

1.6. Responsabilidad

Daño moral por ocultación de la verdadera paternidad y responsabilidad parental*

Non-pecuniary loss caused by paternity fraud and parental responsibility

por

ISABEL ESPÍN ALBA

*Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela*

RESUMEN: En los últimos años, las Audiencias Provinciales españolas han vivido un incremento de las demandas de resarcimiento de daños morales por ocultación de la verdadera paternidad biológica de hijos nacidos durante el matrimonio. Este trabajo contiene un análisis crítico de las sentencias sobre el tema, por medio del estudio de los elementos esenciales del resarcimiento de los daños morales, con el fin de proponer el traslado del foco de atención del incumplimiento del deber de fidelidad hacia una perspectiva más próxima a la actual configuración de la responsabilidad parental. Para avanzar en esa hipótesis, conecta la cuestión de los daños morales por ocultación de la paternidad con el criterio del Tribunal Supremo de no aplicar el enriquecimiento sin causa para fundamentar la devolución de cantidades entregadas en concepto de alimentos, ya que esta postura del Alto Tribunal transfiere todas las pretensiones patrimoniales y no patrimoniales a las normas generales del derecho de daños.

ABSTRACT: *In recent years, the Spanish Appellation Courts have experienced an increase of claims on paternity fraud. This paper contains a critical analysis of the judgments on this subject, through the study of the essential elements of the compensation for non-pecuniary loss, in order to propose to move the focus from the non-compliance the duty of fidelity to a closer approach to the current configuration of parental responsibility. To advance this hypothesis, it connects the question of non-pecuniary loss for paternal discrepancy with the criteria of the Supreme Court about not to apply unjust enrichment to support the return of maintenance, because the High Court position displaces all pecuniary and non-pecuniary claims to the general rules of tort law.*

PALABRAS CLAVE: Derecho de daños. Daño moral. Enriquecimiento sin causa. Ocultación de la paternidad. Deber de fidelidad. Paternidad no biológica. Responsabilidad parental.

* Estudio realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Análisis jurídico y cuantitativo de la violencia en la infancia y adolescencia: propuestas de intervención socio-legal» (DER 2014-58084-R), del que son IPs Ana M.^a PÉREZ VALLEJO y Juan GARCÍA GARCÍA.

KEY WORDS: Tort law. Non-pecuniary loss. Unjust enrichment. Paternity fraud. Duty of fidelity. Non-biological parenthood. Paternal responsibility.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL: ACTUALIDAD E INTERÉS DEL TEMA.—II. DAÑOS Y DEBER DE FIDELIDAD EN LA OCULTACIÓN DE LA PATERNIDAD: 1. INICIAL EXCLUSIÓN DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE DAÑOS AL DERECHO DE FAMILIA. 2. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y DERECHO DE FAMILIA. 3. DEL DEBER DE FIDELIDAD AL DEBER DE INFORMACIÓN.—III. EL ENFOQUE DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL: 1. LA PATERNIDAD BIOLÓGICA Y LA PATERNIDAD NO BIOLÓGICA. A) *¿Y después de la impugnación de la paternidad?* B) *Referencia a la STS de 20 de noviembre de 2013.* 2. DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES ENTREGADAS EN CONCEPTO DE ALIMENTOS. LA STS DE 24 DE ABRIL DE 2015.—IV. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LOS DAÑOS MORALES POR OCULTACIÓN DE LA PATERNIDAD: 1. PUNTO DE PARTIDA Y CUADRO GENERAL. 2. CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN. 3. LA CONDUCTA DOLOSA. 4. VALORACIÓN DE LOS DAÑOS MORALES.—V. UN CASO RECIENTE: LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CANTABRIA DE 3 DE MARZO DE 2016.—VI. REFLEXIONES FINALES.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL: ACTUALIDAD E INTERÉS DEL TEMA

Una reciente nota de prensa del Ministerio de Justicia alemán da noticia de una iniciativa legislativa aprobada por el Consejo de Ministros del pasado 31 de agosto de 2016, que pretende imponer en determinados procedimientos de filiación en los que se demuestre una falsa atribución de la paternidad, la obligación de la madre de revelar con quién ha tenido relaciones sexuales en el tiempo en que pudo producirse la concepción. Una vez comprobada la identidad del verdadero padre, se le podrá exigir por parte del padre putativo un importe en concepto de los gastos derivados de la manutención del hijo, desde que tuvo dudas sobre la paternidad y empezó el proceso de impugnación, y siempre relativo a un periodo no superior a dos años¹.

Esta noticia tuvo repercusión en los medios de comunicación españoles que pocos meses antes hicieron eco de una SAP de Cantabria de 3 de marzo de 2016 que, adoptando criterios ya asumidos por otras Audiencias provinciales, confirmaba la sentencia del JPI núm. 6 de Santander de 3 de diciembre de 2014, por la que se condenaba a la demandada a pagar una indemnización de 30.000 euros en concepto de daños morales por ocultar dolosamente la verdadera paternidad de una hija nacida constante el matrimonio con el demandante.

La perspectiva de que se sigan presentando litigios en esos términos, unido a la discrepancia de pareceres entre las diferentes Audiencias Provinciales, mantiene el interés por conocer el estado de la cuestión en España, a pesar del elevado número de aportaciones doctrinales sobre este tema en los últimos años, pues es indiscutible que, al igual que en otros países de nuestro entorno cultural, siga habiéndose un importante aumento de demandas relacionadas con esta materia, motivadas en gran medida por la simplificación y marcada fiabilidad de las pruebas de ADN (FARNÓS, 2011, 12).

La eficacia técnica y popularización de las pruebas de paternidad, con fácil acceso y significativa reducción de costes, permite que muchos hombres que dudan de su verdadera paternidad respecto de hijos nacidos durante una rela-

ción matrimonial o en una convivencia de hecho, busquen la verdad biológica, incrementando impugnaciones judiciales de la paternidad, en las que además de ese deseo de conocer la verdadera naturaleza de los lazos entre padre e hijo, salen a relucir otras demandas, como una posible restitución del importe de los alimentos prestados al hijo o los daños morales causados por la ocultación de la paternidad y la pérdida del estatus de padre².

En la mayor parte de los casos estudiados, la madre es la demandada por los daños patrimoniales y morales sufridos, aunque también existen reclamaciones dirigidas contra del padre biológico, cuando pudo ser identificado.

El fundamento de dicha responsabilidad civil se asienta en argumentos muy dispares, pero que pivotan sobre el deber de fidelidad, dificultando su encaje en los principios que rigen el actual derecho de familia y de la persona, así como el propio derecho de daños.

El principal cometido de este trabajo es examinar la cuestión de los daños morales, pues el descubrimiento de la falsa paternidad y su impugnación ante los tribunales pueden traer como consecuencia un profundo sentimiento de pérdida, principalmente cuando implica la ruptura completa o el marcado deterioro de las relaciones con el hasta entonces considerado hijo o hija biológicos; pero al mismo tiempo, quiere promover un distanciamiento de la utilización del derecho de daños para punir el incumplimiento del deber de fidelidad y sugerir una mayor aproximación al resarcimiento por el dolor causado por la pérdida o merma de lazos afectivos, reivindicando un concepto de paternidad más acorde con la actual configuración de la responsabilidad parental.

II. DAÑOS Y DEBER DE FIDELIDAD EN LA OCULTACIÓN DE LA PATER- NIDAD

La aplicación de las normas del derecho de daños a las relaciones de derecho de familia, muy especialmente las conyugales o de pareja, y las paterno-filiales es un tema no exento de polémica y presenta muchos matices que dificultan —cuando no impiden— aportar conclusiones cerradas.

Es innegable el interés despertado en la doctrina española en los últimos años, reflejado en una proliferación de trabajos sobre los daños en derecho de familia (MARTÍN-CASALS y RIBOT, 2011, 504), pues aunque tradicionalmente se haya querido sustraer de la esfera de las relaciones familiares la posibilidad del ejercicio de acciones de responsabilidad extracontractual, sobre la base de un principio de inmunidad del derecho de familia frente al derecho de daños (RODRÍGUEZ GUITIÁN, 2009, 26) a raíz de una serie de decisiones judiciales de la última década —de las que sobresale la STS de 30 de junio de 2009 que resarce los daños que una madre causó al progenitor no conviviente al marcharse a vivir a Estados Unidos con el menor, impidiéndole mantener una relación personal con el hijo—, la cuestión adquiere mayor protagonismo judicial.

1. INICIAL EXCLUSIÓN DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE DAÑOS AL DERECHO DE FAMILIA

Aquellos que han estudiado con detenimiento la evolución de la materia en derecho comparado señalan un horizonte inicial de limitación de la resarcibilidad de los daños a las normas específicas de derecho penal o de derecho privado, sin que se pudiesen admitir demandas entre cónyuges o entre padres e hijos con

base en las doctrinas de la *interpousal immunity* o de la *parental immunity* (por todos, FERRER I RIBA, 2001, 1-21).

El progresivo abandono del postulado de la inmunidad en el ámbito de las relaciones familiares por parte de los tribunales españoles no es un proceso libre de dificultades y pone de manifiesto resoluciones de avance y otras de claro retroceso en la aceptación de los remedios resarcitorios *ex* artículo 1902 del Código Civil en el derecho de familia³.

Ello se explica porque las relaciones de confianza y solidaridad propias de los lazos familiares son un terreno poco propicio al reconocimiento de daños resarcibles⁴. Cualquier demanda en un universo sociológico tan cerrado en el que el grupo trasciende al individuo puede ser visto como una afrenta a los principios de solidaridad familiar que rompa la armonía de la convivencia (RODRÍGUEZ GUTIÁN, 2009, 9)⁵.

Ahora bien, la tendencia expansiva de la autonomía privada en el derecho de familia y la consecuente disminución de normas imperativas en este sector del derecho privado, proporciona nuevas herramientas de análisis.

2. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y DERECHO DE FAMILIA

La expansión del principio de autonomía privada y, consecuentemente, la drástica disminución de normas imperativas en el ámbito del derecho de familia, han puesto a la persona individualmente considerada como protagonista frente a la institución familiar. En una visión tradicional de las relaciones familiares se marcaba una diferencia entre las relaciones patrimoniales que vendrían esencialmente de la autonomía de las partes, frente a aquellas familiares cuyo vínculo previo sería de carácter institucional y por lo tanto dominado por normas de orden público.

El cambio de perspectiva da entrada a una nueva ética de la construcción personal ajena a criterios externos al individuo. En esta senda, el sujeto no pierde su individualidad por pertenecer a un núcleo familiar.

Una lectura constitucional ubica este nuevo paradigma en el artículo 10.1 CE que consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad; consiguientemente, adquiere protagonismo el derecho a conocer el origen biológico, el derecho de los menores a mantener relaciones de comunicación y visitas con familiares y allegados, el carácter contractual de la relación matrimonial, el divorcio no causalizado, etc.

Desde esta perspectiva, la reclamación de los daños entre cónyuges ya no puede ser descartada con base en los argumentos de la inmunidad familiar. Incluso manteniendo cierto margen de especialidad para las relaciones en comunidad, ello ya no puede significar carta blanca para que sus miembros puedan lesionarse mutuamente⁶.

Ahora bien, la tendencia a no excluir de plano la aplicación de las normas de la responsabilidad extracontractual a los daños producidos en la familia (VARGAS ARAVENA, 2009, 145) no significa su generalización sin más. Todo lo contrario, sigue siendo una tarea difícil el encaje del resarcimiento de daños en el ámbito de la lesión entre familiares.

En la agrupación de los casos realizada por MARTÍN-CASALS y RIBOT (2011, 153), sobresale dos conjuntos de conflictos. Por una parte aquellas reclamaciones por incumplimiento del deber de fidelidad conyugal reflejada en la ocultación de la verdadera paternidad de hijos nacidos constante el matrimonio, y por otro

lado, reclamaciones relacionadas con el derecho de los menores de mantener relaciones personales con ambos progenitores. Pues bien, en este trabajo tomamos exclusivamente la cuestión de la falsa atribución de la paternidad y se quiere reconducir todas estas cuestiones al sentido normativo del ejercicio de la responsabilidad parental como fundamento de una eventual aplicación del derecho de daños a las situaciones descritas en los litigios.

3. DEL DEBER DE FIDELIDAD AL DEBER DE INFORMACIÓN

En la doctrina contenida en las SSTs de 22 y 30 de julio de 1999 la premisa es que el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro no es susceptible de reparación económica alguna, y en aquel momento, la única consecuencia jurídica que contemplaba nuestra legislación era la de ruptura del vínculo conyugal⁷.

A pesar de la contundencia de la afirmación descrita: los daños causados por la infidelidad no son resarcibles, los dos pronunciamientos del Alto Tribunal fueron abriendo espacio para la idea de que cosa distinta es si el incumplimiento del deber de guardarse fidelidad causa un daño que va más allá de la infidelidad en sí misma, y alcanza, por ejemplo, las relaciones paterno-filiales, para resarcir el dolor que provoca el ocultamiento y sus consecuencias.

Con la SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004, reiterada en otra posterior de 5 de septiembre de 2007 empieza a ganar cuerpo la construcción de un deber de información como elemento de la tipicidad del ilícito civil sancionable por la conducta de ocultación de la paternidad, ya que «Si bien la infidelidad conyugal no es indemnizable, sí lo es la procreación de un hijo extramatrimonial con ocultamiento a su cónyuge».

El deber de fidelidad se va transformando en un deber de información, incluso porque, después de la reforma del Código Civil producida por la Ley 15/2005, no existe una sanción específica para el incumplimiento del deber de guardarse fidelidad, predominando una visión de autonomía de las partes para, en tales situaciones, instar la ruptura del vínculo, sin necesidad de alegar ningún tipo de causa.

El desgajamiento del deber de información del deber de fidelidad se puede ver como una consecuencia de la ampliación del concepto de fidelidad que supera el quebrantamiento de la exclusividad en las relaciones sexuales. Ese extremo se expresa claramente en la SAP de Jaén de 9 de marzo de 2015 en la que se considera irrelevante que la concepción del hijo haya sido el resultado de relaciones con un tercero o de la utilización de técnicas de inseminación artificial, el elemento determinante es el engaño, la ocultación de una información esencial.

Por lo tanto, aquellas demandas en las que se solicitan indemnizaciones por los daños morales sufridos por la infidelidad en sí misma estarían condenadas al fracaso.

Con todo, en opinión de DE VERDA Y BEAMONTE y CHAPARRO MATAMOROS (2012, 145)⁸, podría prosperar una demanda de resarcimiento de daños morales por incumplimiento del deber de fidelidad. Alimenta esta tesis minoritaria de la sanción por incumplimiento del deber de fidelidad la reciente SAP de Cádiz de 16 de mayo de 2014, —que encabeza su fundamento jurídico tercero con el título «Las bases de la responsabilidad: el incumplimiento cualificado del deber de fidelidad»—, cuando pondera que «Salvo que consideremos que el conjunto de los deberes matrimoniales establecidos en los artículos 66 a

68 del Código Civil, y en lo que aquí interesa, la fidelidad, como meros modelos teóricos de comportamiento para los cónyuges que no los obligan, su condición de auténticos deberes jurídicos debe ser puesta en duda. No es eso, sin embargo, lo que establece nuestra legislación positiva, tanto desde el punto de vista constitucional, como de legislación ordinaria. La garantía institucional del matrimonio ínsita a la consideración como derecho fundamental en la Constitución Española el de contraer matrimonio (art. 32) impone al legislador la necesidad de dotarla de contenido frente a otras instituciones de convivencia y fruto de ella es el establecimiento por el legislador de ese elenco de deberes, cuya garantía pasa necesariamente por su caracterización como auténticos deberes jurídicos. Y no son tales los que carecen en absoluto de sanción, esto es, si su incumplimiento —aunque se precise que sea cualificado— carece de cualquier sanción. Creemos que no se trata de deberes naturales relacionados con la ética personal de cada uno de los contrayentes, sino de deberes jurídicos por muy peculiares que puedan ser». Esa misma postura se había expresado en una sentencia anterior del mismo órgano, concretamente la SAP de Cádiz de 3 de abril de 2008, que para establecer la obligación de resarcimiento de daños morales por ocultación de la verdadera paternidad no exigió el dolo y consideró que la fidelidad es un deber jurídico indemnizable en sí mismo, visto que no son «deberes naturales relacionados con la ética personal de cada uno de los contrayentes, sino deberes jurídicos por muy peculiares que puedan ser». La Sala ve en la supresión de las causas de separación y divorcio, el fundamento de una responsabilidad civil por el incumplimiento de los deberes entre los cónyuges, ya 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 no 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 ...». Estaríamos adoptando una función punitiva del derecho de daños en el derecho de familia⁹.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia son más proclives a rechazar ese sesgo sancionador de la conducta de la mujer. En un sistema de relaciones igualitarias, en las que el individuo accede libremente a una vida en comunidad, no es posible exigir ser querido, la exclusividad en las relaciones, etc., y por lo tanto, el derecho de daños no puede acabar funcionando como una sanción a comportamientos que no son resarcibles (LÓPEZ DE LA CRUZ, 2010, 26). En esta línea, la idea del deber de información parece más acorde con la actual configuración de los modelos familiares, y sigue siendo la tesis predominante.

III. EL ENFOQUE DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

1. LA PATERNIDAD BIOLÓGICA Y LA PATERNIDAD NO BIOLÓGICA

En muchos de los conflictos resueltos por las sentencias objeto de este comentario, parece traslucir la idea de que el descubrimiento de la verdadera paternidad es en sí misma un punto de ruptura en las relaciones paterno-filiales, afectando la calidad de los afectos y la continuidad de las relaciones.

Es evidente que la sentencia que pone fin al procedimiento de impugnación de la paternidad cambia el estatus jurídico y el demandante deja de ostentar legalmente la condición de padre del hijo cuya filiación fue contestada, pero ello no tiene porqué significar que no quiera mantener los lazos de afectividad con

la persona que creía ser su hijo biológico. Prueba de ello es el supuesto descrito en la STS de 20 de noviembre de 2013 y que más adelante se analizará.

Bajo una perspectiva constitucional, la paternidad biológica sigue conservando un lugar de preferencia en la constitución de las relaciones familiares (ROCA I TRÍAS, 2014, 129), pero también es cierto que se está avanzando hacia su configuración como producto de la voluntad responsable de asumir los deberes de parentalidad en iguales condiciones que aquellas derivadas del hecho biológico previsto en la ley. Y ya no solo en el seno de los casos de adopción o de reconocimiento por complacencia, sino que cada vez hay más «padres de hecho» actuando en situaciones de familias reconstituídas u otros tipos de convivencias.

A) ¿Y después de la impugnación de la paternidad?

Plantear una impugnación de la paternidad no significa que el demandante quiera necesariamente romper las relaciones con su hijo, sino que busca determinar la realidad biológica a los efectos de la relación con su mujer o pareja, de modo que ello no excluye los sentimientos de dolor y el impacto psíquico del resultado de la impugnación. Así lo expresa la SAP de Barcelona de 27 de octubre de 2011, cuando afirma que «la constatación de que el hijo que se creía matrimonial no lo es ha de conllevar, necesariamente, un impacto psíquico o emocional en quien, aún dicha sospecha, ha venido ejerciendo la función que constituye la potestad sobre el hijo menor de edad, sin que ello suponga, como pretende la también apelante, sancionar la infidelidad o el ocultamiento, aunque así lo solicitara el Sr. Ezequías, pues tanto la una, la infidelidad, como el otro, el ocultamiento, son precedentes necesarios del daño que se le produce al actor por la pérdida del hijo que creía matrimonial, aunque él fuera el que interpuso la demanda de impugnación de paternidad»¹⁰.

Parece muy acertada la consideración de RODRÍGUEZ GUTIÁN en el sentido de que la pérdida completa de relación con el menor que se creía era su hijo, puede causar más daño que conocer que no se es padre, pero manteniendo la convivencia (RODRÍGUEZ GUTIÁN, 2009, 173). Y así lo considera la SAP de León de 2 de enero de 2007 cuando reconoce como daño indemnizable la «pérdida de convivencia, de la relación y de lazos afectivos en general con una hija que aquel creía suya».

El reconocimiento internacional del derecho del niño a mantener contacto directo y regular con ambos progenitores obliga a estar de acuerdo con el sector doctrinal que mantiene que debe resarcirse «el sufrimiento de padres o hijos por el abandono, o por las visitas y comunicaciones impedidas» (SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, y PÉREZ VALLEJO, 2012, 240), y del mismo modo por cualquier acción que dificulte o impida dicha relación.

La doctrina emanada del TEDH avala la tesis contenida en la STS de 30 de junio de 2009, en el sentido de que en los supuestos del impedimento o obstaculización del derecho de visitas del progenitor no custodio puede configurarse una responsabilidad extracontractual y el «daño a indemnizar en este caso es exclusivamente el daño moral ocasionado por quien impide el ejercicio de la guarda y custodia atribuida al otro en una decisión judicial e impide las relaciones con el otro progenitor y ello con independencia de que se pueda, al mismo tiempo y de forma independiente, ejercitar las acciones penales por desobediencia». En suma, dicha sentencia admite la aplicación del artículo 1902 del Código Civil en el ámbito de las relaciones familiares, en un caso en que uno de los progenito-

res obstaculiza el derecho del otro a relacionarse con sus hijos, sancionando al progenitor incumplidor (PÉREZ GALLEGO, 2015, 143).

La SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004, en un supuesto de ocultación de la verdadera paternidad, sostiene que el sufrimiento de un padre impedido de relacionarse con sus hijos puede tener «una entidad semejante a la pérdida física de estos». La AP en ese caso afirma que puede ser incluso superior a esa pérdida física, pues en tales situaciones no se puede elaborar el dolo como respuesta a la pérdida sufrida, y concretamente en el supuesto enjuiciado dice en su FJ 10.º que «tras el examen de todos los informes, llegamos a la conclusión que ha existido una dolencia que ha sido muy grave, con riesgo para su vida, por sus ideas de suicidio, y todo generado, no por la separación matrimonial, sino por la pérdida de los que consideraba sus hijos, con una entidad semejante a la pérdida física de estos»¹¹.

Es una equiparación que ha sido muy criticada por excesiva, pues el carácter definitivo y destructor de la muerte no se podría comparar a ninguna situación en que, a pesar del daño extremo, sea factible revertir de alguna manera en una recuperación o mantenimiento de las relaciones emocionales entre las personas que creían que entre ellas existía una relación paterno filial biológica (FARNÓS, 2007, 9).

Con todo, entiendo que se debe explorar ese camino, en vista de que el daño verdaderamente resarcible debería ser esa pérdida de la condición de padre y la merma en su relación con el hijo putativo.

Invita a avanzar sobre esa idea la SAP de Jaén de 9 de marzo de 2015, en la que se reconoce que la situación provocó una afectación psicológica en el demandante, que agravó su enfermedad de Crohn, siendo indemnizable los daños por el agravamiento de la enfermedad diagnosticada, aunque respecto a los daños morales puros, más allá del empeoramiento de la referida patología, se considera que «no tuvo depresión, ni tratamiento en salud mental», y, por otro lado, apunta que fue escasa la convivencia con la menor, puesto que nació a principios de 2010 y en verano ya estaban separados. presentándose la demanda de divorcio en septiembre de 2010, y no llegando a ejecutarse las visitas acordadas como medidas provisionales, «por lo que el grado de frustración o pérdida de afecto no puede calificarse de importante, y este dato ha de tenerse en cuenta para fijar el daño indemnizable, considerando esta Sala que únicamente lo es el periodo marcado por el perito médico, durante el cual se produjo la afectación psicológica y al mismo tiempo repercusión física por la naturaleza de su enfermedad». Como resultado «se concreta la indemnización por daño físico y moral en 15.000 euros, sin que quepa conceder una cantidad añadida por un «supuesto daño moral» además del anterior, que no se justifica».

En la SAP de Valencia de 13 de noviembre de 2014, el demandante reclamaba 100.000 euros, «por los daños morales causados por la pérdida de la hija, al haberse engañado al actor sobre el origen de la gestación de la menor, explicando que: ante la imposibilidad de tener descendencia, las partes acuden a técnicas de reproducción asistida, quedando al cabo del tiempo la demandada embarazada e indicando que ha sido fruto de esa técnica, por lo que el demandante reconoció la paternidad legal de la menor, el día 31 de enero de 2006, habiéndose separado las partes en el año 2008, y después de numerosas indagaciones el actor llegó a conocer que la menor resultó fruto de una gestación totalmente normal, y extraconyugal, por tanto se le ocultó el verdadero origen de su nacimiento, obteniendo un reconocimiento legal que otra manera no hubiese obtenido; este descubrimiento produjo al demandante un impacto emocional que necesitó tra-

tamiento psiquiátrico, el 4 de octubre 2011 se diagnostica al demandante un trastorno adaptativo con reacción depresiva prolongada debido a que ha sufrido la pérdida del contacto drásticamente con la menor a la que quería como su hija, una pérdida irreparable, definitiva y sin posibilidad de recuperación».

En primera instancia concedieron la indemnización por entender probado que «como consecuencia del conocimiento del origen natural de la menor y la pérdida de su contacto y de los lazos afectivos que mantenía con ella, que según todos los facultativos que han declarado ha generado un trastorno de adaptación a la nueva realidad». A esta decisión se recurrió en apelación alegando esencialmente dos argumentos. Por un lado, la prescripción de la acción, alegación rechazada; y por otra parte, el incumplimiento de los requisitos del artículo 1902 del Código Civil por no quedar probada la actuación culpable y por la ausencia de un nexo causal, ya que el demandante tendría conocimiento de la gestación natural y por lo tanto de la infidelidad de la mujer, y que con todo asumió la paternidad; asimismo, la pérdida del contacto con la hija sería imputable exclusivamente al actor que ejerció la acción de impugnación de la paternidad.

Sobre este segundo aspecto, la Audiencia entendió que «se debe aceptar la existencia de una acción dolosa de la demandada al hacer creer al actor que la hija se había engendrado por inseminación artificial, y que es la rotura de esa creencia al descubrirse el engaño de la paternidad biológica la que genera el daño moral alegado en la demanda». La lectura de la sentencia hasta este punto pudiera hacer pensar que el fundamento del daño moral fue la ruptura del deber de fidelidad, sin embargo, a continuación se enlaza con el engaño a la pérdida de la relación paterno-filial. Concretamente dice que «la circunstancia determinante es la rotura del lazo de sangre con la menor, el legal derivó de aquel, fue ese conocimiento de la ausencia de ese vínculo sanguíneo lo que desencadena, al ser presupuesto, la ruptura de los vínculos legales y en su consecuencia también los personales son con la menor. Así pues no estamos en que la ruptura de las relaciones con la menor nazca de la voluntad del demandante, sino que tuvo su origen en el engaño o mejor dicho en el conocimiento de la inexistencia de vínculo de sangre, el que por su transcendencia, afectó tanto al parentesco legal como a la relación personal con la menor, privando al actor de la misma». Idea que refuerza el FD 4.º «El daño moral que se indemniza nace de que le ha producido el conocimiento de la no paternidad de la menor y de los lazos afectivos que mantuvo con ella hasta que conoció el engaño»¹².

Hubiese sido de especial interés conocer la opinión del TS sobre el supuesto planteado en su sentencia de 14 de julio de 2010, pero no se llegó al fondo de los argumentos elevados a casación, pues se desestimó el recurso al considerarse prescrita la acción de resarcimiento por responsabilidad civil extracontractual¹³, por haber transcurrido más de un año desde la notificación de la sentencia que declaraba que la menor no era hija biológica suya.

El interés reside en que el actor recurrente se refiere a la «pérdida de una hija», además del deterioro de su fama y honor.

A modo de conclusión, creo que la evolución del tratamiento jurisprudencial de la materia debe acompañar la transformación de la vieja patria potestad, hoy rebautizada como responsabilidad parental, pues el dolor de la pérdida de contacto con el menor que se creía hijo debe tener una consideración muy superior a la constatación de la infidelidad. Este sufrimiento si no es igual al de la pérdida de un hijo, desde luego puede hacerse insostenible y condicionar gravemente la salud psíquica y física de quien lo padece.

Para ayudar en esa tarea transformadora, puede tener interés la jurisprudencia relativa al derecho de visitas de los abuelos y allegados. El ejercicio de hecho de funciones propias de la responsabilidad parental, sin un título jurídico que la ampare, es reflejo de nuevos paradigmas de comportamiento social. El apartado segundo del artículo 170 del Código Civil se refiere expresamente a que «No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y allegados».

De hecho, es decisivo en esta nueva conformación de la parentalidad más distante de la realidad biológica, la construcción de un concepto de parentalidad social, a partir de la realidad de las familias reconstituidas.

B) Referencia a la STS de 20 de noviembre de 2013

El complejo supuesto de hecho descrito en la STS de 20 de noviembre de 2013 avala la afirmación de que una acción de impugnación de la paternidad no implica necesariamente que el demandante tenga por objetivo la desconexión de la que era hasta entonces su responsabilidad parental.

En ese conflicto, se consideró procedente la atribución de la guarda y custodia de una niña a quien impugnó su paternidad. Sin entrar en los detalles del caso, se puede destacar que el TS revoca la sentencia de la AP y confirma el criterio de instancia, para hacer prevalecer el interés superior de la menor. Reconoce que «Es cierto que en el momento actual, don Julián no puede ser considerado progenitor respecto de Agueda, pero también lo es que las circunstancias especialmente graves concurrentes permiten atribuirle la custodia en la forma que resolvió la sentencia del Juzgado, que se acepta al asumir la instancia, esto es, a través de los artículos 103,1.^a, prr. 2 y 158, ambos del Código Civil, y artículo 11.2 de la LO 1/1996, de 15 de enero y ello precisamente por el interés público que informa en estos procedimientos con relación a los hijos menores de edad».

2. DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES ENTREGADAS EN CONCEPTO DE ALIMENTOS. LA STS DE 24 DE ABRIL DE 2015

El cierre de la posibilidad del reembolso de los alimentos indebidamente pagados enturbia todavía más las demandas con base en el resarcimiento de daños morales *ex* artículo 1902 del Código Civil, pues de una breve lectura de muchas de las sentencias aquí mencionadas, trasciende el deseo de ver resarcido de alguna manera el engaño y la merma económica de haber asumido no voluntariamente la responsabilidad parental de un hijo que no era suyo.

Con carácter general, nuestros Tribunales no admiten la devolución de las cantidades entregadas en concepto de alimentos. El razonamiento básico consiste en que «la obligación al pago de alimentos a los hijos menores deviene exclusivamente de los efectos de la filiación, la cual, conforme al artículo 112 del Código Civil, opera desde que la misma tiene lugar, es decir, para el caso de los nacidos durante el matrimonio, desde la inscripción en el Registro Civil, por razón de la presunción de paternidad matrimonial, conforme a los artículos 113 y 116 del mismo cuerpo legal. Y no se extingue hasta que recae sentencia contraria a la existencia de dicha obligación por sentencia firme» (SAP de Jaén de 9 de marzo de 2015, en el mismo sentido SAP de Ciudad Real de 29 de febrero de 2012).

La STS de 24 de abril de 2015 consolida esa doctrina y da respuesta negativa a una demanda de devolución con base en las normas sobre el cobro de lo indebido, de las cantidades satisfechas en concepto de alimentos desde su fijación en el convenio regulador previo a la separación matrimonial entre demandante y demandada, y hasta la fecha de la sentencia que declaró que no existía relación de filiación entre el actor y la hija nacida constante el matrimonio. La sentencia del Juzgado estimó la demanda, pero fue revocada por la Audiencia Provincial que entendió que no existe base jurídica para estimar la acción de reembolso por cobro de lo indebido de pensiones alimenticias establecidas judicialmente, y que si bien se podría aplicar las normas de la responsabilidad civil extracontractual, en el caso concreto la acción había prescrito.

El TS confirma la sentencia de la AP y en atención al recurso de casación planteado no acoge la posibilidad de admitir la acción de enriquecimiento injusto derivada del artículo 1895 del Código Civil, para la devolución con carácter retroactivo de los alimentos entregados a una hija menor, como consecuencia de una sentencia que declara la inexistencia de relación paterno filial, precedida de un proceso de impugnación de aquella.

En su fundamentación hace un repaso sobre la disparidad de criterios en las Audiencias¹⁴ que en algunos casos sostienen la adecuación del cauce del artículo 1895 del Código Civil, en otros mantienen que la vía correcta es el artículo 1902 del Código Civil¹⁵, y en ocasiones consideran que en tanto no se declare que el padre que lo era ha resultado no serlo, no es de aplicación el cobro de lo indebido, pues hasta entonces los alimentos eran debidos¹⁶.

Todo ello para asumir esta última postura y declarar que el derecho a los alimentos de la hija existía por el hecho de haber nacido dentro del matrimonio, y por lo tanto, «los pagos se hicieron como consecuencia de una obligación legalmente impuesta entre quien pagaba y quien se beneficiaba de dicha prestación, y es efectiva hasta que se destruye esta realidad biológica mediante sentencia dictada en proceso de impugnación de la filiación matrimonial, lo que hace inviable la acción formulada de cobro de lo indebido»¹⁷.

Esta doctrina devuelve el problema al derecho de daños y, por ello, entiendo muy inspiradora y comparto la opinión recogida en el voto particular de los magistrados Antonio SALAS CARCELLER y Francisco Javier ORDUÑA MORENO en el sentido de que no se trata de una devolución de los alimentos prestados a la hija, ya que la reclamación económica no se dirige contra ella. Con independencia de ciertas matizaciones en los efectos retroactivos, lo cierto es que «Impugnada con éxito la filiación matrimonial, la consecuencia innegable que se deriva es que el marido no tuvo nunca la condición de padre respecto del hijo», y por lo tanto la obligación de prestar alimentos correspondía a los progenitores.

Y para mí la conclusión más importante del voto particular es que «una solución como la adoptada por la presente sentencia no solo impide el resarcimiento del daño frente a la madre sino también frente al verdadero padre, en el caso de que llegara a ser conocido»¹⁸. Esta situación puede llevar a que, erróneamente, se vea en la demanda de daños morales, la única salida para obtener algún resarcimiento.

IV. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LOS DAÑOS MORALES POR OCULTACIÓN DE LA PATERNIDAD

En un panorama de irresarcibilidad de los daños por incumplimiento de los deberes conyugales, las decisiones de los tribunales aquí analizadas presentan

un importante ejercicio de extensión de los mecanismos de responsabilidad civil, cuyos excesos no han estado exentos de críticas (DÍEZ-PICAZO, 2008, 46).

1. PUNTO DE PARTIDA Y CUADRO GENERAL

La andadura empieza con dos sentencias del TS que negaron la resarcibilidad de los posibles daños causados por ocultación de la verdadera paternidad, al considerar que en los supuestos enjuiciados no se daban las condiciones para reconocer dicha resarcibilidad.

La STS de 22 de julio de 1999 consideró inaplicable el artículo 1902 del Código Civil por no apreciar dolo en la conducta de la demandada, que conoció la paternidad biológica de su hijo cuando este ya tenía veinticuatro años. Interpretada a *contrario sensu*, muchas sentencias de Audiencias Provinciales pasan a considerar que la única vía para reclamar una indemnización por daños proviene de la aplicación del citado precepto, siempre que se aprecie dolo en la conducta de la demandada.

La segunda STS, de 30 de julio de 1999, aportó importantes matizaciones, pues a pesar de apreciar dolo en la conducta de la esposa, negó la procedencia de una indemnización con base en dos argumentos claves. Por un lado, el incumplimiento del deber de fidelidad del artículo 68 del Código Civil solo constituye una causa de separación matrimonial —vigente entonces la causa del artículo 82.1. del Código Civil— que no comportaba ningún efecto económico y tampoco estaba comprendida en la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil; por otra parte, entiende que por más que se estimen como contractuales los deberes matrimoniales en razón a la propia naturaleza del matrimonio, no es aplicable el artículo 1101 del Código Civil, «pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar».

La problemática jurídica contenida en las dos decisiones adquiere mayor impacto en la literatura jurídica en el momento en que nuestras Audiencias Provinciales empiezan a perfilar los criterios del TS.

2. CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

La primera particularidad procesal en este ámbito es la conexión entre esta acción para exigir la responsabilidad extracontractual y la acción de impugnación de la paternidad. En el estudio detallado de la cuestión que hace FARNÓS (2011, 36) se pone de manifiesto que el aspecto más crítico es la determinación del momento del conocimiento de la falsa paternidad, ya que muchas demandas planteadas no han seguido adelante en la valoración de los requisitos de una resarcibilidad de los daños, precisamente por haber transcurrido el plazo prescripcional de un año.

La regla expresada en el artículo 1968.2 del Código Civil se refiere al conocimiento, pues el plazo de un año para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil empieza a contar «desde que lo supo el agraviado».

Las sentencias aquí analizadas presentan discrepancias respecto de la consideración del *dies a quo*, aunque se puede decir que predomina el cómputo desde el momento en que la sentencia de impugnación de la paternidad deviene firme. Fijando el inicio del plazo prescriptivo en el hecho objetivo de la sentencia firme,

se gana en seguridad jurídica, ya que permite elaborar un discurso basado en el carácter «definitivo» y «oficial» de la pérdida.

Es el parecer adoptado en los casos descritos en la STS de 14 de julio de 2010, y SSAP de León de 2 de enero de 2007, Baleares de 20 de septiembre de 2006, y más recientemente en la SAP de Cáceres de 8 de junio de 2016.

La SAP de Valencia de 13 de noviembre de 2014 explica el sentido de fijar el conocimiento en el momento de la sentencia definitiva cuando razona en su FJ 2.º que «solo desde el momento que el demandado obtuvo la declaración de que la menor no era hija suya, al resolverse la pretensión deducida en ese sentido, puede fijarse como aquel donde se produce el hecho que generó la reclamación indemnizatoria por la pérdida de la paternidad. La tesis de la recurrente, remitiéndonos al día que tuvo conocimiento por comunicación de la demandada, olvida la naturaleza de la acción ejercitada y sus presupuestos fácticos, así, en caso de que la demanda de impugnación de paternidad no hubiese prosperado, el daño reclamado en este procedimiento habría carecido de sustento y no habría podido ejercitarse la acción de responsabilidad, al seguir vigente la relación paterno filial, es por tanto la pérdida de esa relación la que permite el ejercicio de la acción deducida en este procedimiento».

Ese carácter definitivo que otorga la sentencia es apreciado como elemento de valoración del impacto del daño por la SAP de León de 2 de enero de 2007 cuando afirma que «a partir de ese momento supo el Sr. Pedro Francisco que se le habían acabado las armas legales para seguir luchando por seguir siendo el padre de la que hasta entonces había sido su hija».

Ahora bien, aunque sea minoritario es preciso apuntar que en algunos casos, como en la SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004, se valoró como *dies a quo* el momento del conocimiento del resultado de las pruebas de ADN¹⁹.

Más recientemente, la STS de 18 de junio de 2012 que trae causa de una demanda formulada por el actor contra la madre y el padre biológico por daños físicos y morales causados como consecuencia de la pérdida de dos hijas criadas como tales y concebidas por los demandados ocultándole la realidad de tal concepción y paternidad. La demanda se había presentado transcurrido más de un año desde que el demandante había recibido el alta médica del tratamiento psicológico al que se había sometido. El demandante pretendía que el cómputo del plazo tuviese lugar desde la fecha de la sentencia que resolvió la impugnación de la paternidad. El TS entiende probado que los daños ya se habían producido antes de dicha sentencia, puesto que tras el divorcio de la pareja, los hijos fueron a vivir con la madre y el padre biológico, provocando una pérdida del contacto con los menores, hecho que ha llevado al demandante a padecer una fuerte depresión, diagnosticada y tratada.

3. LA CONDUCTA DOLOSA

Respecto de la exigencia de una actuación dolosa se pueden encontrar pronunciamientos dispares en las Audiencias Provinciales, pues mientras algunas exigen la prueba del dolo, otras, conscientes de su dificultad extrema, optan por la culpa como criterio de imputación, de modo que la falta de la diligencia debida en la averiguación de la paternidad del hijo, cuando se mantienen relaciones sexuales simultáneas con el cónyuge y un tercero, podría dar lugar a una indemnización por daños morales.

Las primeras decisiones de AP posteriores a las citadas SSTS de 22 y 30 de julio de 1999 no se centraron en la negligencia de la concepción del hijo, sino

que exigieron la conducta dolosa del cónyuge que ocultó la paternidad (MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, 2004,1-23).

Es el caso, por ejemplo, de la SAP de Girona de 13 de junio de 2002 que corrige una decisión del juzgado que había fijado una indemnización de 30.000 euros por los daños morales provocados por la ocultación de la paternidad de un hijo nacido durante el matrimonio, con base en la idea de que mantener una relación fuera del matrimonio, aunque no se pueda demostrar que se hayan tomado las debidas precauciones anticonceptivas, no implica automáticamente una actuación dolosa.

La SAP de Pontevedra de 13 de diciembre de 2006 no observa dolo en el comportamiento de la madre y padre biológicos porque no se puede deducir sin más la procreación intencionada «no entendiéndose la simple negligencia, o desatención, sin descartarse el fallo de los elementos anticonceptivos, como generador de responsabilidad»

La SAP de Barcelona de 22 de julio de 2005 tampoco encuentra una actuación dolosa en la ocultación, pues no deben ser confundidas «la realidad de la situación de infidelidad conyugal, con la del conocimiento de que la hija nacida constante matrimonio no hubiere sido concebida por el hoy actor», siendo determinante en la apreciación de la ausencia de dolo «la existencia de relaciones sexuales matrimoniales plenas, al momento de la concepción, con el *ex* marido y demandante; y la mayor capacidad económica de la *ex* esposa documentada en autos».

Este último aspecto —haber mantenido igualmente relaciones sexuales con el marido— es resaltado como elemento de exclusión de la intencionalidad del daño, de igual modo en las SSAP de Burgos de 16 de febrero de 2007, y de Segovia de 11 de diciembre de 2007. Se entiende, con esta tesis, que entra dentro de lo razonable la existencia de dudas en la propia mujer sobre la auténtica paternidad, muchas veces demostrada por su oposición a la acción de impugnación de la paternidad.

La SAP de León de 30 de enero de 2009 describe la construcción de una estrategia dolosa «con la finalidad de obtener su ansiada maternidad fuera del matrimonio, ya que con su esposo lo veía inviable, y sin tener en cuenta ni los sentimientos de su esposo ni el daño irreparable que su conducta produciría con seguridad a todas las personas afectadas por su comportamiento, y no conforme con ello, mantuvo en secreto tal circunstancia, haciendo creer a su esposo que la hija era suya, lo que generó en este el lógico sentimiento de cariño que normalmente se tiene hacia una hija que él consideraba de su sangre».

Decisiones más recientes también insisten en la necesidad de una actuación dolosa. Así la SAP de A Coruña de 8 de noviembre de 2010, dice que la mera negligencia no es suficiente para establecer una responsabilidad civil por daños.

En esa línea, la SAP de Granada de 13 de junio de 2014 desestimó la pretensión indemnizatoria por daño moral al considerar que en la ocultación de la posible falta de paternidad del actor respecto del hijo nacido durante el matrimonio cuando la demandada no conocía aquella, por comunicársela el padre tras realización de prueba biológica, no hay dolo. Si bien mantuvo de forma consciente relaciones sexuales con tercero, en la medida en que también las tuvo con su esposo en el momento de la gestación y nacimiento del hijo, únicamente prueba que existía la duda acerca de la identidad del padre biológico. Completa el criterio, la apreciación de que la simple duda de la paternidad biológica por parte de la esposa no es determinante en todo caso de responsabilidad frente al esposo por el posterior descubrimiento de la auténtica filiación biológica, por lo

que habrá que estar a la valoración de las circunstancias del caso. En el supuesto, se trataba de un hijo concebido antes del matrimonio.

También aplica esa doctrina la SAP de Sevilla de 9 de julio de 2015, en un conflicto en que, corrigiendo la decisión de instancia, estima en su integridad el recurso, sobre la base de que no pudo acreditarse la existencia de ocultación dolosa de la paternidad; «ya que no se comparte el criterio de que incurra en responsabilidad la esposa que ha mantenido la relación extramatrimonial por el solo hecho de no haber promovido la prueba biológica para despejar las dudas sobre la paternidad con relación a su hijo», asimismo «no pudiendo pretender que se exija a su esposa responsabilidad a su favor por una supuesta negligencia en la comprobación de la paternidad en la que también él habría incurrido». Y la SAP de León de 23 de noviembre de 2012, desestima la pretensión de una indemnización por ocultación de la verdadera filiación de un menor, por falta de acreditación de dolo.

Ahora bien, no siempre la actuación dolosa es tan evidente como en la SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004 que entendió probada que la paternidad de tres de los cuatro hijos nacidos durante el matrimonio no correspondía al marido, y en el caso concreto fueron condenados al resarcimiento por daños morales tanto el cónyuge infiel como el verdadero padre de los hijos producto de la relación extramatrimonial.

Por ello, y teniendo en cuenta la propia redacción del artículo 1902 del Código Civil, está abierto el camino a la interpretación más flexible llevada a cabo, por ejemplo, por la SAP de Barcelona de 16 de enero de 2007, que consideró negligente la actuación de la demandada que pudo y debió sospechar que era otro el padre de la menor. En esa ocasión, quedó probado que la demandada no se había quedado embarazada durante diecisiete años de matrimonio, a pesar de su voluntad y de haberse sometido a diversos tratamientos de fertilidad; y que precisamente en la época de la concepción de su hijo mantuvo relaciones sexuales con un tercero, situación que debió hacerle plantearse que el padre no fuera su marido²⁰. De forma categórica acomete la tarea de superación de la exigencia del dolo cuando dicta que «la culpa o negligencia a que se refiere el artículo 1902 del Código Civil constituye un concepto más amplio que el dolo o intención maliciosa. Puede afirmarse que [la demandada] no tenía la certeza o no sabía que el padre de la menor no era su marido, pero pudo y debió sospechar que podía ser otro el padre de la menor; al haber mantenido relaciones sexuales con dos personas al tiempo de su concepción y debió adoptar las medidas tendentes a su veraz determinación. La omisión en la adopción de dichas medidas debe calificarse como un comportamiento o conducta negligente a los efectos de lo dispuesto en el artículo 1902 del Código Civil, por lo que de su actuación u omisión se deriva responsabilidad extracontractual». Aunque es curioso que la propia AP de Barcelona muestra poco después, un criterio distinto cuando en otra sentencia de 23 de julio de 2009 atiende al recurso de la demandada, por no considerar negligente la ocultación de la paternidad cuando la mujer mantuvo relaciones sexuales con un tercero durante la vigencia del matrimonio, sin que mediase una separación de hecho y con total desconocimiento de la situación por parte del marido.

La SAP de Cádiz de 3 de abril de 2008 sigue el planteamiento de que mantener relaciones sexuales simultáneas es un comportamiento negligente que puede generar responsabilidad por los daños causados, puesto que «puede presumirse que la esposa que mantiene simultáneamente relaciones sexuales con otro hombre y queda embarazada sabe o puede saber que existe más de una paternidad

posible. En consecuencia, debe hacer todo lo razonable para determinar la paternidad biológica desde el primer momento, evitando así, si es el caso, que se considere padre al marido por el juego de la presunción legal de paternidad matrimonial. Y esa conducta ya es en sí mismo gravemente negligente y legítima su responsabilidad».

4. VALORACIÓN DE LOS DAÑOS MORALES

Por lo que a los daños morales se refiere, aquí el bien jurídico protegido es la integridad psíquica de los padres no biológicos que desconocían la verdad.

Los daños tenidos en cuenta en las sentencias se refieren esencialmente al impacto emocional y psicológico que la situación haya provocado en el actor, tanto en el momento del conocimiento de la verdad, como posteriormente en su repercusión en la relación con la persona que consideraba su hijo. De ahí la importancia de la prueba pericial.

Sirva como ejemplo, el caso descrito por la SAP de Jaén de 9 de marzo de 2015 que considera probado el nexo de causalidad entre la ocultación de la paternidad y el empeoramiento de la enfermedad del demandante. Dice «A la vista de lo anterior, se coincide con el perito valorador del daño en la existencia de un nexo causal entre el curso clínico de la enfermedad y el conflicto personal derivado de la imputación de la paternidad de la menor, coincidiendo en el tiempo la agravación de su enfermedad con la comunicación por la demandada de la no paternidad, siendo esta el hecho que desencadena el agravamiento, por cuanto en el curso clínico influye de manera directa las situaciones de ansiedad o estrés emocional, como el padecido por el actor, que además de ser consecuencia natural y lógica al hecho de enterarse de que no es el padre de la hija en este caso está constatado clínicamente y además resulta de las propias conversaciones grabadas, en las que le decía a la demandada que estaba del estómago fatal por la gran incertidumbre que tenía acerca del tema de la paternidad, coincidiendo la mejora de su estado con la resolución de este tema, es decir cuando se dicta sentencia declarando que su no paternidad en enero de 2012 y posterior de divorcio, sin acordar medidas de ningún tipo».

V. UN CASO RECIENTE: LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CANTABRIA DE 3 DE MARZO DE 2016

Con el relato de esta decisión judicial es posible hacer un repaso de los principales aspectos aquí tratados. Por un lado, no hubo prescripción porque se ha entendido que el conocimiento se produjo al dictarse sentencia firme estimatoria de la impugnación de la paternidad. Pudo demostrarse la actuación dolosa de la demandada que ya conocía la duda de la paternidad desde el mismo embarazo. Y en cuanto a la valoración del daño moral, si bien afirma que el cuadro de trastornos psicológicos presentados por el actor se enmarca en una ruptura traumática, entiende que se agravó claramente con el conocimiento de la exclusión de su paternidad.

La historia judicial de este litigio tiene su primera decisión en la sentencia de 3 de diciembre de 2014 del JPI núm. 6 de Santander que atendiendo a las reclamaciones del demandante condena a la demandada a pagar al actor la cantidad de 30.000 euros en concepto de daños morales. En el fundamento de

la imputación de la responsabilidad se hace referencia expresa a la «conducta y actuación maliciosa en la ocultación de la real paternidad de la hija que fue inscrita como matrimonial de las partes».

La SAP confirma el criterio de la primera instancia contestando a los tres fundamentos del recurso: la existencia de prescripción extintiva de la acción entablada *ex* artículo 1968.2 del Código Civil, el error en la valoración de la prueba, y la errónea interpretación al caso del artículo 1902 del Código Civil y la jurisprudencia de desarrollo.

Respecto de la primera alegación de prescripción de la acción entablada el 16 de enero de 2014, es rechazada porque se entiende que el *dies a quo* fue el momento en el que se ha dictado la sentencia firme estimatoria de la pretensión del demandante de impugnación de la filiación matrimonial, el 13 de junio de 2013; y no, como mantenía la recurrente, el momento en que se tuvo conocimiento del resultado de una prueba de paternidad el 13 de marzo de 2012, ya que según la Audiencia tal prueba fue el primer indicio cierto que el actor pudo tener de no ser el padre, pero en ningún caso concluyente, pues como admitía el propio informe que acompañaba el resultado de la prueba, este poseía un mero carácter informativo y oportuno valor probatorio, ya que no constaba de forma inequívoca la identidad de los implicados ni existía una garantía de cumplimiento de la cadena de custodia.

El punto de partida del reconocimiento de un deber de indemnizar daños morales en el supuesto concreto empieza en el Fundamento cuarto de la sentencia por el planteamiento general de que son plenamente admisibles en la actualidad los daños morales en las relaciones familiares, una vez que la familia dejó de ser una institución a la que había que garantizar su paz y privacidad, para adquirir un carácter más liberal, individualista «en la que se busca potenciar los derechos individuales de las personas también en el ámbito de la familia y la propia autonomía privada en la determinación de las relaciones conyugales».

Reconoce que la doctrina mayoritaria de las Audiencias exige un ocultamiento doloso que en muchos supuestos es de difícil prueba. En el caso concreto, parte del concepto de dolo del artículo 1269 del Código Civil y recuerda que «las palabras o maquinaciones pueden ser de carácter positivo, que será lo normal, o negativo, cuando se utiliza la reticencia o el silencio ante una situación que razonablemente podía dar lugar a pensar lo contrario». Ese deber de información no se ha cumplido en esa ocasión, pues «es razonable presumir que la esposa que mantiene relaciones sexuales ajenas al matrimonio y de resultados de alguna de ellas queda embarazada, cuando no la conoce directamente, sí tiene que dudar de la paternidad. Y una conducta apropiada le obliga a resolver la duda, cuando la tenga, antes de que simplemente se considere padre al esposo por el juego de la presunción de paternidad matrimonial (art. 116 del Código Civil), manteniendo además a este en la real creencia de su condición de padre».

Establecida la resarcibilidad del daño, la Sala entiende probada la independencia de los daños causados por la ocultación de la paternidad. No hace ninguna referencia concreta a la pérdida de los lazos afectivos, sino al choque emocional y al agravamiento de su estado de salud psíquica ya perjudicada por la ruptura matrimonial traumática.

Particularmente opino que para dar entidad propia a los daños causados por la pérdida de la condición de padre, debería haberse hecho una valoración de su reflejo en las relaciones entre el actor y su —hasta la impugnación de la paternidad— hija, pues en caso contrario, creo que los trastornos descritos, en concreto el trastorno ansioso depresivo calificado de reactivo, es de dudosa resarcibilidad.

VI. REFLEXIONES FINALES

I. La dificultad de aplicación de las normas de la responsabilidad civil a los supuestos de daños en las relaciones familiares, y concretamente a aquellos causados por ocultación de la verdadera paternidad se hace patente en la disparidad de criterios constante en las sentencias de diferentes Audiencias Provinciales sobre la materia. Muchos de los fundamentos en ellas expresados pisan terrenos resbaladizos como la función punitiva del derecho de daños, el restablecimiento de la culpa en demandas derivadas de crisis matrimoniales o el reproche jurídico de comportamientos que no están tipificados como ilícitos civiles o penales, por citar algunas de las cuestiones espinosas.

II. Por lo que a las demandas de resarcimiento por daños morales se refiere, no creo que se pueda seguir estimulando la sanción de la infidelidad —aunque disfrazada muchas veces por el discurso de la ocultación dolosa o culposa de la auténtica paternidad—, pero sí propiciar la reparación de aquellos daños producidos por la pérdida de los lazos sentimentales entre aquellos que se creían padres e hijos biológicos.

III. Es preciso avanzar en la senda de la reparación patrimonial por los gastos y pérdidas de oportunidad generados por una falsa atribución de la paternidad, camino que si bien parece cerrado por la jurisprudencia reacia a cualquier mecanismo de compensación por dichos gastos, bien merece una reflexión más pausada, a partir de los argumentos sobre la pertinencia del mecanismo del enriquecimiento injustificado reflejados en el voto particular a la STS de 24 de abril de 2015.

IV. En una necesaria reforma integral de las normas sobre la filiación, —y en especial de las acciones de filiación— ampliamente demandada por la doctrina, debería introducirse algún mecanismo restitutorio o resarcitorio adaptado a las particularidades del derecho de familia, con una clara limitación temporal y económica, evitando los efectos nocivos de una excesiva extensión del derecho de daños por la vía de la aplicación del artículo 1902 del Código Civil.

V. Un cauce más especializado y adecuado para las pretensiones restitutorias o resarcitorias no significa que no sea posible solicitar una indemnización por los daños morales provocados por la ocultación de la verdadera paternidad *ex* artículo 1902 del Código Civil, pero entiendo que debería estar restringida a aquellos supuestos en que, como consecuencia de la referida ocultación, exista una pérdida o importante merma de los lazos afectivos y de la relación entre el falso padre y aquella persona que creía ser su hijo.

VI. La tendencia marcada por la jurisprudencia del TEDH que reconoce la importancia de las relaciones de afectividad, por encima en muchas ocasiones de los hechos biológicos, debería inspirar la valoración del impacto psicológico por el descubrimiento de un fraude en la atribución de la paternidad.

Los nuevos contornos de las relaciones familiares en los que la patria potestad ha evolucionado hacia un concepto de responsabilidad parental en la que se prima el interés del menor, permiten que se explore un poco más este discurso.

VII. En suma, los supuestos indemnizables desde el punto de vista de los daños morales deberían limitarse a aquellos casos en que la ocultación de la paternidad signifique un auténtico quebranto psicológico derivado de la pérdida de la relación —o un importante desgaste de la misma— entre el demandante y sus, hasta la impugnación de la paternidad, hijos.

RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS

- STS de 24 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 1915)
- STS de 20 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 782)
- STS de 18 de junio de 2012 (*RJ* 2012, 6849)
- STS de 13 de abril de 2012 (*RJ* 2012, 5902)
- STS de 21 de marzo de 2011 (*RJ* 2011, 2889)
- STS de 14 de julio de 2010 (*RJ* 2010, 5152)
- STS de 30 de junio de 2009 (*RJ* 2009, 5490)
- STS de 22 de septiembre de 2004 (*RJ* 2004, 5681)
- STS de 30 de julio de 1999 (*RJ* 1999, 5726)
- STS de 22 de julio de 1999 (*RJ* 1999, 5721)
- SAP de Cáceres de 8 de junio de 2016 (ROJ SAP CC 400/2016)
- SAP de Sevilla de 9 de julio de 2015 (*JUR* 2015, 235882)
- SAP de Jaén de 9 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 129380)
- SAP de Valencia de 13 de noviembre de 2014 (AC 2015, 228)
- SAP de Granada de 13 de junio de 2014 (AC 2014, 1628)
- SAP de Cádiz de 16 de mayo de 2014 (*JUR* 2014, 203955)
- SAP de Madrid de 9 de mayo de 2014 (AC 2014, 1397)
- SAP de Alicante de 16 de enero de 2013 (*JUR* 2013, 150976)
- SAP de León de 23 de noviembre de 2012 (AC 2012, 1643).
- SAP de Cádiz de 21 de septiembre de 2012 (*JUR* 2012, 353634)
- SAP de Ciudad Real de 29 de febrero de 2012 (AC 2012, 359)
- SAP de Barcelona de 27 de octubre de 2011 (AC 2015, 4436)
- SAP de A Coruña de 8 de noviembre de 2010 (AC 2010, 2303)
- SAP de Madrid de 15 de octubre de 2010 (*JUR* 2011, 17650)
- SAP de Murcia de 18 de noviembre de 2009 (AC 2010, 60)
- SAP de Castellón de 10 de febrero de 2009 (AC 2009, 346)
- SAP de León de 30 de enero de 2009 (*JUR* 2009, 192431)
- SAP de Barcelona de 31 de octubre de 2008 (AC 2009, 93)
- SAP de Cádiz de 4 de abril de 2008 (*JUR* 2008, 234675)
- SAP de Segovia de 11 de diciembre de 2007 (*JUR* 2008, 148138)
- SAP de Valencia de 5 de septiembre de 2007 (*JUR* 2007, 340366)
- SAP de Burgos de 16 de febrero de 2007 (*JUR* 2007, 217448)
- SAP de Barcelona de 16 de enero de 2007 (*JUR* 2007, 323682)
- SAP de León de 2 de enero de 2007 (*JUR* 2007, 59972)
- SAP de Pontevedra de 13 de diciembre de 2006 (*JUR* 2007, 38139)
- SAP de Baleares de 20 de septiembre de 2006 (*JUR* 2006, 279201)
- SAP de Barcelona de 22 de julio de 2005 (*JUR* 2006, 163268)
- SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004 (AC 2004, 1994)
- SAP de Girona de 13 de junio de 2002 (*EDJ* 2002, 48376)

BIBLIOGRAFÍA

- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CHAPARRO MATAMOROS, P. (2012). Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales. En: R. Verda y Beamonte (coord.), *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 103-174.
- DÍEZ PICAZO, L. (2008). *El escándalo del daño moral*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Civitas.

- FARNÓS, E. (2007). Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad. Comentario a la SAP Barcelona, Sec. 18.^a, de 16 de febrero de 2007, *InDret*, núm. 2/2007, 1-25.
- (2011). Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 25, 9-54.
- FERRER I RIBA, J. (2001). Relaciones familiares y límites del derecho de daños. *InDret*, núm. 4/2001, 1-21.
- LÓPEZ DE LA CRUZ, L. (2010). El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales. *InDret*, núm. 4/2010, 1-40.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T. (2004). ¿Cabe la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales? *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales* núm. 15/2004, Aranzadi (BIB 2004\1732), 1-23.
- MARTÍN CASALS, M. y RIBOT, J. (2011). Daños en Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás. *ADC*, tomo LXIV, II, 503-561.
- PANIZA FULLANA, A. (2011). Filiación impugnada: prescripción y daños continuados. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm.9/2011 parte Comentario, BIB 2010\2871, 1-7.
- PÉREZ GALLEGU, R. (2015). Nuevos daños en el ámbito del derecho de familia: los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica. *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3, 141-175.
- ROCA I TRÍAS, E. (2014). *Libertad y familia*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2000). La responsabilidad civil en el derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil. En: J. A. Moreno Martínez (coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid: Dykinson, pp. 533-566.
- RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M. (2009). *Responsabilidad civil en el derecho de familia. Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Civitas.
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, B., y PÉREZ VALLEJO, A. M.^a (2012). *Valoración y reparación de daños entre familiares. Fundamento para su reclamación*, Granada: Comares.
- VARGAS ARAVENA, D. (2009). *Daños Civiles en el Matrimonio*, Madrid: La Ley.

NOTAS

¹ La noticia de prensa resume los principales aspectos del proyecto y se puede consultar en la página web del Ministerio de Justicia alemán http://www.bmjv.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2016/08312016_Scheinvaterregress.html. Última consulta el 1 de septiembre de 2016.

² Si bien los casos judiciales aquí relatados se refieren esencialmente a situaciones de ruptura, el descubrimiento se puede dar en otros escenarios como la realización de un tratamiento médico, las características físicas del niño, etc. Y los daños alegados van desde la pérdida de oportunidades laborales o los perjuicios económicos relativos a la manutención del menor hasta la destrucción afectiva de la relación paterno-filial, pasando por el dolor causado por el sentimiento de traición y exposición pública de la vida privada, y la pérdida de la relación con aquellos que fueron criados y educados como hijos del demandante.

³ Es ilustrativo el título del ya citado trabajo de MARTÍN CASALS, M. y RIBOT, J. (2011). Daños en Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás. *ADC*, tomo LXIV, II, 503-561.

⁴ Con la salvedad de aquellos que sean resultado de delitos o de las propias normas del derecho de familia para las crisis matrimoniales. *Vid.*, LÓPEZ DE LA CRUZ, L. (2010). El

resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales, *InDret*, núm. 4/2010, p. 4.

⁵ En los países de la *common law* la reticencia a la aceptación del derecho de daños en el derecho de familia se ha imbuido de argumentos similares. Como pone de manifiesto ROCA I TRÍAS, analizando los criterios expuestos por PROSSER, el sistema español «...inserto en un ámbito político mucho menos influido por las motivaciones religiosas, llega seguramente a soluciones parecidas...», ROCA I TRÍAS, E., (2000), *La responsabilidad civil en el derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil*, *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio* (coord. J. A. Moreno Martínez), Madrid: Dykinson, p. 535.

⁶ Para un desarrollo detallado *Vid.*, la obra SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, B., y PÉREZ VALLEJO, A. M.^a (2012). *Valoración y reparación de daños entre familiares. Fundamento para su reclamación*, Granada: Comares.

⁷ En la actualidad, puede constituir una causa de desheredación *ex* artículo 855.1 del Código Civil, que se refiere a «haber incumplido grave e reiteradamente los deberes conyugales», y motivar la pérdida del derecho de alimentos *ex* artículo 152.4 del Código Civil. También por remisión a la causa de ingratitud del artículo 855.1, puede ser una causa de revocación de las donaciones por razón del matrimonio *ex* artículo 1343 del Código Civil.

⁸ Para estos autores la clave está en que la infidelidad no sea recíproca. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CHAPARRO MATAMOROS, P. (2012), *Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales*. En: R. Verda y Beamonte (coord.), *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, Cizur Menor: Thomson Reuters, pp. 145-147.

⁹ En esa línea, MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT, J. (2011, 506) se refieren a la paradoja presente en el hecho de que las reformas que eliminaron las causas del divorcio, promoviendo la ruptura unilateral «parecen haber espoleado a la doctrina a explorar la posibilidad de liquidar daños vinculados a la ruptura conyugal».

¹⁰ Pero, a continuación no profundiza en la relación paterno-filial, en el sentimiento de ser padre. Asume la doctrina del TS que desarrolla el concepto de la infidelidad como una actuación potencialmente dañina para el honor. *Vid.*, STS de 21 de marzo de 2011.

¹¹ Por el contrario, la SAP de Madrid de 9 de mayo de 2014 resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia que condenaba a la demandada a una indemnización por daños morales de 4.000 euros, confirmando el fallo. En este caso ha puesto el foco exclusivamente sobre la infidelidad contenida en la ocultación de la paternidad y el daño moral que la misma ha causado en el demandante. En ningún momento se hace referencia a los lazos afectivos con la menor a la que creía hija.

¹² De todos modos, se reforma parcialmente la sentencia de instancia para reducir la indemnización a 30.000 euros.

¹³ A pesar del intento de plantear la cuestión como daños continuados, se ha declarado la prescripción de la acción. La sentencia afirma que en este caso no se aplica la doctrina de los daños continuados visto que sí ha habido fraccionamiento o separación según los hechos probados. Desde el año 2001 cuando se presenta la enfermedad ya pudo haber reclamado, de tal forma que no puede basarse ahora en un informe médico del año 2005. Se afirma que: «los distintos conceptos por los que se reclama indemnización por daños morales residen en unos hechos perfectamente diferenciados y concretados en el tiempo». Sobre el tema, en especial en su comparación con el supuesto resuelto por la STS de 30 de junio de 2009, *vid.*, PANIZA FULLANA, A. (2011) Filiación impugnada: prescripción y daños continuados, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 9/2011 parte Comentario, BIB 2010\2871, 1-7.

¹⁴ Cita las SSAP de Cádiz de 3 de abril de 2008, de León de 2 de enero de 2007, y de Asturias de 28 de septiembre de 2009 y 15 de octubre de 2010.

¹⁵ Hace referencia a las SSAP de Valencia de 5 de septiembre de 2007 y 2 de noviembre de 2011, Barcelona de 16 de enero de 2007, y Baleares de 20 de septiembre de 2006.

¹⁶ SSAP de Ciudad Real de 29 de febrero de 2012, Toledo de 7 de noviembre de 2002, y Granada de 13 de junio de 2014.

¹⁷ Postura mantenida, sin fisuras, por la reciente SAP de Cáceres de 8 de junio de 2016.

¹⁸ El voto particular también hace hincapié en que la madre no ha actuado de buena fe. Dice que «En todo caso, si no bastara con las anteriores razones en pro de la debida

exigencia de la responsabilidad patrimonial de la mujer respecto de una obligación de alimentos que cobró, sin causa para ello, y con incumplimiento de su deber de patria potestad a prestarlos íntegramente, debe tenerse en consideración que su comportamiento, acreditado en el presente caso, constituyó una vulneración frontal y directa al principio general de la buena fe, tanto en su manifestación nuclear, como en sus respectivas aplicaciones (7.1 y 1258 del Código Civil). En efecto, convenció a su marido para que se sometiera a un sufrido y costoso tratamiento de fertilidad, para acto seguido, tener las relaciones extramatrimoniales que dieron lugar al nacimiento de su hija. Comportamiento doloso, a todas luces, que debió reforzar la pretensión restitutoria que aquí se reclama pues, en caso contrario, se premia la impunidad de actuación y la ausencia de la responsabilidad tanto respecto de ella, como del verdadero progenitor; al cual ya no se le podrá reclamar el pago de estos alimentos que el marido realizó, sin causa y de forma indebida».

¹⁹ En la misma línea de considerar el conocimiento en sentido estricto, sin vincularlo a la firmeza de la sentencia de impugnación, se encuentra la SAP de Madrid de 15 de octubre de 2010.

²⁰ En el supuesto resuelto por la SAP León de 30 de enero de 2009, se enfatiza que la demandada mantuvo relaciones extramatrimoniales con la intención de quedarse embarazada.