de una paternidad ajena.