

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

La ocultación de la madre de sus dudas sobre la paternidad y el daño moral*

The ocultation of the mother of her doubts about paternity and moral damage

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Titular de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: La infidelidad no es un daño indemnizable, pero sí, en cambio, la *procreación con ocultación*. El engaño es lo que ha hecho incurrir en responsabilidad a la progenitora. La pérdida de afectos, el vacío emocional subsiguiente al descubrimiento de la verdad biológica es un hecho indemnizable. Conducta que causa un daño consistente en dejar de ser padre real de la menor; y que se materializa en la frustración y en el dolor por la pérdida de la relación paternal considerada existente y del proyecto de vida en común con la menor. Conducta culposa y daño moral ocasionado están relacionados causalmente.

Al ser la menor concebida durante el noviazgo pero nacida ya constante matrimonio existe la presunción de hija matrimonial no desvirtuada por las dudas de la madre. La ocultación de las dudas sobre la paternidad no se puede incardinar en el incumplimiento del deber de fidelidad que el artículo 68 del Código civil impone a los casados, ya que *para las relaciones de noviazgo no existe regulación legal. No obstante, si uno de los miembros de la pareja realiza una conducta que causa un daño y está causalmente relacionado, es responsable del daño.*

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto Nacional I+D «El Tribunal de Justicia de la Unión europea: su incidencia en la configuración normativa del proceso civil español y en la protección de los derechos fundamentales» (Ref. DER 2016-75567-R), de la Red Temática «Justicia Civil: Análisis y Prospectiva» (DER 2016-81752-REDT), ambos financiados por el Ministerio de Economía y Competitividad y en el marco del Grupo Consolidado de Investigación «Derecho de daños. Derecho de la contratación» de la Universidad Complutense de Madrid, de cuyos equipos de investigación formo parte.

ABSTRACT: *Infidelity is not compensable, but instead, procreation with concealment. Deception is what has caused the parent to incur responsibility. The loss of affection, the emotional emptiness subsequent to the discovery of biological truth is a compensable fact. Behavior that causes harm consisting in ceasing to be the real father of the minor, and which is materialized in frustration and pain due to the loss of the paternal relationship considered existing and of the life project in common with the minor. Guilty behavior and moral damage caused are causally related.*

Being the minor conceived during the courtship but born constant marriage there is the presumption of marriage daughter not distorted by the mother's doubts. The concealment of doubts about paternity cannot be incardinated in the breach of the duty of fidelity that article 68 CC imposes on married people, since there is no legal regulation for dating relationships. However, if one of the partners performs a behavior that causes harm and is causally related, the partner is responsible for the damage.

PALABRAS CLAVE: Paternidad. Daños morales. Deber de fidelidad. Relaciones de noviazgo. Ocultación.

KEY WORDS: *Paternity. Moral damages. Duty of fidelity. Dating relationships. Concealment.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—II. RELACIONES DE NOVIAZGO: INEXISTENCIA DE REGULACIÓN EXPRESA.—III. CONCURRENCIA DE LOS REQUISITOS DEL ARTÍCULO 1902 DEL CÓDIGO CIVIL.—IV. DAÑOS OCASIONADOS AL TERCERO DE LA RELACION. CONDUCTA DEL TERCERO VERDADERO PADRE DEL MENOR.—V. DAÑOS PRODUCIDOS EN LA MENOR. LA PRESERVACIÓN DE LA PAZ FAMILIAR.—VI. DEBERES CONYUGALES. EL DEBER DE RESPETO MUTUO DEL ARTÍCULO 67 DEL CÓDIGO CIVIL.—VII. INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS RECLAMADOS.—VIII. CONCLUSIONES.—IX. BIBLIOGRAFÍA.— X. ÍNDICE DE SENTENCIAS.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION

El 24 de mayo de 2019, la Sección 8.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia 231/2019 (Recurso 975/2018), cuyo ponente ha sido la magistrada Milagros DEL SAZ CASTRO ha dictado una *doctrina relevante e innovadora*. Sentencia que en parte, se decanta por una línea jurisprudencial seguida hasta el momento, e innovadora en otra parte y que tendremos que esperar al futuro para ver si se mantiene esta nueva corriente o no, pues como vamos a ver la jurisprudencia menor en este asunto sigue dos tendencias diferentes.

Doctrina que ha versado sobre la indemnización de los daños derivados de la ocultación de la madre al padre de la hija nacida durante su matrimonio de que esta no lo era. Este tema ya lo hemos tratado aquí en otras ocasiones¹ pero el cambio jurisprudencial consecuencia de la línea argumentativa seguida consideramos es lo suficientemente importante para detenernos en él.

Adelantamos desde este momento, como la propia sentencia de la Audiencia de Madrid indica, que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ha

establecido que conductas como la enjuiciada tienen respuesta en la normativa matrimonial, mediante la separación o el divorcio, y que no contempla la indemnización de un daño moral generado a uno de los cónyuges.

No obstante, la Audiencia concreta que dicha doctrina no puede seguirse porque el caso que se les plantea no es un caso análogo y ello porque la ocultación de las dudas sobre la paternidad no se pueden incardinar en el incumplimiento del deber de fidelidad que el artículo 68 del Código civil impone a los casados, ya que *se concibió a la menor durante el noviazgo de la pareja y para las relaciones de noviazgo no existe regulación legal, por lo que si uno de los miembros de la pareja realiza una conducta que causa un daño y está causalmente relacionado, es responsable del daño*.

La importancia del estudio jurisprudencial de esta cuestión se centra en que ni las normas reguladoras del Derecho de Daños ni las normas de Derecho de Familia del Código civil establecen con carácter general, una acción de responsabilidad civil por parte de un familiar a otro por el daño causado.

II. RELACIONES DE NOVIAZGO: INEXISTENCIA DE REGULACIÓN EXPRESA

La madre de la menor había mantenido antes del matrimonio *relaciones sexuales esporádicas* con un tercero, existiendo cercanía temporal en una de ellas con otro encuentro que mantuvo con su futuro esposo. De modo que como dice la propia sentencia era evidente que existía *una duda sobre la paternidad*, y que era una *realidad por ella conocida de forma necesaria*. Son claves en este noviazgo los siguientes puntos:

- Existe una *falta de comunicación* de esa duda sobre la paternidad.
- Falta de comunicación contraria a «una *actuación leal y de buena fe*, al que entonces era su novio»
- Y, sobre todo su afirmación de que el padre era su novio, futuro marido (y no el tercero).
- Premisas y conductas que determinaron que contrajesen matrimonio en los meses posteriores.

Por un lado hay que referirse a valores como la *honradez y lealtad* de las relaciones interpersonales de las que habla la SAP de Madrid, y por otro, a las circunstancias de *tiempo y lugar*, pues al no haberse contraído aún matrimonio, podría haberles expuesto sus dudas a ambos. Debería haberse comportado de forma diferente sin generar daños a ninguno de los tres: su futuro marido, el verdadero progenitor y, a la *nasciturus*.

La menor fue considerada por el marido en todo momento hija suya e inscrita como hija matrimonial de ambos, al haber nacido durante el matrimonio, manteniendo el marido una relación afectiva con la niña derivada de su considerada relación paternal, con los intensos vínculos que esa situación genera.

Posteriormente, en 2011 el *tercero* se hizo las pruebas de determinación de paternidad y dio resultado positivo, lo cual comunicó a la madre. Información que en ningún momento la madre compartió con su esposo.

A partir de ese momento, la duda ya dejó de ser tal, se *convirtió en certeza*: en conocimiento real de quién era el verdadero padre, pese a lo cual la madre *permitió la continuidad de la farsa* lo que generó que continuara manteniendo su esposo una relación paterno filial con la menor durante más tiempo sin serlo

en realidad, «lo que supone un grado mayor de vivencias y experiencias que incrementan, en supuestos como el presente de posterior separación, el dolor y la frustración por la situación vivida».

Dice la SAP, acertadamente, que *durante el noviazgo* no rigen los deberes matrimoniales que el Código civil señala: ni el *deber de fidelidad* contenido en el artículo 68 del Código civil ni tampoco las consecuencias de su infracción pues nos hayamos en un momento previo, como lo es el noviazgo donde no hay deberes jurídicos entre las partes.... Si bien esto es cierto, cabe recordar que la ocultación inicial generará problemas, como lo demuestra este supuesto de hecho, para las bases de una relación futura basada precisamente en la *lealtad y honradez entre los cónyuges premisas de los deberes de fidelidad, respeto..*

III. CONCURRENCIA DE LOS REQUISITOS DEL ARTÍCULO 1902 DEL CÓDIGO CIVIL

La SAP de Madrid de 24 de mayo de 2019 establece que «por no haber comunicado (la progenitora a su marido) las dudas sobre la paternidad biológica de la menor; ni en el momento de conocer que estaba embarazada, ni posteriormente... *concurren los requisitos que el artículo 1902 del Código civil exige, es decir, un comportamiento o conducta culposa que ha generado causalmente un daño derivado de esa ocultación*». El artículo 1902 del Código civil recoge los requisitos constitutivos de responsabilidad civil derivada de culpa extracontractual, y que son: acción u omisión culposa, daño, y relación o nexo de causalidad entre la conducta y el daño.

La SAP califica de *culposa* la conducta de la progenitora en varios momentos: *durante el noviazgo*, pues todas sus dudas acerca de la paternidad no se expresaron ni al marido ni al tercero, y, *durante el matrimonio, en un primer momento*, tras el nacimiento donde las dudas se mantienen, como *posteriormente* donde el conocimiento de que la menor no era hija de su marido es certero. Culpa que se verá agravada con el comportamiento y la ocultación a su esposo de la veracidad de la información. *Conducta culposa que ha generado causalmente un daño derivado de esa ocultación.*

Si examinamos los requisitos exigidos por el artículo 1902 del Código civil, se puede afirmar en sentido positivo que la progenitora realiza una acción que es la *conducta de ocultación* en varios momentos de su relación con el «supuesto padre» sobre su paternidad. Conducta que *causa un daño* consistente en dejar de ser padre real de la menor; y que se materializa en la frustración y en el dolor por la pérdida de la relación paternal considerada existente y del proyecto de vida en común con la menor. *Conducta y daños* ocasionados que están relacionados causalmente.

Daño que no indica la sentencia pero que ponemos de manifiesto, alegando que en el marido «supuesto padre» de la menor se produce una *frustración de expectativas*² y *no pérdida de oportunidad*³ ya que de saber que podría no ser el padre, la actuación de los tres implicados hubiera sido del todo diferente. Así por ejemplo, los esposos podrían no haber contraído matrimonio y no se hubiera mantenido la relación parental actual (el marido de la progenitora no hubiera asumido como propia la paternidad) sino que existiría otra relación parental diferente. O, el tercero podría haberse casado con la madre de la menor. O incluso, sin más hubiera sido simplemente madre soltera.

En ningún caso se puede *afirmar con certeza* que se habría conseguido otro resultado si se hubiesen realizado las pruebas de paternidad antes del nacimien-

to del menor, pues de conocer la paternidad ¿se hubiera casado con el tercero, padre de la menor? ¿Se hubiera casado con su novio? ¿O hubiera afrontado sin más la natalidad en solitario?

En todo caso, la calificación de la conducta de la progenitora es culposa, y así lo resuelve la SAP de Madrid, pues *actuó con negligencia en todo momento*.

El Tribunal Supremo en un primer momento (a finales del siglo XX) en concreto la STS de 30 de julio de 1999⁴, niega la indemnización por los daños morales al demandante, solicitada con fundamento en las normas reguladoras de la responsabilidad civil contractual (art. 1101 CC) basándose en que la infidelidad tiene como consecuencia jurídica y causa la separación matrimonial. También, la STS de 22 de julio de 1999⁵ negó el derecho de indemnización del exmarido en la ausencia de una conducta dolosa por parte de la esposa, ya que según la sentencia esta no conoce tampoco que el hijo no es realmente del marido hasta que no se interpone por el propio hijo una demanda de impugnación de la paternidad.

Pero como indica RODRÍGUEZ GUTIÁN el trasfondo existente en estas sentencias radica en «la existencia tradicional de cierto principio de inmunidad por daños entre familiares en el ordenamiento español»... «y (en) que no hay una norma que resuelva con carácter general la cuestión de la reparación de los daños entre familiares»⁶.

En la actualidad la jurisprudencia menor considera que la infidelidad no es indemnizable, pero sí, en cambio, la *procreación con ocultación*. La pérdida de afectos, el vacío emocional subsiguiente al descubrimiento de la verdad biológica es un hecho indemnizable. «En una relación de pareja, aun cuando sea de hecho, procrear un hijo con un extraño, conocer cabalmente que el embarazo no es fruto de las relaciones sexuales mantenidas con la persona con la que se está ligado afectivamente y permitir que se inscriba en el Registro Civil a nombre de la pareja sin previamente comunicarle la verdad biológica entraña un ilícito civil en los términos del artículo 1902 del Código civil. No puede justificarse, desde el punto de vista jurídico, que sea inocuo engañar a la pareja sobre la concepción. No estamos hablando de una circunstancia intrascendente. La paternidad más que derechos comporta obligaciones. Conlleva el ejercicio de una función con grandes responsabilidades. Y aunque, en nuestro Derecho, se puede ser padre sin haber concebido al hijo, lo que no cabe es ocultar, y menos de forma deliberada, a quien reconoce o muestra su conformidad que no es realmente el padre biológico»⁷.

Lo que se sanciona, en fin, es la falsa paternidad. El engaño es lo que ha hecho incurrir en responsabilidad a la progenitora.

En resumen, algunas sentencias de las Audiencias Provinciales han exigido *la prueba del dolo* siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo —con la inevitable dificultad de su prueba—, y otras, han aceptado únicamente *la culpa* como criterio de imputación, generalmente fundada en la *omisión de la diligencia debida en la averiguación de la paternidad del hijo cuando se mantienen relaciones sexuales simultáneas con el cónyuge y un tercero*⁸.

Probar *la realidad de la ocultación* es difícil por lo que se presume que la esposa que mantiene relaciones sexuales ajenas al matrimonio y queda embarazada, cuando no conoce directamente la paternidad del *nasciturus* es que tiene dudas. Y una conducta apropiada le obliga a resolver la duda, antes de considerar que el esposo es el progenitor real cuando lo es un tercero, y de su ocultación entre en juego la *presunción de paternidad matrimonial* (art. 116 CC), y a este se le mantenga en la creencia de su condición de padre. De modo que hay sentencias que mantienen (SSTS de 29 de diciembre de 1999⁹ y 5 de marzo de 2010¹⁰), que

el dolo también se forma por la *reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe*.

Esta es la *conducta común* en los casos de ocultación de la progenitora de las dudas sobre la paternidad donde generalmente se mantiene al marido (padre presunto por la relación matrimonial existente) en el error de creer que es el padre de la menor cuando no lo es¹¹.

Por último cabe preguntarse cuál es *el fundamento de la responsabilidad de daños en este supuesto*: ¿la *compensatoria*? No, porque no hay un traslado de las pérdidas económicas de la esposa al marido, ¿la *preventiva*, para evitar futuras conductas, en este sentido con un carácter disuasorio? Tampoco ya que una vez descubierta la ocultación finaliza la relación, o, viceversa cuando no está en buen momento la relación es cuando se descubre el engaño. Y, tampoco va a ser disuasorio hacia el exterior... ¿La *redistributiva* de la riqueza entre familiares...? Tampoco porque lo que pesa es el daño moral realizado, no que se vaya a tener que abonar una indemnización.

Su *finalidad únicamente es la reparadora* a fin de suavizar los daños infringidos tras la conducta negligente de la progenitora, ya que se otorga la responsabilidad por el daño moral sufrido por el no progenitor al que se le quita la consideración de padre aunque el ordenamiento le posibilite su consideración como *allegado* y pueda disfrutar de una relación con el menor que hasta ahora consideraba su hijo a través del derecho de comunicación y visitas.

IV. DAÑOS OCASIONADOS AL TERCERO DE LA RELACIÓN. CONDUCTA DEL TERCERO VERDADERO PADRE DEL MENOR

La sentencia objeto de estudio no analiza ni la conducta de la progenitora con el tercero, ni la posterior conducta del tercero que es el primero en conocer que es el padre real del menor.

Pero, cabe detenerse en examinar varias cuestiones: ¿Cuál es la posición de la madre que ha ocultado sus dudas sobre la paternidad del tercero durante el noviazgo con su futuro marido? ¿Ocasiona un daño al tercero que se ve privado de la posibilidad de ejercer como padre, o incluso haber llegado a cumplir una expectativa matrimonial con la progenitora? Evidentemente hay una *frustración de expectativas al no haber sido considerado y ejercido como padre real de la menor durante más de cuatro años consecuencia de los actos de ocultación y posterior matrimonio con su novio en vez de con el verdadero padre*.

Y ¿qué ocurre cuando el tercero descubre que es el padre certero de la menor? ¿Está obligado a comunicar primero sus dudas, y, posteriormente la certeza de la investigación de su paternidad, o su actuación debería ser *omisiva*? ¿Cuál debería ser su actuación? La sentencia indica que *su conducta omisiva no es generadora de un daño y consiguientemente no es responsable extracontractualmente de nada. En ningún caso se le considera obligado ni a comunicar sus dudas ni a comunicar su certeza posterior tras la realización de las pruebas médicas*.

Tampoco tras conocer su paternidad está obligado a interponer la demanda de determinación de filiación en el momento en el que tuvo conocimiento de los hechos, habiéndola ejercitado cuando se produjo la ruptura de la convivencia matrimonial. Se llega a estas afirmaciones porque nuestro ordenamiento jurídico preserva en todo momento la paz familiar.

Desde el momento en que el tercero conoce tras las pruebas de determinación de la paternidad que es el padre de la menor y lo comunica a la madre, ambos lo

ocultan, por lo que hay una conducta dolosa (o, al menos negligente) por parte de ambos que deliberadamente esconden dicha certeza. Hay una complicidad entre ambos¹² y debería exigírsele responsabilidad.

V. DAÑOS PRODUCIDOS EN LA MENOR. LA PRESERVACIÓN DE LA PAZ FAMILIAR

La sentencia no hace referencia ni mención alguna a la existencia de los daños aparejados en la menor, principal afectada, máxime teniendo en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico gira en torno al principio general de derecho de *interés superior del menor*.

Téngase en cuenta que la menor, *por un lado*, tiene que romper o al menos variar sus relaciones, consideración y comportamiento con el padre del que hasta ahora lo había sido y actuado como tal (sin olvidarnos de la ruptura o alejamiento con los hasta ahora supuestos abuelos paternos, familiares y allegados); y, *por otro lado*, además, el daño que puede ocasionar la consideración de un nuevo padre y de una nueva familia (abuelos, familiares, allegados...) que pueden ser desconocidos hasta ese momento.

Sin olvidar la *modificación en su estado civil*, pasará de ser hija de una persona a ser hija de otra persona, con el posible *reconocimiento y modificación registral de la nueva determinación de la paternidad, cambio de apellidos*...

La menor podría ejercitar a través de un *defensor judicial* la interposición de una demanda de reclamación de daños contra sus progenitores, o al menos contra la madre. Evidentemente la posible reclamación de la menor de los daños que se le han ocasionado por sus progenitores supondría la ruptura antes de iniciarse sus relaciones con el «nuevo» padre, y desequilibrar la paz familiar que es lo contrario que busca el ordenamiento jurídico.

Tengamos en cuenta lo indicado por la SAP de Alicante de 6 de noviembre de 2017¹³, con cita de la del Tribunal Supremo, Pleno de 30 de junio de 2016¹⁴, que indicó que frente al derecho del padre biológico a reclamar una paternidad extramatrimonial, impugnando al tiempo la matrimonial de que los hijos disfrutaban, ha de *protegerse la seguridad jurídica y afectiva de los hijos insertos en una familia*. Valores dignos de protección constitucional. «Se viene a *contraponer* tal principio de verdad biológica con la preservación de la paz familiar, pero bien entendido que esta preservación ha de venir referida al interés del hijo, por lo que la paz familiar será aquella que beneficie a este por encontrarse en una situación consolidada de familia, que ha podido formarse al margen de la biológica. La protección de esta situación familiar en que se encuentra integrado el menor vendría a tener el mismo apoyo constitucional que el principio de investigación de la paternidad, al encontrarse recogidos ambos principios en el artículo 39 CE¹⁵.

VI. DEBERES CONYUGALES. EL DEBER DE RESPETO MUTUO DEL ARTÍCULO 67 DEL CÓDIGO CIVIL

La jurisprudencia entiende que como *regla general*, no deberían indemnizarse los incumplimientos de deberes conyugales porque para eso está la posibilidad de separación y divorcio máxime tras la ley de 2005.

Los deberes conyugales (vivir juntos, guardarse fidelidad, respetarse y socorrerse mutuamente) giran en torno a la *affectio maritalis* (arts. 67 y 68 CC), surgen

ope legis de la celebración del matrimonio, tienen un alto contenido moral o ético, no son directamente *coercibles* de ahí que si un cónyuge los incumple el otro no puede acudir a los remedios previstos para el caso de incumplimiento en el artículo 1124 del Código civil (exigir su cumplimiento o resolver el matrimonio, y pedir una indemnización)¹⁶.

En el supuesto de hecho de la SAP de Madrid más que hablar del deber de fidelidad, (porque la infidelidad se produjo durante el noviazgo) habría que centrarse en el *deber de respeto mutuo (previo al matrimonio) del artículo 67 del Código civil*, que no es más que la concreción en el ámbito matrimonial del artículo 10 CE, pues, cada cónyuge debe observar una conducta que no atente o menoscabe la dignidad del otro *ni condicione en términos razonables el libre desarrollo de su personalidad*. No obstante la jurisprudencia del Tribunal Supremo niega el daño causado por la ocultación de los efectos de la infidelidad en el ámbito matrimonial. Ejemplo de ello es la STS de Pleno de 13 de noviembre de 2018¹⁷ que niega que el 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» puesto que estas conductas tienen respuesta en la normativa reguladora del matrimonio mediante la separación o el divorcio 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.

A mi juicio en el caso de la sentencia lo que hay es una *infracción al deber de respeto* por la imposición mediante engaño y ocultación de la existencia del hijo como del esposo cuando la madre tiene las dudas de que no lo es (por la coincidencia de fechas en el mantenimiento de relaciones con dos sujetos durante el noviazgo), pero que se confirman con las pruebas médicas conocidas posteriormente durante el matrimonio y que no comunicó a su esposo que se creía que era el padre. Todo ello sin dejar de prestar atención al hecho de que durante el noviazgo creyendo que el hijo que esperaba era suyo pudo forzar el hecho de contraer matrimonio.

VII. INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS RECLAMADOS

El daño inferido en el marido por la progenitora se califica en la sentencia como un *daño moral* y consiguientemente tiene derecho a ser indemnizado¹⁸. Plazo de reclamación que es de un año pues estamos ante una reclamación de responsabilidad extracontractual derivada del artículo 1902 del Código civil¹⁹.

Daños *patrimoniales* reconocidos anteriormente por el Tribunal Supremo, en casos de ocultación de la paternidad por la línea jurisprudencial existente y centrados en sus padecimientos psicológicos y psiquiátricos tras conocer que no es el padre de la menor. Daños probados y aportados en el procedimiento a través de la documental (los partes médicos e informes, partes de baja), y, de la prueba pericial médica (trastornos diagnosticados, tratamiento, consultas y diagnóstico) Y daños *morales*, donde ya existe una jurisprudencia al respecto que afirma la existencia de indemnización por el daño moral sufrido por el que había sido considerado padre del hijo habido en el matrimonio, independientemente de la ausencia de dolo en la progenitora²⁰, y del engaño sobre la forma de concebir a los menores y del hecho de que tras el divorcio, por decisión de la madre, se

fueran a vivir con el padre biológico, momento a partir del cual se concretó el daño moral padecido y reclamado²¹.

Respecto de la *indemnización por daño moral* derivada de la ocultación de la paternidad existe una doctrina jurisprudencial consolidada que debe identificarse «como la frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos, por naturaleza o sangre que se dan entre personas allegadas fundamentalmente por vínculos parentales, cuando a consecuencia del hecho ilícito, se ve uno de ellos privado temporal o definitivamente de la presencia o convivencia con la persona directamente dañada por dicho ilícito».

En el caso enjuiciado la pérdida de la relación paterno filial es traumática, irreversible y, por tanto, definitiva. El padre afectado toma como base para realizar el cálculo la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, y, la resolución de la Dirección General y fondos de pensiones de 2013 a fin de aplicar la *indemnización básica por muerte* como supuesto análogo. El tribunal *no acepta* esta cuantificación, puesto que considera que su situación de padre, mantenida durante cuatro años, se puede atenuar y convertirse en «*allegado*», pudiendo continuar su relación a través del *derecho de comunicación y visitas* con la menor tal y como se regula en el artículo 160 del Código civil. Aunque la AP enfatiza el hecho de que la nueva consideración «impide el derecho-deber de estar en su compañía y los de crianza (cuidado, educación y formación integral) ni el profundo dolor y vacío emocional que provocan los hechos que han dado lugar al procedimiento, acompañado de la frustración del proyecto de vida familiar existente».

VIII. CONCLUSIONES

I. La *ocultación* por parte de la progenitora y la *imposición de la paternidad* al novio, y, posteriormente marido, que no estaba obligado por no ser el verdadero padre biológico origina una injerencia en la *libertad individual* que origina daños *patrimoniales y morales* al marido.

II. Los daños indemnizables no derivan de la infracción de un deber moral y/o legal de fidelidad, sino de la *ocultación sobre la verdad biológica*. Daños reparados a través de la aplicación del artículo 1902 del Código civil porque concurren los requisitos de la responsabilidad civil.

III. La jurisprudencia menor no es uniforme, unas Audiencias siguen la línea marcada por el Tribunal Supremo y exigen *dolo* en la ocultación de la verdad biológica y otras ante la imposibilidad de su prueba, *culpa*.

IV. El resquicio encontrado por la SAP de Madrid para solventar los problemas psíquicos y físicos del padre a quien se le impone la paternidad es que dicha imposición tuvo lugar en la etapa del *noviazgo*. Y todo por la dificultad de probar el dolo en la ocultación exigida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

V. El padre pasará a ser un simple *allegado* al que se le debe indemnizar por los daños morales sufridos. El menor y su interés superior se verá afectado, pero a fin de mantener la paz familiar y el cambio en su vida no se consideran (ni se mencionan apenas jurisprudencialmente como daños indemnizables. Aunque en este supuesto consideramos que si se podría haber afirmado la existencia de perjuicios para el menor objetivamente imputables a la madre).

IX. BIBLIOGRAFÍA

- BARBER CÁRCAMO, R. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre acciones de filiación: análisis y prospectiva. *Derecho Privado y Constitución*. ISSN: 1133-8768. Núm. 20. Enero-diciembre 2006, 105-151.
- DE LA IGLESIA MONJE, M.^a I. El daño moral derivado de la ocultación por la esposa de la paternidad del hijo matrimonial, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 760, marzo de 2017, 928.
- NEVADO CATALÁN, V. Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad, en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*. 4/2018. Barcelona, octubre de 2018.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.^a. Luces y sombras de la aplicación del derecho de daños al ámbito de la familia. *La Ley Derecho de familia*, núm. 8, Cuarto trimestre de 2015, Editorial La Ley (La Ley 5935/2015).
- YZQUIERDO TOLSADA, M. *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Parte general. Dykinson. 3.º ed. Madrid, 633.

X. ÍNDICE DE SENTENCIAS

- STC, Pleno, sentencia 184/1990 de 15 de noviembre de 1990, Rec. 1419/1988. Ponente: Jesús LEGUINA VILLA (La Ley 1511-JF/0000).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, sentencia 629/2018 de 13 de noviembre de 2018, Rec. 3275/2017. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA (La Ley 162091/2018). ECLI: ES:TS:2018:3700.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, sentencia 441/2016 de 30 de junio de 2016, Rec. 1957/2015. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ (La Ley 71613/2016). ECLI: ES:TS:2016:2995.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 404/2012 de 18 de junio de 2012, Rec. 1219/2009. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA (La Ley 80043/2012). ECLI: ES:TS:2012:4183.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 445/2010 de 14 de julio de 2010, Rec. 1968/2006. Ponente: Francisco MARÍN CASTÁN (La Ley 148064/2010). ECLI: ES:TS:2010:4387.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 129/2010 de 5 de marzo de 2010, Rec. 2559/2005. Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz (La Ley 5303/2010). ECLI: ES:TS:2010:984.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 29 de diciembre de 1999, Rec. 2414/1995. Ponente: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA (La Ley 3241/2000).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 30 de julio de 1999, Rec. 190/1995. Ponente: Alfonso BARCALA TRILLO-FIGUEROA (La Ley 11101/1999).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 22 de julio de 1999, Rec. 12/1995. Ponente: Alfonso BARCALA TRILLO-FIGUEROA (La Ley 11277/1999).
- SAP de Madrid, Sección 8.^a, sentencia 231/2019 de 24 de mayo de 2019, Rec. 975/2018. Ponente: Milagros DEL SAZ CASTRO (La Ley 94472/2019). ECLI: ES:APM:2019:5879.
- SAP de Alicante, Sección 9.^a, sentencia 417/2017 de 6 de noviembre de 2017, Rec. 263/2017. Ponente: Andrés MONTALBÁN AVILÉS (La Ley 232186/2017). ECLI: ES:APA:2017:3382.

- SAP de Badajoz, Sección 3.^a, sentencia 175/2017 de 5 de septiembre de 2017, Rec. 218/2017. Ponente: Luis Romualdo HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA (La Ley 133817/2017).ECLI: ES:APBA:2017:782.
- SAP de Cantabria, Sección 2.^a, sentencia 138/2016 de 3 de marzo de 2016, Rec. 71/2015. Ponente: José ARSUAGA CORTÁZAR (La Ley 47449/2016) ECLI: ES:APS:2016:186.

NOTAS

¹ DE LA IGLESIA MONJE, M.^a Isabel. El daño moral derivado de la ocultación por la esposa de la paternidad del hijo matrimonial, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 760, marzo de 2017, 928.

² El evento dañoso provoca la colocación de la víctima (en nuestro supuesto de hecho, el marido) en una situación de verdadera frustración de expectativas. En este caso se da la certeza de que si no se hubiera producido el hecho dañoso (la ocultación para ambos —marido y tercero—), el perjudicado y víctima (el marido) habría mantenido la esperanza en el futuro de evitar una pérdida patrimonial (gastos médicos derivados de su depresión y frustración por romper sus relaciones paternofiliales con una hija que no es suya y convertirse en un simple allegado), y la incertidumbre definitiva de lo que habría sucedido si no se hubiera producido el evento dañoso, esto es la ocultación, que dio lugar a un matrimonio pero sobre todo a su consideración como padre de la menor por la presunción matrimonial de hija nacida dentro del matrimonio.

Pero como indica YZQUIERDO TOLSADA «una cosa es la incertidumbre sobre el beneficio que se había podido obtener y otra la certeza sobre la probabilidad que se tenía antes de perderse la oportunidad y la certeza que se tiene de que esa probabilidad ya no existe y nunca existirá» (YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Parte general. Dykinson. 3.^o ed. Madrid, 633).

³ NEVADO CATALÁN, en contra considera que no habría pérdida de oportunidad porque «La teoría de la pérdida de oportunidad permite estimar la reclamación de responsabilidad en supuestos en los que, suprimida mentalmente la conducta, no existe certeza respecto de la correlativa desaparición del daño, sino que esta es meramente probable y habría dependido del azar. De este modo, al identificar como daño la pérdida de la oportunidad de obtener un beneficio o evitar un perjuicio, se sortean los problemas relativos al nexo causal. En cambio, no es posible aplicar la teoría de la pérdida de oportunidad en estos supuestos porque falta el requisito de la aleatoriedad. Es decir, si no se hubiese producido el engaño sobre la paternidad, habría dependido de la voluntad del hombre —y no del azar— el establecimiento de la filiación y la asunción de los gastos» (NEVADO CATALÁN, Verónica: Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad, en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*. 4/2018. Barcelona, octubre de 2018).

⁴ La STS de 30 de julio de 1999, indicó que «el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código civil, son merecedores de un innegable reproche ético-social, reproche que, tal vez, se acentúe más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación substantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su artículo 82 pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos, los que, de ningún modo es posible comprenderles dentro del caso de pensión compensatoria que se regula en el artículo 97, e, igualmente, no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar» (STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 30 de julio de 1999, Rec. 190/1995. Ponente: Alfonso BARCALA TRILLO-FIGUEROA (La Ley 11101/1999).

⁵ STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 22 de julio de 1999, Rec. 12/1995. Ponente: Alfonso BARCALA TRILLO-FIGUEROA (La Ley 11277/1999), que mantiene en su FJ 4.º la

imposibilidad de calificar de dolosa la actuación y conducta de la Sra. María Concepción C. S. en torno a ocultar al Sr. Gustavo R. S. la identidad del padre del menor nacido dentro del matrimonio.

⁶ RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma M.ª: Luces y sombras de la aplicación del derecho de daños al ámbito de la familia. *La Ley Derecho de familia*, núm. 8, Cuarto trimestre de 2015, Editorial La Ley. (La Ley 5935/2015).

⁷ SAP de Badajoz, Sección 3.ª, sentencia 175/2017 de 5 de septiembre de 2017, Rec. 218/2017. Ponente: Luis Romualdo HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA (La Ley 133817/2017). ECLI: ES:APBA:2017:782.

⁸ La SAP Barcelona (18.ª) de 16 de enero de 2007 abandonó la exigencia del dolo y calificó de negligencia constitutiva de responsabilidad extracontractual la omisión de la adopción de medidas dirigidas a determinar la paternidad biológica, y afirmó 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 tendientes 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».

En el mismo sentido, la SAP Cádiz (2.ª) de 3 de abril de 2008 —y también la de 16 de mayo de 2014— afirma, que «es cierto que en el ámbito del Derecho de Familia solo los incumplimientos en los que medie dolo o culpa grave generan de ordinario responsabilidad (se suele citar como ejemplos la responsabilidad de los padres en la gestión de los bienes de sus hijos menores del artículo 168 del Código civil o la del administrador de la sociedad de gananciales en los términos establecidos en el art. 1390 CC), pero no lo es menos que el artículo 1902 con carácter general nada establece al respecto: cualquier hecho dañoso, antijurídico, imputable a una falta de diligencia de quien lo comete ya genera su responsabilidad. Exigir en este ámbito una culpabilidad reforzada se antoja innecesario y además resulta, la mayoría de las veces imposible. Otra cosa es que el hecho generador de la responsabilidad aparezca de alguna manera cualificado, esto es, que no se trate de incumplimientos de escasa trascendencia personal. Pero ello no implica que sea exigible un criterio subjetivo de atribución de responsabilidad reforzado por el dolo».

⁹ La STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 29 de diciembre de 1999, Rec. 2414/1995. Ponente: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA (La Ley 3241/2000), indica que el «*dolus malus*» como invalidador de una relación contractual, debe ser probado por la parte que lo alega. En este supuesto hay una ausencia total de dolo en la actuación de la parte vendedora, porque no se dan los dos elementos esenciales para la existencia de tal dolo o maquinación maliciosa: como es el subjetivo o ánimo de perjudicar —cuestión de Derecho— y el objetivo una actuación inequívoca en la que trascienda el antedicho ánimo —cuestión de hecho—. En todo caso dicha actividad dolosa ha de ser probada inequívocamente sin que basten meras conjeturas o indicios.

¹⁰ Trata el dolo en el caso de compraventa de finca a empresa constructora. Indicando la nulidad por dolo del vendedor que silenció que unos informes técnicos habían acreditado que el solar vendido no era apto para construir en él y donde *la indemnización alcanza al interés negativo que resulta de cotejar la situación en que estaría la parte perjudicada si no hubiese celebrado el contrato o hubiese conocido desde el principio su invalidez*, con la situación actual en que se encuentra. En consecuencia, se han de aceptar las partidas que integran la indemnización: minuta de notario, honorarios de intermediario e impuesto del valor añadido. (STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 129/2010 de 5 de marzo de 2010, Rec. 2559/2005. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ (La Ley 5303/2010). ECLI: ES:TS:2010:984).

¹¹ SAP de Cantabria, Sección 2.ª, sentencia 138/2016 de 3 de marzo de 2016, Rec. 71/2015. Ponente: José ARSUGA CORTÁZAR (La Ley 47449/2016) ECLI: ES:APS:2016:186.

¹² Conductas consideradas por varias sentencias de la jurisprudencia menor como condenatorias por ser una conducta dolosa desde el momento que conocen que los hijos no lo eran

del actor SAP Valencia 579/04 de 2 de noviembre de 2004, y SAP León de 2 de enero de 2007 en que la madre lo sabe desde el embarazo y al padre se le atribuye una conducta dolosa.

¹³ SAP, Sección 9.ª, sentencia 417/2017 de 6 de noviembre de 2017, Rec. 263/2017. Ponente: Andrés MONTALBÁN AVILÉS (La Ley 232186/2017). ECLI: ES:APA:2017:3382 Reclamación de indemnización al demandado por ocultar al demandante que era el padre de los hijos matrimoniales de este. Desestimación de la demanda. La jurisprudencia aplicable a la ocultación de la paternidad por la esposa no es extrapolable al demandado. No concurre acción culposa o dolosa de este que ignoraba su condición de padre hasta que el actor investigó su paternidad y se declaró judicialmente que los niños no eran hijos biológicos suyos. El demandado no estaba obligado a plantear una demanda de filiación ni le era exigible hacerse pruebas de paternidad a espaldas del actor.

¹⁴ La STS de 30 de junio de 2016 resolvió que no cabía la acción de reclamación de la filiación no matrimonial y de impugnación de la filiación matrimonial, ejercitadas por la madre en representación de su hija menor de edad, al existir conflicto entre el interés de la progenitora y el superior interés de la menor. Con la doble solicitud de la madre se abocaría a la hija a una nueva y muy perjudicial situación con la pérdida del núcleo familiar actual, plenamente satisfactorio para ella. Lo procedente habría sido el nombramiento de un defensor que representase a la menor en juicio, al no hacerse la relación jurídica procesal está mal planteada por carecer la madre de la representación legal de la menor para el ejercicio, en interés de esta, de las citadas acciones. [STS, Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, sentencia 441/2016 de 30 de junio de 2016, Rec. 1957/2015. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ (La Ley 71613/2016). ECLI: ES:TS:2016:2995].

¹⁵ BARBER CÁRCAMO señala que «aunque el Tribunal de Estrasburgo admite que el derecho al reconocimiento de la paternidad es un derecho incluido en el de respeto a la vida familiar, puede estar legítimamente sometido a límites en favor de los intereses prevalentes del hijo»... Concluyendo que «la jurisprudencia de Estrasburgo está muy lejos de afirmar preeminente, en materia de filiación, el principio de verdad biológica». (BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles: La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre acciones de filiación: análisis y prospectiva. *Derecho Privado y Constitución*. ISSN: 1133-8768. Núm. 20. Enero-diciembre 2006, 105-151).

¹⁶ STC, Pleno, sentencia 184/1990 de 15 de noviembre de 1990, Rec. 1419/1988. Ponente: Jesús LEGUINA VILLA. (La Ley 1511-JF/0000), que indica en su doctrina que «la Constitución reconoce en el matrimonio legal una institución social a la que conecta deberes y derechos», refiriéndose en artículo «La obtención de una pensión de viudedad se condiciona por la legislación vigente a la existencia de vínculo matrimonial entre causante y beneficiario, eximiendo de tal exigencia solo a quienes no pudieron contraer matrimonio legal por impedírsele la normativa anterior a la Ley 30/81 y siempre que el causante falleciera con anterioridad a la vigencia de dicha Ley, pues tras ella los que convivían de hecho *more uxorio* podían legalizar su unión».

¹⁷ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, sentencia 629/2018 de 13 de noviembre de 2018, Rec. 3275/2017. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA (La Ley 162091/2018). ECLI: ES:TS:2018:3700.

El derecho a los alimentos del hijo existía por el hecho de haber nacido dentro del matrimonio, y como consecuencia de esa apariencia de paternidad, el padre hizo frente a todas las obligaciones que le correspondían. En cuanto a los daños morales, no son indemnizables mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual. El daño indemnizable queda acotado a supuestos que, en el marco de la relación de matrimonio rota por el divorcio, no tienen su origen en el incumplimiento de los deberes propios del matrimonio, como es el deber de fidelidad, sino en la condición de persona afectada por la acción culposa o negligente de quien lo causa.

¹⁸ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, sentencia 629/2018 de 13 de noviembre de 2018, Rec. 3275/2017. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA (La Ley 162091/2018). ECLI: ES:TS:2018:3700.

Ocultación al marido de su falta de paternidad respecto de un hijo del matrimonio.

En cuanto a los daños morales, no son indemnizables mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual.

El daño indemnizable *no tiene su origen en el incumplimiento de los deberes propios del matrimonio*, como es el deber de fidelidad, sino en la condición de persona afectada por la acción culposa o negligente de quien lo causa.

¹⁹ En la STS, de 14 de julio de 2010, en el que se resuelve la reclamación de indemnización de daños y perjuicios a la exesposa por infidelidad durante el matrimonio y el descubrimiento de que uno de los hijos inscritos como matrimoniales no era en realidad del demandante, se produce la *prescripción* puesto que *el plazo de prescripción comienza a correr «desde que lo supo el agraviado»*. (STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 445/2010 de 14 de julio de 2010, Rec. 1968/2006. Ponente: Francisco MARÍN CASTÁN (La Ley 148064/2010). ECLI: ES:TS:2010:4387).

Posteriormente, la STS de 18 de junio de 2012, que estudió también una reclamación de indemnización por los daños físicos y morales sufridos como consecuencia de la pérdida de dos hijas criadas como tales por el demandante y que fueron concebidas por los demandados (su exmujer y un tercero) ocultándole la realidad de tal concepción y paternidad se indica que *el plazo prescriptivo no puede contarse desde la fecha de la sentencia que resolvió el procedimiento de impugnación de paternidad*. (STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 404/2012 de 18 de junio de 2012, Rec. 1219/2009. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. La Ley 80043/2012. ECLI: ES:TS:2012:4183).

²⁰ STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 22 de julio de 1999, Rec. 12/1995. Ponente: Alfonso BARCALA TRILLO-FIGUEROA (La Ley 11277/1999).

²¹ STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 404/2012 de 18 de junio de 2012, Rec. 1219/2009. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA (La Ley 80043/2012). ECLI: ES:TS:2012:4183.