

ÍNDICE:

Resumen	3
Abstract.....	4
Objeto	5
Metodología.....	6
I. INTRODUCCIÓN	7
II. DEBER DE FIDELIDAD.....	8
III. OCULTACIÓN DE LA VERDADERA PATERNIDAD	13
1. Sentencias del Tribunal Supremo de 22 y 30 de julio de 1999	14
2. Producción de un daño por la ocultación de la verdadera paternidad	18
2.1. El daño moral y su cuantificación	19
2.1.1. <i>Mantenimiento o no de las relaciones afectivas</i>	23
2.2. Concurrencia de dolo.....	27
2.2.1. <i>Nexo causal</i>	33
2.2.2. <i>Carga de la prueba</i>	34
3. Posibilidad de reclamar las cantidades pagadas en concepto de alimentos.....	34
3.1. Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2015.....	37
A) Jurisprudencia contraria a la reclamación en concepto de alimentos.....	42
B) Jurisprudencia a favor de la reclamación en concepto de alimentos.....	44
3.2. Posición del padre biológico	46
4. Posibilidad de reclamar otras cantidades.....	47
5. Prescripción	50
Conclusiones alcanzadas	54

Valoración personal.....	56
Bibliografía.....	59

RESUMEN:

La responsabilidad civil entre cónyuges surge como una cuestión novedosa planteada por jurisprudencia y doctrina. A lo largo de este trabajo se desarrolla la posibilidad de reclamar extracontractualmente en aquellos supuestos en los que hay un incumplimiento del deber de fidelidad y, como consecuencia de dicho deber nace un hijo cuya verdadera paternidad biológica se oculta al marido, con un análisis de los diferentes puntos de vista doctrinales y jurisprudenciales al respecto. Se comienza con las diferentes posturas que contemplan o no la indemnización como resultado de la infidelidad para luego continuar con un planteamiento más desarrollado que expone las múltiples vicisitudes que dan lugar a la posibilidad o no de reclamar; tanto los daños morales causados como consecuencia de ocultar la verdadera paternidad biológica, como la reclamación de aquellas cantidades abonadas en concepto de alimentos por el que se creía padre desde el nacimiento del hijo hasta que se conoce la verdad.

PALABRAS CLAVE:

Consecuencias de la infidelidad, ocultación de la verdadera paternidad, daño moral por ocultar la paternidad, reclamación de las cantidades abonadas en concepto de alimentos.

ABSTRACT:

Civil liability between spouses arises as a novel issue raised by jurisprudence and doctrine. Throughout this work the possibility of claiming extracontractually in those cases in which there is a breach of the duty of fidelity and as a consequence of this duty conceals the true biological paternity to the husband, with an analysis of the different points of view Doctrinal and jurisprudential in this regard. It begins with the different positions that contemplate or not the compensation as a consequence of infidelity and then continue with a more developed approach that exposes the multiple vicissitudes that give rise to the possibility or not to complain; Both the moral damages caused as a result of concealing the true biological paternity, as the claim of those amounts paid as food for which he was believed father from the birth of the child until the truth is known.

KEY WORDS:

Consequences of infidelity, concealment of true paternity, moral damage for concealing paternity, claim of the amounts paid as food.

OBJETO.

En el presente trabajo he querido mostrar la problemática que ocasiona la ocultación de la verdadera paternidad en la actualidad. Resulta obvio pensar que el Derecho de Familia ha sufrido una serie de cambios o evoluciones que dan lugar a replantearse la posibilidad sobre la necesidad de reformar o mejorar la regulación contemplada para los supuestos de responsabilidad extracontractual entre familiares, al resultar escasa e incluso inadecuada la regulación del Derecho de Daños para estos casos. He hecho hincapié en ello basándome en un amplio análisis de las múltiples posturas tanto doctrinales como jurisprudenciales a la hora de abordar el tema de la ocultación de la verdadera paternidad, puesto que da lugar a una disparidad de cuestiones al no darse una respuesta unánime en los temas de daños morales y donde en los temas de enriquecimiento injusto al pagar unos alimentos a un hijo que no es del marido pero sí creía suyo, surgen múltiples opiniones en los tribunales al inadmitirlo por considerar que son unos alimentos que eran debidos bien por la presunción de paternidad o por una sentencia judicial que así lo contempla tras la separación. A pesar de la libre discrecionalidad que ostenta el juez quizá lo correcto debería ser intentar compilar la jurisprudencia para intentar en la medida de lo posible que pueda cambiarse esta situación.

Se ha intentado poner de manifiesto el sufrimiento que puede ocasionar a un padre conocer que el que creía, criaba y quería como hijo suyo en realidad no lo es. Porque en cierta manera todo se resume a ese dolor inferido junto a la incertidumbre causada y lo difícil que resulta que los tribunales contemplen estas situaciones de daños, que son ciertas, dentro del matrimonio de forma favorable para el padre. Por otro lado, he analizado la posición tanto de la madre como del verdadero padre biológico ya que ambos son los causantes del daño; en primer lugar y por el lado de la madre, resulta muy difícil creer que es necesario que su actuación tenga que ser necesariamente dolosa para que se pueda apreciar la concurrencia de daño moral, y, en segundo lugar la actuación del padre biológico que tampoco contiene cambios ya que la mitad de las veces no se tendrá en cuenta, bien por no poder conocer su identidad o porque los tribunales no lo estimen.

METODOLOGÍA.

La metodología utilizada en este trabajo ha sido principalmente analítica y descriptiva. Tras la elección del tema a tratar, recopilé toda la información posible y me puse a trabajar sobre ella, en un principio y al haber tratado de forma muy sucinta la cuestión me resultó difícil compilarlo y poder redactarlo de forma clara, pero conforme entraba en el asunto más claras tenía las ideas principales que debía desarrollar.

La mayor parte de la información sobre la que me he basado ha sido recogida de la base de datos que proporciona la universidad (*Aranzadi*), revistas de la facultad que han sido encontradas en *Dialnet*, y el centro de documentación judicial (CENDOJ) para la búsqueda de jurisprudencia.

He recogido los principales temas que me parecían importantes para estudiar en el trabajo de manera escrupulosa, tratando de tener más presente la actualidad pero sin perder de vista los inicios del tema, y he analizado todas las posturas doctrinales al respecto, las mayoritarias, las minoritarias, las que se muestran a favor, las que no y las que contemplan otra serie de cuestiones que aún no han sido desarrolladas pero resultan relevantes. Para que las posturas doctrinales tengan su reflejo en la práctica he buscado sentencias al respecto, intentando en todo momento que sean lo más actuales posibles, pero lo cierto es que algunas pese a tener algunos años revestían de tal importancia en el tema a tratar que he tenido que incluirlas. Hay cuestiones, sin embargo, que no han sido analizadas por ninguna postura doctrinal pero que tras el repaso de toda la jurisprudencia me pareció interesante introducir de forma pionera por los problemas que suscitan y la multitud de pronunciamientos jurisprudenciales a los que dan lugar.

A lo largo de todo el proceso he sido guiada por mi tutora, que ha estado disponible mediante citas o correos y me ha ayudado tanto en la forma como en el contenido del trabajo. Tras un primer boceto inicial que debía ser necesariamente modificado para llegar al actual, ha corregido poco a poco lo escrito tanto como para hacerme saber si tenía algún tipo de error o podía mejorar ciertas cuestiones y me ha proporcionado materiales que han ayudado a completar las distintas posturas doctrinales y jurisprudenciales.

I. INTRODUCCIÓN.

A lo largo de este trabajo se va a intentar poner de manifiesto las cuestiones que suscita ocultar la verdadera paternidad biológica junto a todas las vicisitudes existentes. Imaginemos un supuesto de hecho en el cual dos personas se casan con todos los derechos y obligaciones que ello conlleva, pero, donde la mujer no cumple el deber de fidelidad que regula nuestro ordenamiento jurídico ¿es la fidelidad un deber que, de incumplirse, debe ser sancionado? O, por el contrario, ¿solamente se trata de un deber regulado pero que depende de la conciencia de cada uno de los cónyuges?

Durante el tiempo que dura la infidelidad, la mujer puede o no mantener relaciones sexuales con su marido simultáneamente, por lo que cabe la posibilidad de que utilice métodos anticonceptivos o, por el contrario, de que sea plenamente consciente de las consecuencias de no utilizarlos y lo acepte. La primera consecuencia más inmediata que podría darse es la concepción de un hijo que puede no ser de su marido, pero que bajo la presunción de paternidad que resulta del matrimonio pasa de forma inmediata a serlo. En ese caso, si el marido conoce que el hijo que tenía por suyo y al que como tal ha criado no lo es, ¿tiene derecho a reclamar algún tipo de indemnización por el daño que le cause? Porque resulta obvio pensar, que, creer tener un hijo que no lo es causa un daño y un sufrimiento. ¿Tendrá algo que ver que la madre conociese desde un principio la verdadera paternidad? Y, ¿qué pasa con el hijo? ¿Podrá seguir manteniendo una relación paterno filial como hasta entonces o se le impedirá todo contacto con quien consideraba su padre, al menos hasta que alcance la mayoría de edad? Resulta esencial esta distinción puesto que no mantener la relación que hasta entonces tenía puede causar aun mucho más daño que conocer que no se es padre.

En otro orden de cosas, se debe señalar que el hecho de tener un hijo ocasiona unos gastos por alimentos que deben sufragarse, pero, el hijo no es del marido y este ha cumplido con su deber de pagar los gastos ¿tiene derecho a reclamarlos? ¿Podrá reclamárselos a la madre o al verdadero padre biológico? Se trata de unos alimentos indebidamente pagados dada la inexistencia de vínculo, donde la madre ha contribuido a las cargas por encontrarse dentro del matrimonio pero, sin embargo, el padre biológico ha pasado desapercibido. Y, por otro lado, si el marido conoce la verdadera paternidad del que creía su hijo tras separarse de su mujer y ha tenido unos gastos de desplazamiento para ver a su hijo ¿pueden reclamarse? ¿Existe plazo para interponer la

demanda? Estas y otras cuestiones serán desarrolladas a lo largo de las páginas que siguen.

II. DEBER DE FIDELIDAD.

Actualmente el ordenamiento jurídico español regula en el Capítulo V, libro I del título IV, del Código Civil los deberes y derechos de los cónyuges al contraer matrimonio. Por lo que al tema de este trabajo interesa, en concreto, se les impone el deber de guardarse fidelidad (art. 68 del CC).

Deber de cumplimiento obligatorio durante la existencia del matrimonio, pero que no subsiste tras la separación matrimonial. Se trata de una obligación recíproca de ambos cónyuges pero, sin embargo, no sinalagmática dado que su cumplimiento no depende de que sea cumplido o no por el otro cónyuge¹ y, además, tampoco puede considerarse coercible ya que no se puede obligar a su cumplimiento². El hecho de que no pueda exigirse un cumplimiento forzoso del deber de fidelidad adquiere diferente relevancia tras la reforma del Código Civil efectuada por la Ley 15/2005 en la que el legislador deja sin contenido los art. 82 y 87 del mismo. Preceptos que regulaban un listado de causas que podían dar lugar a la separación o el divorcio, de manera que con la regulación actualmente vigente no es necesario alegar ningún tipo de hecho o circunstancia determinante de la separación o el divorcio, siendo suficiente la mera voluntad de al menos uno de los cónyuges³ para su obtención. Esta modificación conlleva implícitamente una evolución jurídica hacia formas más abiertas de concebir el

¹ NOVALES ALQUEZAR, M.A.: *Los deberes personales entre los cónyuges ayer y hoy*, Comares, Granada, 2007, pág. 61.

² Vid. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “El valor de los deberes personales entre los cónyuges: Incumplimiento del deber de fidelidad”, ponencia presentada en el II Coloquio de Derecho Civil y Filosofía del Derecho, León, 4 de noviembre de 2016; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, R.: Comentario al art. 68 del CC, en Civitas, 2016, pág. 34; MARÍN LÓPEZ, M.J.: *Grandes tratados. Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, 2009, pág. 24; MURILLAS ESCUDERO, J.M.: “Infidelidad en el matrimonio: ocultación de la verdadera paternidad”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo*, La Ley, 2015, pág. 1812.

³ Siempre y cuando hayan transcurrido al menos tres meses desde la celebración del matrimonio. No obstante, no será necesario el transcurso de dicho plazo si se acredita que existe un riesgo para la vida, integridad física, libertad, integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos (art. 81 del CC).

matrimonio junto a los modelos familiares que, además, pone de manifiesto la creciente debilidad del vínculo conyugal⁴.

La fidelidad ha ido evolucionando a lo largo de las sociedades, abarcando un concepto más amplio que puede ir desde el ámbito espiritual al afectivo como el físico o sexual, pretendiendo erradicar de alguna forma el adulterio, que vulnera y destruye la lealtad conyugal⁵. Por lo que, una vez que se ha afirmado el carácter incoercible que ostenta, cuestión distinta es determinar si quebrantar estos deberes puede ocasionar un resarcimiento a favor del cónyuge que lo sufre, pudiendo sintetizar las diferentes opiniones doctrinales al respecto en dos grandes grupos.

En primer lugar, autores como PÉREZ GALLEGO⁶ que no están a favor del resarcimiento, piensan que los deberes conyugales como tal, en los que se debe incluir el deber de fidelidad, no constituyen obligaciones jurídicas *stricto sensu*, sino que su naturaleza se corresponde con la de una serie de deberes ético morales cuyo cumplimiento depende de la conciencia de los cónyuges, porque los posibles daños físicos o psíquicos que la infidelidad pudiera causar en el cónyuge que la sufre no tienen consecuencias jurídicas a la vista de la reforma legal. LÓPEZ DE LA CRUZ⁷ añade, que, un sistema de relaciones igualitarias donde el individuo accede de forma libre a una vida en comunidad, no hace posible exigir ser querido o la exclusividad en las relaciones, por lo que el derecho de daños no puede acabar funcionando como una sanción para aquellos comportamientos que no son resarcibles.

En esta línea se enmarcan las primeras sentencias que se pronuncian acerca de la infidelidad; en concreto las SSTS de 22 y 30 de julio de 1999 (en cuyo análisis tendré ocasión de detenerme) que señalan que el quebrantamiento de los deberes conyugales es merecedor de un reproche ético-social, acentuándose posiblemente más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, pero poniendo de manifiesto que la única consecuencia jurídica que se puede contemplar en tales casos es la separación

⁴ Cuestión sobre la que incide MURILLAS ESCUDERO, J.M.: “Infidelidad en el matrimonio: ocultación de la verdadera paternidad”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo*, La Ley, 2015, pág. 1812.

⁵ LASARTE ÁVAREZ, C.: “Los deberes conyugales en el Derecho Civil español contemporáneo”, *Revista de Derecho Privado*, marzo- abril, núm. 2, 2017, pág. 117.

⁶ PÉREZ GALLEGO, R.: “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, julio-septiembre 2015, pág. 143.

⁷ LÓPEZ DE LA CRUZ, L.: “El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales”, *InDret*, núm. 4, octubre de 2010, pág. 12.

matrimonial recogida en el art. 82 del CC (tal y como establece la antigua redacción), sin asignar ningún tipo de efecto económico por más que esos deberes se piensen como contractuales dentro del matrimonio, ya que de lo contrario cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial obligaría a indemnizar.

En síntesis, la doctrina que contienen estas sentencias es que el daño moral que genera la infidelidad a uno de los cónyuges no es susceptible de reparación económica y, en aquel momento anterior a la reforma del año 2005, la única consecuencia jurídica posible era la ruptura del vínculo conyugal⁸.

En segundo lugar, y en sentido contrario, la doctrina que podríamos calificar de minoritaria piensa que en el caso de un incumplimiento del deber de fidelidad sí podría prosperar una demanda de resarcimiento de los daños morales ocasionados⁹. Esta tesis está respaldada por la SAP de Cádiz (Sección 8ª) núm. 88/2014 de 16 de mayo 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 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”. Puede verse

⁸ Actualmente la infidelidad como ilícito civil no conlleva más consecuencias que una posible causa de desheredación del art. 855. 1ª del CC referido a “un incumplimiento de forma grave y reiterado de los deberes conyugales”, la posible pérdida del derecho de alimentos del art. 152.4º del CC, así como la posible revocación de las donaciones efectuadas por razón de matrimonio del art. 1343 del CC.

⁹ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R./CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales”, en Verda y Beamonte (COORD.), *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, págs. 103-174.

esta misma postura en una sentencia anterior pero del mismo órgano, la SAP de Cádiz (Sección 2ª) núm. 125/2008 de 3 de abril que, para establecer la obligación de resarcimiento de daños morales por ocultación de la verdadera paternidad consideró que la infidelidad ya en sí misma se trata de un deber jurídico indemnizable sin exigir dolo, ya 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 como consecuencia de las reformas del Derecho de Familia acontecidos en el año 2005 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...”. Se adopta, por lo tanto, una función punitiva del derecho de daños en el Derecho de Familia donde autores como MARTÍN CASALS y RIBOT IGUALADA¹⁰ se refieren a la paradoja presente en el hecho de que las reformas que eliminaron las causas del divorcio, que promueven la ruptura unilateral, parecen haber llevado a la doctrina a que se puedan liquidar los daños que surgen como consecuencia de la ruptura matrimonial. Añadiendo además que, en gran parte de los casos en los que se incumplen deberes conyugales los daños son morales por lo que tienen una gran dificultad para ser evaluados económicamente. El daño causado tiene que ser mayor que el que se sufra por la separación o el divorcio y entiende, además, que solo podrán resarcirse aquellos daños que deriven de la infidelidad cuando la lesión afecta a derechos de la persona ajenos al vínculo matrimonial, valorados de forma independiente respecto del deber de fidelidad.

Hasta aquí he tratado de poner de manifiesto las diferentes posiciones doctrinales existentes acerca de la posibilidad o no de resarcir los daños morales causados por el deber de fidelidad en sí mismo considerado. Problemática diferente es la que se plantea en aquellos supuestos en los que, como consecuencia del incumplimiento del deber de fidelidad, se causa un daño que abarca por ejemplo las relaciones paternofiliales por ocultar la verdadera paternidad al marido mediando dolo o negligencia de

¹⁰ MARTÍN CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J.: “Daños en el derecho de familia: un paso adelante, dos atrás”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 64, núm. 2, 2011, pág. 506.

manera indistinta junto al dolor que ello causa y sus consecuencias, cuestión en la que tendré ocasión de detenerme en las páginas que siguen. Se trata de un tema que adquiere mayor relevancia a raíz de Sentencias como la de la AP de Valencia (Sección 2ª) núm. 83/2004 de 2 de noviembre, reiterada en otra posterior de la misma Audiencia Provincial núm. 64/2007 5 de septiembre que señalan “si bien la infidelidad conyugal no es indemnizable, sí lo es la procreación de un hijo extramatrimonial con ocultamiento a su cónyuge”.

Este tipo de pronunciamientos llevan a que autores como ESPÍN ALBA¹¹ piensen que el deber de fidelidad se va transformando en un deber de información, que además surge como consecuencia de que el concepto de fidelidad se haya ampliado y supere el quebrantamiento de la exclusividad en las relaciones sexuales. Tesis de la que es clara expresión la SAP de Jaén (Sección 1ª) núm. 102/2015 de 9 de marzo, que considera irrelevante si la concepción del hijo ha sido como consecuencia de relaciones con un tercero o de técnicas de inseminación artificial porque lo que verdaderamente importa es que se ha ocultado una información, ya que la pareja ante la imposibilidad de concebir acudió a una clínica de técnicas de reproducción asistida, pero la mujer mantuvo relaciones sexuales con un tercero de las cuales nació su hija. Hija a la que obviamente el marido reconoció como suya al pensar que los tratamientos de fertilidad habían resultado efectivos.

Si el incumplimiento del deber de fidelidad no conlleva ningún tipo de consecuencia jurídica pero, sin embargo, el hecho de ocultar la verdadera paternidad sí, cabría plantearse ¿cuál es el nexo de unión? ¿qué determina que como consecuencia de la primera se deba indemnizar la segunda? El hecho de que concurra engaño entre ambas, pero no engaño respecto a la infidelidad, sino respecto a ocultar una información esencial a un marido y padre que cree tener unos hijos biológicos. Y es por ello que se unen los conceptos de infidelidad e información, en el sentido de que resulta primordial informar sobre la duda o certeza de la verdadera paternidad dado que es una consecuencia que surge de un acto anterior como es el incumplimiento del deber de fidelidad.

¹¹ ESPÍN ALBA, I.: “Daño moral por ocultación de la verdadera paternidad y responsabilidad parental”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, núm.758, 2016, pág. 3456.

III. OCULTACIÓN DE LA VERDADERA PATERNIDAD.

La presunción de paternidad está recogida en el art. 116 del CC a cuyo tenor se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges. Con lo que es suficiente que el nacimiento del hijo haya tenido lugar tras la celebración del matrimonio o en los ciento ochenta días posteriores al mismo, para considerarle hijo del marido.

En los últimos tiempos han aumentado las demandas de resarcimiento de daños morales por la ocultación de la verdadera paternidad biológica de los hijos nacidos durante el matrimonio en las Audiencias Provinciales y, en la mayor parte de los casos, la madre es la demandada por los daños patrimoniales y morales que se hayan sufrido aunque también existen reclamaciones dirigidas contra el padre biológico, en el caso de poder ser identificado.

Este tema ha saltado a los medios de comunicación desde que el Ministerio de Justicia alemán diera noticia de una iniciativa legislativa aprobada por el Consejo de Ministros el 31 de agosto de 2016 que impone en determinados procedimientos de filiación en los que exista una falsa atribución de la paternidad la obligación de la madre de comunicar con quien mantuvo relaciones sexuales durante la concepción. Además, tras comprobar la identidad del verdadero padre, se le podrá exigir un reembolso de los gastos de manutención del hijo desde que empezaron las dudas de la paternidad hasta la impugnación y en un periodo inferior a dos años por parte del que no resultaba padre biológico¹².

La repercusión de esta noticia en España se encuentra motivada por el hecho de que, meses antes, se dio publicidad de la SAP de Cantabria (Sección 3ª) núm. 42/2016 de 3 de marzo que, basándose en una serie de criterios que ya habían mencionado con anterioridad otras Audiencias Provinciales¹³, confirmaba la sentencia del JPI núm. 6 de Santander de 3 de diciembre de 2014 que condenaba a la demandada a abonar una indemnización de treinta mil euros por los daños causados al demandante al ocultar la verdadera paternidad biológica.

¹² Página web del Ministerio de Justicia alemán donde puede consultarse: http://www.bmjv.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2016/08312016_Scheinvaterregress.html.

¹³ SAP Valencia (Sección 7ª) núm.597/2004 de 2 de noviembre, SAP Barcelona (Sección 18ª) núm. 27/2007 de 16 de enero, SAP Valencia (Sección 10ª) núm.241/2012 de 28 de marzo.

1. Sentencias del Tribunal Supremo de 22 y 30 de julio de 1999.

En este apartado se van a analizar las dos primeras Sentencias del Tribunal Supremo, cuyo ponente es Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa, que se pronunciaron respecto al tema de la infidelidad así como de la ocultación de la verdadera paternidad ya que los pronunciamientos obtenidos constituyen una serie de índices y estructuras que han marcado la actual doctrina y jurisprudencia.

La primera y en orden cronológico es la STS (Sala de lo Civil) núm. 687/1999 de 22 de julio. Los hechos sometidos a la consideración del Tribunal Supremo parten de una demanda presentada por el marido Don Alfonso a Doña Carolina, su mujer, por una reclamación de quince millones de pesetas, más el interés bancario (un total de veinticuatro millones de pesetas), correspondiente a los alimentos abonados a favor de un hijo que resultó no ser suyo. Además de veinticinco millones de pesetas por el daño moral causado al ocultar la paternidad.

Los cónyuges contrajeron matrimonio en el año 1956 y en marzo de 1968 tienen una crisis matrimonial que determina la separación legal, durante esos trece años de matrimonio tienen siete hijos. En 1990 el hombre comprueba mediante una prueba de paternidad que uno de los hijos concebidos durante el matrimonio no es suyo. A su vez, el verdadero padre biológico se somete a una prueba voluntariamente con la que acredita su paternidad, tras la que posteriormente interpone la demanda que impugna la paternidad.

El marido reclama una cantidad correspondiente a los alimentos pagados por ese hijo durante quince años junto a la indemnización por daño moral -reclamación que se efectúa por la vía del art. 1902 del CC: “El que por acción u omisión, causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado”- pero ninguna de estas pretensiones prospera, no porque los daños no se hayan producido sino porque el Tribunal no aprecia dolo. Cuando se impugna la paternidad del que se tenía por padre el hijo tenía veinticuatro años y en este sentido, como expone GARCÍA

AMADO¹⁴, el Tribunal Supremo no califica como dolosa la actuación de la madre porque ella podía tener sospechas de que su hijo había sido procreado por otro hombre diferente a su marido, pero no tenía un conocimiento pleno y de total certidumbre.

Así las cosas, ¿cuándo existirá dolo? La madre y ex esposa ha mantenido relaciones con ambos y obviamente tendrá dudas acerca de la verdadera paternidad, dudas que además no comparte con el marido, sino que convive con ellas y el Tribunal Supremo lo admite. Podría pensarse que, por lo tanto, existirá dolo si ella oculta sabiendo a ciencia cierta que su marido no es el padre de su hijo, es decir, si realiza las pruebas de paternidad y los resultados confirman lo que ella sospechaba y no lo comunica. De lo que se desprende que nunca existirá dolo ni en la ocultación de la duda como consecuencia de una infidelidad, ni tampoco en la omisión de realizar la prueba para salir de la duda.

El segundo pronunciamiento jurisprudencial al que anteriormente aludía es la STS (Sala de lo Civil) núm. 701/1999 de 30 de julio. En el caso concreto, Don Marcelino, marido de Doña Rosario, interpone una demanda contra esta de dos millones ciento cincuenta mil pesetas por el mantenimiento de dos hijos extramatrimoniales, la devolución de cincuenta mil pesetas por la pensión alimenticia de ambos hijos así como veinte millones de pesetas en concepto de daño moral.

Los cónyuges contrajeron matrimonio en 1974 del que nacieron dos hijos en 1977 y 1981 respectivamente. En 1983 los cónyuges se separan y en el convenio regulador se atribuye la guarda y custodia de los hijos a la madre y el padre asume el pago de alimentos. En 1984 la mujer impugna la paternidad e identifica al verdadero padre biológico de ambos hijos en 1986, al cual, además, obliga a que inscriba en el Registro Civil a los hijos como suyos. En primera instancia se condena a la mujer para que abone diez millones de pesetas por el daño moral causado, pero se revoca por parte de la Audiencia Provincial. Durante el conflicto conyugal, y esto es lo verdaderamente determinante del caso, la mujer escribe un artículo en el diario “El País” donde dice que ambos hijos nacidos durante el matrimonio son extramatrimoniales, por eso el actor alega que se trata de una conducta dolosa, más aún cuando el marido ha contribuido a las cargas del matrimonio antes y después de la separación.

¹⁴ GARCÍA AMADO, J.A.: “Responsabilidad por daño derivado del engaño sobre la paternidad”, 30 de octubre de 2012, Almacén de Derecho. (<http://almacendederecho.org/aquellas-dos-extranas-sentencias-del-tribunal-supremo-1999-materia-responsabilidad-dano-derivado-del-engaño-la-paternidad/>).

La reclamación del hombre se basa en una vulneración del art. 1101 del CC, a cuyo tenor “quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquellas”. Precepto que relaciona con los arts. 67 y 68 del CC, lo que viene a decir que imputa a la mujer un incumplimiento contractual con dolo y mala fe. Para rechazar dichas pretensiones el Tribunal Supremo argumenta que, el incumplimiento de los deberes conyugales es merecedor de un “innegable reproche ético-social”, pero que la única consecuencia que contempla el ordenamiento jurídico es la separación matrimonial (hay que tener en cuenta que esta sentencia es anterior a la reforma de la Ley 15/2005) sin poder asignar efectos económicos. El problema que aquí surge y, como indica GARCÍA AMADO¹⁵, es que el sistema de daños español usa formulas genéricas y abiertas en los arts. 1902 y 1901 del CC para resarcir el daño, ya sea contractual o extracontractual, con la concurrencia de dolo o negligencia. Por lo que no se hace expresamente necesario que la ley prevea consecuencias indemnizatorias para todos los tipos de daño o incumplimiento que pueden darse, porque entonces, si tomamos esta afirmación de forma general, ya no se indemnizaría ningún daño derivado de la responsabilidad extracontractual que no estuviese previsto expresamente.

Continúa el autor señalando el error en que incurre el Tribunal Supremo, porque el que la infidelidad no sea indemnizable y tampoco el posible sufrimiento que le pueda producir a un cónyuge, no quiere decir que no sea indemnizable, según uno u otro de los artículos citados, ningún daño producido como consecuencia de la infidelidad. Ya que aquí no se reclamaba el daño por la infidelidad sino el daño por una consecuencia directamente derivada de la infidelidad.

Contra esa Sentencia se interpone recurso de amparo, que el Tribunal Constitucional inadmite en Auto 140/2001, de 4 de junio. Y ello a pesar de que se subraye el hecho de que lo reclamado no es la infidelidad de la esposa sino las consecuencias que esta ocasionó, circunstancia que aunque sí ocurre dentro del matrimonio es ajena a él porque está fundada en la pérdida de unos hijos que consideraba suyos y a los que estaba unido por unos lazos familiares. Aún así el

¹⁵ GARCÍA AMADO, J.A.: “Responsabilidad por daño derivado del engaño sobre la paternidad”, 30 de octubre de 2016, Almacén de Derecho. (<http://almacenderecho.org/aquellas-dos-extranas-sentencias-del-tribunal-supremo-1999-materia-responsabilidad-dano-derivado-del-engano-la-paternidad/>).

Tribunal Constitucional sigue manteniendo que el problema es del legislador por no establecer clara y concretamente que tales hechos pudiesen dar lugar a indemnización.

La cuestión que suscita el planteamiento de estas Sentencias es el análisis del dolo, ya que si bien se ve que en la primera Sentencia el Tribunal Supremo no aprecia su concurrencia porque la madre solo supo que sus hijos no eran matrimoniales tras la prueba de paternidad, en la segunda Sentencia prescinde totalmente del dolo para analizar la posibilidad de indemnizar o no la infidelidad, aún incluso cuando esa no es la pretensión ejercitada. Cabría pensar, por lo tanto, que ambas resoluciones jurisprudenciales deberían ir en la misma línea dado que sólo pasan ocho días entre uno y otro pronunciamiento y se refieren a similares situaciones, por lo que lo lógico y normal sería que puesto que en la primera se analiza la concurrencia o no del dolo en la segunda se analizasen aquellas declaraciones de esposa a un periódico nacional sobre la verdadera paternidad de sus hijos, unido al hecho de que es ella la que impugna la verdadera paternidad, circunstancias que pueden ser determinantes en lo que al dolo respecta.

Estas Sentencias plantean diferentes cuestiones y de diversa naturaleza, desde la infidelidad matrimonial hasta la ocultación y el descubrimiento posterior de la verdadera paternidad biológica que el Tribunal Supremo compila en una. Lo cual es un error porque son temas que necesariamente deben ser distinguidos, con la consecuencia de no ofrecer ningún tipo de doctrina unificada que sirva como pionera para aplicarse en las situaciones similares que pudieran darse en un futuro. Es por ello que autores como LÓPEZ DE LA CRUZ¹⁶ consideran que esta situación ha ido evolucionando forzosamente con el tiempo, ante la falta de argumentos del Tribunal Supremo lo que ha llevado a que las Audiencias Provinciales y la jurisprudencia menor se hayan pronunciado por el aumento de demandas en las que el marido o ex marido reclama una indemnización económica por los daños morales ocasionados al descubrir la falsa paternidad.

¹⁶ LÓPEZ DE LA CRUZ, L.: “El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales”, *InDret*, núm. 4, octubre de 2010, págs. 24 y ss.

2. Producción de un daño por la ocultación de la verdadera paternidad.

El hecho de ocultar la paternidad biológica es una circunstancia que puede afectar a muchos aspectos de la vida de una persona, físicos y psíquicos, como más adelante se verá. Produce daños que suelen ser mayoritariamente morales y que colateralmente también afectan al ámbito patrimonial (cuestión que será analizada más adelante). Que esos daños causados puedan o no ser indemnizados y que proceda la aplicación del Derecho de Daños supone una cuestión que ha ido evolucionando con el paso del tiempo, ya que en el Derecho de Familia por una serie de profundos cambios sociales, tanto la legislación como la jurisprudencia se han tenido que adecuar a los tiempos. El objetivo principal de esta serie de cambios es proteger, no la familia como institución, sino el interés de la persona en la familia¹⁷.

Por ello, y por lo que atañe al tema que nos interesa, autores como RODRÍGUEZ GUITIÁN¹⁸ piensan que los casos de descubrimiento por el marido del carácter extramatrimonial del que hasta entonces creía su hijo sí tienen carácter indemnizable, siempre y cuando se den los requisitos necesarios que permitan apreciar la existencia de responsabilidad civil cuando, por ejemplo, se lesiona el derecho a la integridad psíquica del cónyuge que creía ser el padre biológico. Que el autor establezca que deben darse los requisitos necesarios para poder apreciar la existencia de responsabilidad civil y aclare como ejemplo que puede tratarse de una lesión en la integridad psíquica nos reconduce a la idea de que debe tratarse de un daño causado y probado, es decir, que efectivamente haya surgido ese daño y que sea real, algo que puede suscitar la cuestión sobre qué casos serán aquellos en los que saber que el hijo al que considerabas tuyo y criabas como tal no lo es y ello no te produce ningún tipo de daño, daño que además será difícilmente compensado económicamente.

Se hace necesario en este punto tener en cuenta que, además de causar un daño al que se creía padre, hay grandes posibilidades de también causárselo al hijo. En este sentido aunque todavía no se hayan interpuesto demandas al respecto, ÁLVAREZ

¹⁷ Vid. VIVAS TESÓN, I.: “La responsabilidad aquiliana por daños endofamiliares” *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 26, 2011, pág. 54.

¹⁸ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M.: “De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio (A propósito de la STS de 14 de julio de 2010)”, *Diario La Ley*, núm. 7582, pág. 7.

OLALLA¹⁹ opina que puede tratarse de una experiencia cuanto menos traumática para el hijo, que en ocasiones contará con una corta edad y difícilmente podrá explicársele que su padre, con el que ha mantenido una serie de relaciones paterno filiales habituales, no es su padre y que, a partir de ese momento, cabe la posibilidad de que no pueda mantener ningún tipo de relación con él.

2.1. El daño moral y su cuantificación.

En lo que se refiere al concepto general del daño moral la STS (Sala de lo Civil) núm.139/2001 de 22 de febrero lo desarrolla de manera muy amplia, explicando que se encuentra integrado por todas aquellas manifestaciones psicológicas que padece o sufre el perjudicado, por el acaecimiento de una conducta ilícita y que por su naturaleza no se pueden traducir en la esfera económica.

También se pronuncia el Tribunal Supremo en la STS (Sala de lo Civil) núm. 1163/2003 de 9 de diciembre, definiendo que el daño moral se sustantiviza para referirse con ello a un dolor inferido, sufrimiento, tristeza, desazón o inquietud que afecta a la persona que lo padece. La Sentencia sigue exponiendo que “en el Código Civil no se contempla la indemnización por daños morales, pero en su artículo 1107 impone el resarcimiento de todos, siendo la jurisprudencia casacional civil la que ha ido elaborando doctrina continuada y progresiva sobre su procedencia”. A pesar de que su valoración no puede obtenerse de pruebas directas y objetivas, no significa que los Tribunales tengan prohibida su cuantificación, sino que deberá tenerse en cuenta y ponderar todas aquellas circunstancias que concurran en cada caso concreto, porque de lo que se trata no es de reparar el patrimonio sino de contribuir de alguna manera a sobrellevar el dolor y angustia de las personas perjudicadas por el actuar injusto, abusivo o ilegal de otro. Este actuar se traduce en una gran disparidad entre diferentes

¹⁹ ÁLVAREZ OLALLA, P.: “Prescripción de la acción ejercitada por el marido contra su ex mujer por daños sufridos al determinarse judicialmente la filiación extramatrimonial de una hija, previamente inscrita como matrimonial”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, Dialnet, núm. 9/2010, pág. 25-27.

resoluciones judiciales, lo que lleva a la doctrina a hablar de “concepto comodín”²⁰ o “escándalo del daño moral”²¹.

En lo que se refiere al daño moral causado como consecuencia de ocultar la verdadera paternidad, la SAP Valencia (Sección 10ª) núm.241/2012 de 28 de marzo establece los conceptos que pueden ser susceptibles de abarcar el daño moral considerando tal la “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 de forma temporal o definitiva respecto de la presencia o convivencia”. Autores como BELHADJ BEN GÓMEZ²² comparten este concepto de daño moral afirmando que la posibilidad de indemnizar el daño moral no debe ser discutida.

La Sentencia que recoge todas las consecuencias que puede producir el daño moral es la SAP Valencia (Sección 7ª) núm.597/2004 de 2 de noviembre, muy citada en el tratamiento del tema objeto de este trabajo, que reconoce la existencia de daño moral indemnizable en un caso de ocultación de la paternidad, ya que tres de los cuatro hijos que tenían durante el matrimonio resultaron ser extramatrimoniales, del mismo padre biológico y además en un lapso de tiempo de tres años. Habla la Sala de indemnización de lesiones psicológicas severas que surgen como consecuencia de un trastorno depresivo ansioso, depresión mayor, con pérdida de la actividad psicológica global con su correspondiente pérdida de actividad laboral, que fueron constatadas mediante prueba pericial médica. Esta idea es compartida por DE LA IGLESIA MONJE²³ que dentro del concepto de daño moral opina que puede comprender aspectos difusos para su perceptibilidad pero comprensibles dentro del medio social, enumerando todos aquellos sufrimientos y dolores físicos o psíquicos que haya padecido la víctima a consecuencia del hecho ilícito, que pueden incluso llegar a producir desquiciamientos mentales y acarrear secuelas vitalicias. Porque, resumidamente, se trata de una pérdida que siente el padre con respecto de los hijos teniendo en cuenta que puede existir una relación parental intensa.

²⁰ LINACERO DE LA FUENTE, M.: “Concepto y límites del daño moral: el retorno al pretium doloris”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 720, 2015, pág. 1562-1563.

²¹ DÍEZ PICAZO, L.: *El escándalo del daño moral*, Civitas, Madrid, 2008.

²² BELHADJ BEN GÓMEZ, C.: “Ocultación de paternidad y daños morales”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2015, pág.76.

²³ DE LA IGLESIA MONJE, M.I.: “Los alimentos del menor y la apariencia de paternidad. Su reclamación por el padre y el daño moral”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 755, 2016, pág. 1560.

Puede darse en algunos casos la circunstancia de que la jurisprudencia considere el daño moral, causado por la ocultación de la verdadera paternidad biológica, como un empeoramiento de los síntomas de una enfermedad que con anterioridad ya padecía el demandante, no tratándose por ello de circunstancias nuevas sobrevenidas, siempre y cuanto el agravamiento sea constatado de forma médica, como así expone la SAP de Jaén (Sección 1ª) núm. 102/2015 de 9 de marzo donde verifica la existencia de una degeneración en la enfermedad de Crohn del demandante como resultado de conocer la verdadera paternidad de los que creía hijos suyos y, considera que dada la naturaleza de la enfermedad es perfectamente posible entender que el empeoramiento ha venido dado tras el conocimiento de la paternidad, por lo que estima que ello es el daño moral.

Por otro lado, cabe la posibilidad de que se quiera indemnizar tanto el agravamiento de la enfermedad como el daño moral, lo que sucede en la SAP de Cádiz (Sección 8ª) núm. 88/2014 de 16 de mayo, en lo que la Audiencia Provincial sí comprendió que procedía la reclamación por daños morales dado el padecimiento psicológico sufrido por el demandante acreditado mediante prueba pericial médica. Aunque afirma que se trata de algo muy complicado entender el padecimiento psicológico independiente del daño moral causado, ya que en la base del mismo está la constatación psicológica padecida y ambas indemnizaciones responden por los mismos hechos y se enlazan entre sí, porque lo cierto es que el padecimiento psicológico sufrido por el actor se trata de una secuela del daño moral causado. La Audiencia Provincial, a la hora de acreditar el daño moral, considera suficiente que se disponga de un informe pericial del psicólogo, ratificado y sometido a contradicción en el juicio, aunque el juez *a quo* haya tenido en cuenta el diagnóstico del psicólogo de medicina legal que le diagnostica síntomas de carácter hostil porque el hecho de haber descubierto que la paternidad que hasta entonces ostentaba no es real le ha generado unos sentimientos de humillación desestabilizadores. Además, el médico de cabecera también le ha tratado de ansiedad leve y moderada y, tras la sentencia que declaraba la no paternidad, los síntomas empeoraron.

En lo que se refiere a la cuantificación del daño moral, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de los daños patrimoniales, la angustia emocional o el sufrimiento psíquico son de difícil valoración económica, puesto que son daños que afectan a bienes

insustituibles o de difícil sustitución²⁴ y resulta muy difícil pensar qué precio puede tener descubrir que el que creías que era hijo tuyo en realidad no lo es. DE LA IGLESIA MONJE²⁵, cree que, a la hora de resarcir el daño moral, es necesario tener en cuenta tanto el padecimiento psicológico sufrido como el deterioro de la fama, honor, intimidad y prestigio profesional del demandante, en el caso de que se vean perjudicados.

Para cuantificarlo la SAP Barcelona (Sección 18ª) núm. 27/2007 de 16 de enero afirma que el marido sufre un daño moral que puede ser equiparado a la muerte del hijo. Esta equiparación puede entenderse por la dificultad que tiene valorar unos daños morales, así como el concepto de filiación biológica. No se trata de una concepción nueva puesto que ya anteriormente en la SAP Valencia (Sección 7ª) núm. 597/2004 de 2 de noviembre se asimiló el descubrimiento de la paternidad biológica respecto de tres menores con la muerte de los mismos, en su Fundamento Jurídico décimo cita: “genera un sufrimiento que puede ser superior al de la muerte de los menores, al no poder elaborar el duelo como respuesta a la pérdida sufrida (...). (...) tras el examen de todos los informes, llegamos a la conclusión de 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 éstos”.

La anterior SAP de Barcelona (Sección 18ª) núm. 27/2007 de 16 de enero también se encarga de analizar los factores que pueden dar lugar a la fijación de una u otra cantidad para resarcir el daño moral²⁶. Basándose en ello, MURILLAS ESCUDERO²⁷ sostiene que existen una serie de criterios para cuantificarlo como serían

²⁴ Vid. FARNÓS AMORÓS, E.: “Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad”, *InDret*, núm. 4, 2007, pág. 11.

²⁵ DE LA IGLESIA MONJE, M.I.: “Los alimentos del menor y la apariencia de paternidad. Su reclamación por el padre y el daño moral”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 755, 2016, pág. 1561.

²⁶ SAP Barcelona (Sección 18ª) núm. 27/2007, 16 de enero: “En el caso de autos se evidencia, sin género de duda, el daño moral causado al demandante (...) pues durante más de cuatro años, (...) ha vivido con el convencimiento de que Ana era su hija, habiéndose creado los naturales y lógicos vínculos de afectividad entre ambos, y planteado un proyecto de vida familiar que incluía como es natural a la niña (...) que se han visto mutilados como consecuencia de la verdad biológica impuesta, causando una pérdida de afectos y un vacío emocional que puede considerarse equivalente o muy próximo a la pérdida definitiva de un ser querido (...). El padecimiento emocional y las consecuencias psicológicas que se derivan del mismo, han quedado cumplidamente acreditadas con el contenido de los documentos médicos aportados que acreditan el seguimiento de un tratamiento psiquiátrico por dicho motivo”.

²⁷ MURILLAS ESCUDERO, J.M.: “La responsabilidad civil extracontractual por daños morales en la relación conyugal”, *REDUR*, núm. 13, diciembre 2015, págs. 111-127.

la gravedad de las secuelas físicas o psíquicas del actor causadas por descubrir que no era el padre, el tiempo que duró la ocultación, el número de hijos extramatrimoniales, la edad, el tiempo que haya durado la convivencia con ellos y la posible valoración de que pueda seguir existiendo o no una relación afectiva con el que creía su hijo. Sin embargo, en algunas sentencias no se establece de forma necesaria que deban darse una serie de criterios de valoración para el daño moral, como por ejemplo en la SAP Cantabria (Sección 2ª) núm. 42/2016 de 3 de marzo donde se desestima el recurso de apelación interpuesto por la ex mujer al considerar que la cantidad de treinta mil euros para indemnizar los daños morales al ocultar la paternidad de una hija que estableció el Juzgado de Primera Instancia era adecuada.

El hecho de que no exista ningún tipo de criterio se trata de algo habitual en las sentencias que estiman daños morales, pero la valoración debe estar debidamente motivada, con una clara explicación acerca de las razones que ha utilizado el juez para llegar a esa conclusión²⁸.

2.1.1. Mantenimiento o no de las relaciones afectivas.

Equiparar el descubrimiento de la verdadera paternidad con la muerte física de los hijos ha sido muy criticado, por excesivo, ya que obviamente el daño moral no puede ser igual en aquellos supuestos en los cuales el progenitor es privado de todo contacto con aquel que siempre había considerado su hijo y tratado como tal, que en aquellos supuestos contrarios en los cuales sí se permite mantener relaciones con el mismo. E incluso puede darse que al principio no exista relación pero después quepa la posibilidad de revertir de alguna manera la recuperación o el mantenimiento de las relaciones emocionales entre las personas que creían que tenían una relación paterno filial biológica²⁹.

Se piensa que descubrir la verdadera paternidad supone una ruptura en la relación paterno filial, con lo que se ven perjudicados tanto los afectos como la

²⁸ MARÍN GARCÍA, I.: “Sentencia de 30 de junio de 2009”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 84, 2010, pág. 1379.

²⁹ En ello incide FARNÓS AMORÓS, E.: “Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad” *InDret*, núm. 4, 2007, pág. 9.

continuidad de las relaciones. Pero aunque es obvio que la sentencia que impugna la paternidad produce una serie de cambios en los que el demandante deja legalmente de ostentar la condición de padre, no tiene por qué significar que no quiera mantener las relaciones afectivas con el que creía su hijo, sino que busca determinar la realidad biológica a los efectos de la relación con su mujer o pareja³⁰, de modo que ello no excluye los sentimientos de dolor y el impacto psíquico del resultado de la impugnación³¹. Así lo expresa la SAP de Barcelona (Sección 17ª) núm. 503/2011 de 27 de octubre 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 produce al actor por la pérdida del hijo que creía matrimonial, aunque él fuera el que interpuso la demanda de impugnación de la paternidad”.

A pesar de que la paternidad biológica sigue teniendo un lugar preferente, bajo una perspectiva constitucional, en el seno de las relaciones familiares³², últimamente 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, no sólo en los casos de adopción o reconocimiento por complacencia, sino que cada vez hay más padres de hecho que actúan en situaciones de familias reconstituidas u otros tipos de convivencia, como así sucede en la STS (Sala 1ª) núm. 679/2013 de 20 de noviembre. Se trata de una impugnación de la paternidad donde se atribuye al demandante la guarda y custodia tanto de su hija, como de la menor cuya filiación fue impugnada. Principalmente se debe a la existencia de una serie de circunstancias médicas psicológicas de la madre que hacían imposible que pudiera hacerse cargo de sus hijas, oponiéndose además de forma fehaciente a que el verdadero padre biológico se hiciera cargo. El Tribunal Supremo reconoce que “es cierto que en el momento actual, don Julián no puede ser considerado progenitor respecto de Águeda,

³⁰ ECHEVARRÍA DE RADA, T.: “Responsabilidad civil por infidelidad conyugal”. *La Ley, Derecho de familia: Revista jurídica sobre familia y menores*. Núm. 8, 2015. Pág. 32.

³¹ ESPÍN ALBA, I.: “Daño moral por ocultación de la verdadera paternidad y responsabilidad parental”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 758, 2016, pág. 3482.

³² ROCA I TRÍAS, E.: La responsabilidad civil en el derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil, en Moreno Martínez, J.A.: (coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2004, pág. 129.

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 103,1ª, prr.2 y 158 del CC 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”³³.

RODRÍGUEZ GUTIÁN³⁴ piensa, muy acertadamente, 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. Una consideración que es respaldada en la SAP de León (Sección 2ª) núm. 1/2007 de 2 de enero cuando reconoce que se trata de un daño indemnizable la “pérdida de convivencia, de la relación y de lazos afectivos en general con una hija que aquel creía suya” y también en la SAP de Cádiz (Sección 8ª) núm. 88/2014 de 16 de mayo que expone la procedencia del daño moral, que surge como consecuencia del conocimiento de la no paternidad así como de la pérdida de contacto con quienes creía sus hijos y de los lazos que mantenía con ellos. Es por eso que la pérdida de relación debería ser indemnizada y además de una manera diferente que si se siguen manteniendo los vínculos y afectos.

En este sentido, 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”³⁵, así como por cualquier acción con la que se dificulte o impida la relación³⁶.

También la jurisprudencia del TEDH³⁷ comparte la tesis que contiene la STS (Sala de lo Civil) núm. 512/2009 de 30 de junio, refiriéndose que en aquellos supuestos

³³ Los artículos mencionados permiten que de forma excepcional los hijos puedan ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que lo consintieren y de forma subsidiaria a una institución que ostentará las funciones tutelares bajo la autoridad del juez. Es por ello, que el Tribunal estima que cabe la posibilidad de que se establezca esta situación intermedia y extraordinaria para atender a ambas hijas que han convivido juntas desde el nacimiento.

³⁴ RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M.: *Responsabilidad civil en el derecho de familia. Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, civitas, Cizur menor, Navarra, 2009, pág. 173.

³⁵ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, B./PÉREZ VALLEJO, A.Mª.: *Valoración y reparación de daños entre familiares. Fundamento para su reclamación*, Comares, Granada, 2012, pág. 240.

³⁶ DE LA IGLESIA MONJE. M.I.: “Evolución del contenido del derecho de visita desde el estudio jurisprudencial”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 738, 2012, págs. 2657-2659.

³⁷ STEDH (Sección 3ª) núm. 1188/2009 de 10 de noviembre, STEDH (Sección 1ª) núm. 22028/2009 de 3 de diciembre, STEDH (Sección 2ª) núm. 91046/2011 de 17 de mayo, en todas las sentencias citadas el Tribunal está de acuerdo en el hecho de que privar a un progenitor e hijo de mantener contacto afecta a ambos, tanto en las relaciones que tengan entre ellos como en el desarrollo del menor a largo plazo, por

donde se impide o obstaculiza el derecho de visitas del progenitor no custodio se puede configurar una responsabilidad extracontractual y el “daño a indemnizar en ese 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”. Es decir, aquí el Tribunal Supremo admite la aplicación del art. 1902 del CC en el ámbito de las relaciones familiares, en el caso de que uno de los progenitores obstaculice el derecho del otro a relacionarse con sus hijos, sancionando al progenitor incumplidor.³⁸

Por lo que sería acertado seguir la tendencia que marca el TEDH en el sentido de reconocer la importancia de las relaciones de afectividad, por encima de los hechos biológicos e inspirando la valoración del impacto psicológico que se sufre como consecuencia de ocultar la verdadera paternidad. Y, como establece LÓPEZ DE LA CRUZ³⁹, quizá lo que habría que replantearse es la constitución de un nuevo vínculo jurídico que suponga no tener que perder el contacto necesariamente y poder seguir manteniendo relaciones con los que creías hijos tuyos.

Progresivamente las sentencias van teniendo más en cuenta este tipo de razonamientos. Entre ellas podemos encontrar la SAP de Jaén (Sección 1ª) núm. 102/2015 de 9 de marzo⁴⁰, donde 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”, además de añadir que la convivencia con la menor fue escasa, ya que nació a principios de 2010 y en verano ya estaban separados y no se llegaron a ejecutar las visitas acordadas como medidas provisionales “por lo que el grado de frustración o pérdida de afecto no puede

creer que puede afectarle en su personalidad. Por ello consideran adecuado que siempre y cuando la imposibilidad de ver al padre o madre sea culpa del otro progenitor este incurre en responsabilidad extracontractual.

³⁸ PÉREZ GALLEGOS, R.: “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, 2015, pág. 143.

³⁹ LÓPEZ DE LA CRUZ, L.: “El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales”, *Indret*, núm. 4, octubre de 2010, págs. 29 y 30.

⁴⁰ En este sentido, vid. la SAP de Valencia (Sección 11ª) núm. 386/2014 de 13 de noviembre de 2014 donde se pone de manifiesto que por la corta edad de la menor y por las pocas relaciones mantenidas entre padre e hija no puede considerarse que se deba aumentar la indemnización.

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”. Por lo que como resultado “se concreta la indemnización por daño físico y moral en quince mil euros”, sin que quepa conceder una cantidad añadida por un “supuesto daño moral, además del anterior no justificado”.

2.2. Concurrencia de dolo.

En lo que se refiere a la imputación subjetiva es preciso decir que el requisito que analiza la conducta del causante del daño es uno de los más discutidos respecto a los daños derivados por ocultar la verdadera paternidad, ya que es lógico que descubrir no ser el padre biológico de un hijo cause un daño, daño que además podría haber sido evitado si se le hubiera hecho constar al cónyuge la incertidumbre acerca de su paternidad. La exigencia de una actuación dolosa para apreciar o no la posibilidad de indemnización lleva a una serie de pronunciamientos dispares por parte de las Audiencias Provinciales, en la medida en que algunas exigen la prueba del dolo pero otras, conscientes de su extrema dificultad, prefieren optar 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 indemnización por daños morales.⁴¹

Entre aquellas corrientes que exigen la concurrencia de una conducta dolosa por parte del cónyuge que oculta la verdadera paternidad⁴² se encuentran las primeras sentencias de las Audiencias Provinciales que son posteriores a las anteriormente analizadas SSTS de 22 y 30 de julio de 1999. En este sentido la SAP de Girona (Sección 2ª) núm. 203/2002 de 13 de junio corrige una decisión del juzgado que había

⁴¹ ESPÍN ALBA, I.: “Daño moral por ocultación de la verdadera paternidad y responsabilidad parental”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 758, 2016, pág. 3473.

⁴² MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.T.: ¿Cabe la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de los deberes conyugales? Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales, *Aranzadi*, núm. 15, 2004, pág. 1-23.

fijado una indemnización de treinta mil 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 de forma automática una actuación dolosa. La SAP de Pontevedra (Sección 3ª) núm. 504/2006 de 13 de diciembre no observa dolo en el comportamiento de la madre y padre biológico porque no tiene intención de hacer daño al marido y no se puede deducir que existiera una procreación intencionada “no entendiéndose la simple negligencia o desatención, sin descartarse el fallo de los elementos anticonceptivos, como generador de la responsabilidad”. La SAP de Barcelona (Sección 18ª) núm. 510/2005 de 22 de julio tampoco aprecia la concurrencia de dolo en la ocultación de la verdadera paternidad al señalar que no se deben confundir “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 muy importante y determinante para la no apreciación 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” además la demandada “afirma que tuvo certeza de que la niña no era hija del actor en el momento que conoció las pruebas de paternidad aportadas precisamente por él mismo”. Por lo que también se tiene en cuenta, considerar como elemento de exclusión de la intencionalidad del daño, haber mantenido simultáneamente relaciones sexuales tanto con el marido como con el verdadero padre biológico⁴³. Cuestión que debe considerarse muy paradójica por el hecho de que al mantener relaciones con ambos ya debe existir la duda o incertidumbre sobre quién puede ser el verdadero padre biológico.

Dentro de la exigencia de dolo para proceder al resarcimiento de los daños morales resulta habitual que la jurisprudencia determine la inexistencia de dolo cuando la madre conoce tras la realización de las pruebas de la paternidad biológica que el hijo

⁴³ La SAP de Burgos (Sección 2ª) núm. 65/2007 de 16 de febrero establece que “tampoco se ha invocado que el actor no mantuviera, al tiempo de la concepción, relaciones sexuales con la demandada o que lo fueran de forma que fuera patente el conocimiento por ella de que el embarazo era fruto de una relación extramatrimonial”. De igual forma que la SAP de Segovia (Sección 1ª) núm. 213/2007 de 11 de diciembre: “no considera acreditado con relevante entidad que la demandada conociese de manera suficiente que el actor no era el padre del hijo que tenían por matrimonial, sin que podamos hacer equivalente al dolo el que la demandada hubiese tenido relaciones sexuales con otra persona, pues es obvio que también las mantenía con su esposo en el tiempo de la concepción y nacimiento del hijo, porque de no ser así es claro que el actor al quedar embarazada su esposa, hubiese tenido la completa certeza de que el hijo no era suyo”.

que creía que era de su marido es extramatrimonial, no antes porque sino sí concurriría dolo, como así establece la SAP de Granada (Sección 5ª) núm. 253/2014 de 13 de junio, aunque tiene en cuenta que mantuvo de forma consciente relaciones sexuales con un 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, y añaden 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. La SAP de Sevilla (Sección 6ª) núm. 180/2015 de 9 de julio también aplica esta doctrina en la que, corrigiendo la decisión de instancia, estima en su integridad el recurso basándose en la imposibilidad de acreditar la existencia 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”, igualmente “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”. La SAP de León (Sección 2ª) núm. 419/2012 de 23 de noviembre por su parte no aprecia la concurrencia de dolo puesto que el hijo fue engendrado durante una crisis matrimonial en la que ambos cónyuges convivían por separado y apenas tenían relación, y cuando se produjo la reconciliación ya estaba embarazada aceptando el marido inscribirlo como suyo en el Registro Civil.

En aquellas corrientes jurisprudenciales en las que se exige el dolo para apreciar la indemnización por daños morales contrariamente a lo anterior, puede darse que se tenga un concepto más amplio del dolo, donde también se aprecie su concurrencia en el caso de que se tengan dudas sobre la verdadera paternidad y no sean comunicadas al marido, como sucede en la SAP de Cantabria (Sección 2ª) núm. 71/2015 de 3 de marzo⁴⁴. Esta sentencia establece que “la mayoría de las resoluciones dictadas (...) siguen exigiendo que concurra el dolo o culpa grave a la hora de ocultar la verdadera paternidad”, pero el dolo puede ser entendido ampliamente, acotando su criterio de imputación exponiendo 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”.

⁴⁴ En la misma línea la SAP de Valencia (Sección 7ª) núm. 466/2007 de 5 de septiembre.

En lo referente a la diligencia exigible, explica que le comunica la información a su hija y omite la información al padre por lo que la Audiencia Provincial interpreta que una conducta apropiada le obliga a resolver sus dudas de la paternidad del hijo antes de que se le atribuya la paternidad al cónyuge por el juego de la presunción de paternidad matrimonial. En este sentido ÁLVAREZ OLALLA⁴⁵ determina que atribuir la paternidad al cónyuge cuando el padre biológico es una tercera persona supone un abuso de confianza, y nadie tiene derecho de beneficiarse de la relación de pareja para otorgar responsabilidades a quien no las tiene, por lo que si dicha conducta es dolosa o culposa genera un derecho a indemnizar.

Entre aquellas sentencias donde se puede encontrar la apreciación de una conducta dolosa por parte de la demandada está la SAP de León (Sección 1ª) núm. 39/2009 de 30 de enero de 2009 donde la demandada entabla una relación amorosa con el verdadero padre biológico de la menor durante un largo periodo de tiempo, durante el cual prácticamente convivían en un domicilio juntos y, al conocer del embarazo, decide mantener relaciones sexuales con su marido. Cita la sentencia que “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”.

Además, puede suceder en algunos casos que la actuación dolosa sea tan evidente⁴⁶ que la indemnización es satisfecha de forma solidaria por ambos progenitores biológicos⁴⁷, por ejemplo en la SAP de Valencia (Sección 7ª) núm. 597/2004 de 2 de noviembre que entendió probada que, la paternidad de tres de los cuatro hijos nacidos

⁴⁵ ÁLVAREZ OLALLA, P.: “Prescripción de la acción ejercitada por el marido contra su ex mujer por daños sufridos al determinarse judicialmente la filiación extramatrimonial de una hija, previamente inscrita como matrimonial”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, Dialnet, Pamplona, 2011, pág. 3.

⁴⁶ En opinión de RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M. en: (“De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio” (A propósito de la STS de 14 de julio de 2010), *Diario la Ley*, núm. 7582, sección doctrina 2011, pág. 7): la lesión causada ha de ser consecuencia de un dolo o culpa grave para poder conciliar los principios directrices del Derecho de Familia y el Derecho de Daños, para por ejemplo, respetar la paz familiar.

⁴⁷ En este sentido, ALGARRA PRATS, E.: “Incumplimiento de deberes conyugales y responsabilidad civil”, en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (Dir.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Dykinson, 2012, págs. 11 y ss.

durante el matrimonio no correspondía al marido, afirmando que “el dolo en el ocultamiento de la no paternidad, puede ser reprochable moralmente, en mayor medida a la que era su esposa pero jurídicamente lo es a los dos por igual”. Esta Sentencia⁴⁸, adquiere mucha importancia por tratarse de la primera que estima la responsabilidad civil entre cónyuges y por afirmar que el hecho de concebir a un hijo no puede tratarse de un caso fortuito, porque la producción del daño debe ser algo previsible y evitable al concebir tres hijos extramatrimoniales en cuatro años. En lo que se refiere a este último aspecto analiza FARNÓS AMORÓS⁴⁹ la conducta negligente de la madre, puesto que no se adoptaron todos los medios necesarios para evitar la concepción de los hijos, a pesar de que durante siete años no tuvo hijos de forma voluntaria, lo que añade un plus de culpabilidad porque los demandados conocen desde el primer momento que no eran hijos de su marido y aun así le permitieron inscribirlos como suyos en el Registro Civil para así pasar a formar parte de la familia mediante un plan preconcebido, con todas las obligaciones, derechos y vínculos que por ello tenían para podríamos entender, beneficiarse de la elevada posición económica y social que tenía el marido.

Finalmente nos resta referirnos a aquellas corrientes que, en lugar de apreciar dolo, consideran que el art. 1902 del CC abarca el concepto de la negligencia como la SAP de Barcelona (Sección 18^a) núm. 27/2007 de 16 de enero que consideró negligente la actuación de la demandada puesto que pudo y debió sospechar que era otro el padre de la menor. Al quedar 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, lo que debió hacerle plantearse que no fuera su marido el verdadero padre biológico. Esta Sentencia no exige que tenga que concurrir necesariamente el dolo para que los daños por la ocultación de la paternidad sean indemnizables basándose en que “la culpa o negligencia a que se refiere el art. 1902 del CC constituye un concepto más amplio que el dolo o intención maliciosa”, por lo que es suficiente que la conducta sea culposa o negligente⁵⁰. Se puede afirmar que la demandada no tenía certeza o no sabía que el padre de la menor no era su marido, pero

⁴⁸ Vid. Al respecto, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *Responsabilidad civil por el incumplimiento de los deberes conyugales*, Aranzadi, 2012, pág. 152

⁴⁹ FARNÓS AMORÓS, E.: “El precio de ocultar la verdadera paternidad”, *InDret*, núm. 2, Barcelona, 2014.

⁵⁰ ALGARRA PRATS, E.: “Incumplimiento de deberes conyugales y responsabilidad civil”, en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (Dir.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Dykinson, 2012, pág. 34.

pudo y debió sospechar que podía ser otro el padre de la menor al haber mantenido relaciones sexuales con dos personas al mismo tiempo de su concepción, con lo que además debería haber adoptado las medidas tendentes a su veraz determinación y la omisión en la adopción de dichas medidas debe calificarse como un comportamiento negligente. Se continúa, asimismo, haciendo una referencia que explica por qué pasa de considerar la negligencia en lugar de dolo como así sucede respecto a los pronunciamientos dados por el Tribunal Supremo que considera necesario que se dé una conducta dolosa para aplicar el art. 1902 del CC. La Audiencia Provincial ve necesario tener en cuenta en este sentido que el contexto social ha sufrido un cambio progresivo, con lo que también han avanzado los estudios científicos referentes a la materia de la prueba biológica y la omisión de las medidas para determinar la paternidad biológica es especialmente reprochable si tenemos en cuenta la facilidad cada vez mayor en el acceso a las pruebas de ADN.⁵¹

La SAP de Cádiz (Sección 2ª) núm. 125/2008 de 3 de abril, de igual forma, considera que el mantenimiento de relaciones sexuales simultáneas con el padre biológico y con el marido 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 en sí misma es gravemente negligente y legitima su responsabilidad”.

2.2.1. Nexo causal.

En los casos de responsabilidad civil por la ocultación de la verdadera paternidad el nexo causal no es una cuestión que plantee problemas ya que como

⁵¹ Insiste en la idea FARNÓS AMORÓS, E.: “Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 25, 2011, pág. 18.

consecuencia de una actuación se produce un daño. Es decir, por ocultar la verdadera paternidad surgen una serie de daños o consecuencias, como se puede ver en la SAP de Barcelona (Sección 18ª) núm. 27/2007 de 16 de enero que argumenta que “no resulta cuestionable la concurrencia del nexo causal entre la conducta negligente de la madre que no hizo en su día las comprobaciones pertinentes en cuanto a la paternidad y el resultado producido siendo la extinción de la relación paterno filial”. Otro ejemplo en el que se argumenta la facilidad del nexo causal lo constituye la SAP de Cádiz (Sección 8ª) núm. 88/2014 de 16 de mayo donde afirman que “ya se ha constatado con anterioridad respecto al nexo causal y el daño moral y/o psicológico que existe, nos parece que es algo que está fuera de toda duda, de alguna manera es consustancial a situaciones como la descrita en la generalidad de los casos; de hecho es así contemplado por todas las audiencias que sean pronunciando al respecto”.

De igual forma puede servir como ejemplo, donde se considera probado el nexo de causalidad entre la ocultación de la paternidad y el empeoramiento de la enfermedad, la SAP de Jaén (Sección 1ª) núm. 102/2015 de 9 de marzo, “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 a 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 su no paternidad en enero de 2012 y posterior de divorcio, sin acordar medidas de ningún tipo”.

2.2.2. Carga de la prueba.

El problema del daño moral transitará hacia la realidad económica de la responsabilidad civil y, por ello, deberá ser probado por parte del perjudicado o víctima. En este caso el que se pensaba padre biológico que acreditará, expondrá o exteriorizará la realidad de todos estos conceptos, demostrados de forma indiscutible así como indubitadamente. Pero el daño moral se subsume en la responsabilidad extracontractual, donde la carga de la prueba incumbe al dañador o causante del ilícito, que ha de acreditar la conducta exonerativa o que el ilícito no se ha producido por una conducta responsable⁵². Se puede decir, por lo tanto, que se trata de una inversión de la carga de la prueba, pasando a ser la regla general ya que antes debía ser probada por la persona que la alegaba, es decir, la parte demandante. Actualmente el demandado tiene que acreditar que ha sido diligente⁵³.

En la SAP de Cantabria (Sección 2ª) núm. 71/2015 de 3 de marzo la prueba del nexo causal se lleva a cabo mediante un informe pericial psicológico en el que se diagnostica al demandante una “síntomatología leve depresiva con síntomas de carácter hostil” afirmando que la ocultación de la paternidad le ha podido generar “sentimientos de humillación que le han desestabilizado y han hecho que se encuentre en un estado en el que ni reacciona, ni afronta de forma flexible sus nuevas circunstancias”.

3. Posibilidad de reclamar las cantidades pagadas en concepto de alimentos.

Cuando se produce el nacimiento de un menor, tanto dentro del matrimonio como en una unión de hecho, debe ser inscrito en el Registro Civil. En el caso de que exista unión matrimonial entre sus progenitores la consideración de que el hijo es matrimonial se produce de forma automática porque así lo establecen los arts. 113 y 116

⁵² DE LA IGLESIA MONJE, M.I.: “Los alimentos del menor y la apariencia de paternidad. Su reclamación por el padre y el daño moral”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 755, 2016, pág. 1560.

⁵³ BELHADJ BEN GÓMEZ, C.: “Ocultación de la paternidad y daños morales”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2015, pág. 99.

del CC. Cuestión diferente sería si se tratase de una unión de hecho, donde no rige la presunción de paternidad, porque el hijo será inscrito siempre y cuando con anterioridad el padre así lo haya aceptado y establecido. La inscripción en el Registro Civil es el título mediante el cual se acredita el estado civil tanto de los hijos como de los padres, tratándose de una prueba *preconstituida* de la filiación, que legitima para que, de forma judicial o extrajudicial, se puedan ejercer todos los derechos, facultades y potestades que derivan de la misma.

La patria potestad se encuentra regulada en el art. 154 del CC a tenor del cual se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, acorde con su personalidad, otras circunstancias y adaptándose a las cualidades de ellos. Pero teniendo presente que las medidas adoptadas deben proteger al menor así como velar por lo que más le convenga y más beneficioso le resulte. Más concretamente, también se menciona el deber de alimentos que es lo que verdaderamente interesa en este trabajo, explicando que se trata de un deber moral al que el derecho otorga juridicidad⁵⁴ que debe corresponder al nivel de vida de los padres⁵⁵, y que se asienta sobre la relación familiar que mantienen los hijos al ser alimentos que derivan de la determinación de filiación. Además resulta siempre preferente con respecto a la obligación legal de alimentos existente entre parientes regulado en los art. 142 y ss. del CC al ser su contenido más extenso⁵⁶ así como a que surja con independencia de que el alimentista tenga o no la necesidad, teniendo además una naturaleza de orden público por la especialidad del sujeto acreedor⁵⁷. El nacimiento de dicha obligación tiene lugar desde el momento en el que se es padre, como así establece el art. 148 del CC.

El deber de procurar alimentos a los hijos impuesto por el art. 39 CE es cubierto en situaciones de normalidad a través de las cargas familiares. Una vez producida la ruptura de los progenitores este deber se mantiene pero la forma de hacerle frente se transforma en el abono de una pensión alimenticia a los hijos menores de edad y en los supuestos del art. 93.2 del CC, también a aquellos que han cumplido 18 años.

⁵⁴ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N.: *La obligación legal de alimentos entre parientes*, La Ley, Madrid, 2002, pág. 47.

⁵⁵ DE LA IGLESIA MONJE, M.I.: “Los alimentos del menor y la apariencia de paternidad. Su reclamación por el padre y el daño moral”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 755, 2016, pág. 1556.

⁵⁶ QUICIOS MOLINA, S.: “De los alimentos entre parientes”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi 4ª Ed., Cizur menor, 2013, pág. 321.

⁵⁷ TENA PIAZUELO, I.: *La prestación de alimentos a los hijos tras la ruptura de pareja: pensiones, gastos, vivienda*. 1ª Ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pág. 70.

Entre las posibles causas que pueden dar lugar a que la obligación sea extinguida se encuentra la desaparición de la relación parental, ya que la sentencia estimatoria de un proceso de impugnación que deje sin efecto una filiación legalmente determinada, extingue la relación alimenticia que existía⁵⁸. En el caso de aquellos supuestos donde la paternidad ha sido ocultada y el deber de alimentos ha recaído sobre el que se creía padre parece normal pensar que deberían ser restituidas todas las cantidades pagadas en concepto de alimentos, pero no desde la impugnación de la paternidad, sino desde el nacimiento del hijo porque es cierto que ha existido un pago que no debería haberse realizado de haber sabido que no se era el padre biológico. No es que se trate de ir en contra del menor, puesto que sólo puede considerarse una víctima más, sino que los verdaderos padres biológicos en algunos casos y mediante planes preconcebidos pueden haberse aprovechado de la alta situación económica del falso padre como así sucede en algunas sentencias ya citadas anteriormente⁵⁹, por lo que nos encontraríamos ante un pago que no debería haberse llevado a cabo. De esta forma, la reclamación de alimentos corresponde al que se creía padre y se plantea sobre aquellos alimentos que han sido pagados bien a lo largo de la vida del menor⁶⁰ o, habitualmente, sólo de aquellos alimentos que han sido pagados tras la sentencia que afirma el convenio regulador y que obliga al pago de una pensión alimenticia.

Los tribunales españoles, de forma mayoritaria aunque no unánime, se manifiestan en contra de que se restituyan las cantidades abonadas en concepto de alimentos, basándose principalmente en que la filiación produce efectos mientras rige, por ser primordial el interés del menor⁶¹. Algo que se puede considerar discutible dado que si se conoce la identidad del verdadero padre biológico él ostentará la obligación de alimentos y si, por el contrario, no puede conocerse deberá hacer frente a dicha obligación la madre por lo que no quedará el menor desprotegido en ningún momento y no sufrirá ningún tipo de merma patrimonial un tercero ajeno, que ha sido engañado y sobre el que no debe recaer ningún tipo de obligación.

⁵⁸ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N.: *La obligación legal de alimentos entre parientes*, La Ley, Madrid, 2002, pág. 580.

⁵⁹ SAP Valencia (Sección 7ª) núm. 597/2004 de 2 de noviembre, SAP de Barcelona (Sección 18ª) núm. 27/2007 de 16 de enero.

⁶⁰ SAP de León (Sección 2ª) núm. 1/2007 de 2 de enero.

⁶¹ En ello incide DE VERDA Y BEAMONTE, J.R./CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Responsabilidad civil por el incumplimiento de los deberes conyugales”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: (Dir.), *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, Aranzadi, 2012, pág. 162 y 163.

Dentro de la posibilidad o no de restituir las cantidades abonadas en concepto de alimentos encontramos dos posturas jurisprudenciales: la mayoritaria, que está en contra de la devolución de alimentos y otra que podríamos calificar de minoritaria que, por el contrario, se muestra a favor de la restitución de los mismos. Al análisis de ambas se dedican los epígrafes que siguen.

3.1. Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2015.

Hasta ahora en el presente trabajo se había analizado los daños morales que surgen como consecuencia de ocultar la verdadera paternidad, pero lo cierto es que el hecho de ocultar la verdadera paternidad suscita otra serie de cuestiones como la posibilidad del reembolso de los alimentos indebidamente pagados, algo que además enturbia (si es eso posible) más las demandas con base en el resarcimiento de daños morales ya que en algunas se puede ver que trasciende el deseo de ver resarcido el engaño y la merma económica de haber asumido involuntariamente la responsabilidad parental de un hijo que no era suyo⁶². Problemática que es analizada detenidamente por la STS (Sala de lo Civil) núm. 202/2015 de 24 de abril que ha dado lugar a multitud de comentarios⁶³ siendo difundida tanto en las redes sociales como en los medios jurídicos. Además, para mayor interés, cuenta con un voto particular firmado por los Magistrados Excmos. Srs. D. Antonio Salas Carceller y D. Francisco Javier Orduña Moreno.

El caso sometido a la consideración del Tribunal Supremo surge en torno a un matrimonio de dieciocho años de duración, tras los cuales los cónyuges se separan en el año 2003, divorciándose en el 2005. Según lo dispuesto en el convenio regulador, el marido debe pagar trescientos euros mensuales en concepto de alimentos para la hija común, nacida en 1990. Pasados unos años, el hombre se somete a una prueba de

⁶² ESPÍN ALBA, I.: “Daño moral por ocultación de la verdadera paternidad y responsabilidad parental”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 758, 2016, pág. 3470.

⁶³ ROMERO COLOMA, A.M.: “Pensiones alimenticias indebidamente pagadas a hijos menores de edad (en torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2015)”, *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Navarra, 2016; SÁNCHEZ JORDÁN, M.E.: Reclamación de reembolso de cantidades satisfechas por la madre para el mantenimiento y atención del hijo menor desde su nacimiento, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 42, 2017; PÉREZ CONESA, C.: “Impugnación de la filiación matrimonial y reclamación de pensión de alimentos (STS de 24 de abril de 2015. Voto particular)”, *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6, 2015.

paternidad resultando que la que tenía, cuidaba y quería como hija suya no lo es, por lo que impugna la paternidad estimándose la demanda en 2008 y confirmándose en 2009 por la Audiencia Provincial⁶⁴.

El tema principal de esta Sentencia es la reclamación que efectúa el hombre para que su ex cónyuge le devuelva lo que en concepto de alimentos para su hija él le había ingresado tras el convenio regulador, es decir, del año 2002 al 2009 hasta que la sentencia declaratoria de inexistencia de la filiación resultó firme. La reclamación está basada en el art. 1895 del CC que cita: “cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla”, tratándose de la restitución del pago de lo indebido y no de la vía del art. 1902 del CC.

En primera instancia, el Juzgado estimó la demanda⁶⁵, pero recurrida en apelación la Audiencia Provincial la revocó alegando que el mencionado artículo no da derecho al demandante a la restitución del importe de los alimentos por la vía del pago de lo indebido. Aún así, el demandante recurre en casación y en la presente Sentencia el Tribunal Supremo desestima su recurso, por lo que no ha lugar a la devolución de la cantidad pagada en concepto de alimentos cuyo importe es de diecisiete mil ochocientos cincuenta y dos euros, es decir, no existe enriquecimiento injusto de la ex mujer. Los argumentos usados por la Sala son anejos a aquellos que las Audiencias Provinciales venían usando afirmando 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 debidos”. Autores como GARCÍA AMADO⁶⁶ consideran que esa expresión es precisamente el eje del equívoco, puesto que todo depende de qué es lo que se entienda por la expresión *eran debidos*. Parece que lo que se quiere dar a entender es que nunca existe el enriquecimiento injusto del art. 1895 del CC y que, por lo tanto, nunca se tiene que restituir lo cobrado cuando en el momento del pago se debía por alguna base normativa válida en aquél momento, a pesar de que después resultara inválida. Pero si esta afirmación se tiene como doctrina general se crearía una gran incongruencia ya que nunca se debería restituir lo pagado que en el momento del pago

⁶⁴Vid. SAP Cuenca (Sección 1ª) núm. 347/2013 de 8 de abril.

⁶⁵ Vid. SJPI Tarancón (Sección 1ª) núm. 510/2010 de 24 de abril.

⁶⁶ GARCIA AMADO, J.A: “Sobre la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2015”. Almacén de derecho, casos de Derecho Civil, 1 de octubre de 2015. (<http://almacenederecho.org/devolucion-de-alimentos-pagados-al-hijo-que-no-lo-era-sobre-sts-2022015/>).

tenía una apariencia válida. La Sentencia recalca el hecho de que el hombre pagase los alimentos porque así lo obligaba tanto el convenio regulador como (y sobre todo) la decisión judicial que valida dicho convenio.

Entre los fundamentos de la Sentencia se encuentra la puntualización de la Sala que considera que el artículo en el que debía basarse la demanda no era el art. 1895 del CC, sino del art. 1902 del CC, pero acontece que el demandante no reclama el daño moral causado, sino los alimentos abonados tras la ruptura matrimonial hasta la sentencia firme que impugna la paternidad⁶⁷, añadiendo que la acción para la reclamación por daño y con apoyo en dicho artículo se encontraba prescrita (cuestión que será analizada posteriormente en el presente trabajo). Lo verdaderamente determinante es que el Tribunal Supremo pone muchas objeciones para admitir las indemnizaciones por daño derivado de la falsa paternidad o de los gastos y alimentos para los hijos que se creían propios, por lo que si se apela a un artículo, dirá que lo propio era el otro y viceversa, el caso es ¿verdaderamente es posible fundamentar la reclamación de alimentos en algún precepto de nuestro ordenamiento jurídico? Además, la Sala no admite que se puedan reclamar los alimentos a la niña, pero lo cierto es que la demanda no es contra la hija⁶⁸, sino contra la madre y el enriquecimiento injusto viene dado por lo que la madre percibió por ella, ya que el demandante no era el verdadero padre biológico y por ello no ostenta la obligación del pago de alimentos.

En otro orden de cosas, insinúa la Sala, la existencia de una incoherencia puesto que el que se tenía por padre biológico sólo reclama la devolución de los alimentos que se abonaron entre el divorcio y la sentencia que anula la filiación, en lugar de reclamar el sostenimiento de la niña desde su nacimiento, pero obviamente el Tribunal tampoco le habría dado la razón ya que entiende que a la manutención y cuidado tiene derecho de por sí el menor no pudiendo ser privado por una posterior reclamación del progenitor aunque no fuese esa la finalidad del demandante sino que se devuelva lo que pagó a la madre y esta se ahorró por tenerlo engañado.

⁶⁷ PÉREZ CONESA, C.: “Impugnación de la filiación matrimonial y reclamación de pensión de alimentos (STS de 24 de abril de 2015. Voto particular)”, *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6, 2015.

⁶⁸ En ello incide ROMERO COLOMA, A.M.: “Pensiones alimenticias indebidamente pagadas a hijos menores de edad (en torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2015)”, *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Navarra, 2016.

La Sentencia reitera que el derecho de alimentos de la supuesta hija 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, por lo que los pagos se realizaron como consecuencia de una obligación legalmente impuesta entre quien pagaba y quien se beneficiaba de dicha prestación siendo efectiva hasta la destrucción de la realidad biológica mediante sentencia firme, por lo que resulta inviable la acción del cobro de lo indebido”.

Pero lo cierto es, como establece GARCÍA AMADO⁶⁹, que nadie duda del derecho de alimentos de la menor, así como tampoco de que el padre tenía el deber legal de alimentarla y cuidarla hasta que se impugnara la paternidad, además no se debería discutir el uso del art. 1895 del CC porque dicho precepto no se utiliza para cuestionar el derecho de la niña a los alimentos, ni la obligación del presunto padre a darlos, sino que quiere reclamárselos a la madre porque con su engaño hizo que el demandante asumiera una obligación que no existía. La Sala, por otra parte, también hace ver que en virtud del art. 112 del CC (“la filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la Ley no dispusiere lo contrario. En todo caso, conservarán su validez los actos otorgados, en nombre del hijo menor o incapaz, por su representante legal, antes de que la filiación hubiere sido determinada”), la determinación de la filiación tiene efectos retroactivos en lo que pueda ser compatible con la naturaleza de los mismos, siempre que además, sean positivos para el menor. Sin embargo, la anulación de la filiación no tiene efectos retroactivos. Para apoyarse en este principio se hace mención de los arts. 180.3, 79 y 143 del CC, algo que tiene poco sentido ya que lo que se pretende es forzar a que aquellos alimentos que se han pagado bajo el engaño corrieran de cuenta de la madre.

El voto particular, que es lo más relevante en esta Sentencia, no comparte la fundamentación jurídica de dicha resolución y plantea una serie de discrepancias con el resto de fundamentos expuestos muy importantes, dice que “no se trata en este caso de una cuestión de devolución de alimentos, que han sido consumidos, sino de la reclamación de lo indebidamente satisfecho por el demandante en tal concepto; que se

⁶⁹ GARCIA AMADO, J.A: “Sobre la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2015”. Almacén de derecho, casos de Derecho Civil, 1 de octubre de 2015. (<http://almacenederecho.org/devolucion-de-alimentos-pagados-al-hijo-que-no-lo-era-sobre-sts-2022015/>).

dirige, no contra la alimentista, sino contra la persona que estaba obligada a prestar los alimentos y no lo hizo (al menos en la cuantía cubierta por el demandante) beneficiándose económicamente de ello”. Añadiendo que “cuando se trata de una hija extramatrimonial (como ocurre en el caso) la obligación de alimentos incumbe de forma solidaria a los verdaderos progenitores, sin que la prestación alimenticia efectuada por quien se creía padre (sin serlo) precisamente por la ocultación de la esposa (...), impida a éste reclamar de los verdaderos obligados el reintegro de lo satisfecho por error, pues en caso contrario se aprobaría el ilícito beneficio obtenido por la falta de cumplimiento de una obligación legal satisfecha por el otro”. Con lo que podríamos entender que perfectamente se dan las condiciones para poder aplicar el art. 1895 del CC, explicando 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”, sumando a ello la actuación de la madre en el sentido de que “constituyó una vulneración frontal y directa al principio general de buena fe, tanto en su manifestación nuclear, como en sus respectivas aplicación. En efecto, convenció al 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 la hija”. Además, esta última afirmación no se encuentra en la descripción de los hechos del caso de la STS (Sala de lo Civil) núm. 202/2015 de 24 de abril, por lo que tal y como subrayan en el voto particular los dos magistrados el problema de esta sentencia es sobre el modelo del Derecho de Familia, sintetizando que “el moderno Derecho de Familia, referenciado en la Constitución Española así como en las reformas realizadas, se ha profundizado tanto en la responsabilidad familiar que individualmente asume cada cónyuge como en la diferenciabilidad de sus respectivas responsabilidades de índole patrimonial; todo ello conforme al principio de igualdad jurídica que informa `plenamente`, a los cónyuges tanto para contraer matrimonio como para desarrollar las relaciones familiares sin dispensa o pretexto alguno al respecto”. En cierto modo esta idea debe tenerse muy en cuenta, porque el Derecho de Familia y más concretamente el matrimonial se está encajando en un apartado del Derecho de Obligaciones, no existiendo un apartado del mismo que exactamente diga cuál es el pago conforme a qué circunstancias.

A modo de conclusión, en lo que se refiere al voto particular formulado por los Magistrados Excmos. Srs. D. Antonio Salas Carceller y D. Francisco Javier Orduña Moreno a la Sentencia comentada es que una solución como la llevada a cabo en este

caso además de impedir resarcir el daño frente a la madre y padre biológicos (este último en el caso de ser conocido) puede conllevar a que de forma equivocada se vea la demanda de daños morales como la única opción para obtener algún tipo de resarcimiento.

A) Jurisprudencia contraria a la reclamación en concepto de alimentos.

La primera postura jurisprudencial que aboga por la no devolución de alimentos está basada en el principio de *favor filii*, junto a la aplicación analógica del art. 79 del CC que consolida los efectos del matrimonio declarado nulo con respecto a los hijos⁷⁰. Pero lo cierto es que, a pesar de que prime el interés del menor, es el padre biológico el que se enriquece de forma injusta, y el menor no queda desprotegido ni se va a ver perjudicado por la devolución de las cantidades puesto que ya han sido consumidas por este.

El pronunciamiento más importante al respecto en relación a no restituir las cantidades abonadas en concepto de alimentos, por lo reciente en el tiempo, es la ya analizada STS (Sala de lo Civil) núm. 202/2015 de 24 de abril que, a pesar de haberse estudiado con anterioridad, es muy relevante en este tema al explicar en su Fundamento de Derecho Segundo las discrepancias que surgen en las Audiencias Provinciales señalando aquellas sentencias⁷¹ que considera acorde a su razonamiento. Dichas sentencias establecen que, en tanto no se declare que el padre que lo era no ha resultado no serlo, no es posible proceder a la aplicación del cobro de lo indebido, puesto que hasta entonces se trataban de alimentos debidos por cumplimiento de una sentencia que así lo ha determinado, pero es muy importante tener en cuenta que la realidad que subyace en estas sentencias cambia tras la sentencia que impugna la filiación. Y, si bien

⁷⁰ ÁLVAREZ OLALLA, P.: “Prescripción de la acción ejercitada por el marido contra su ex mujer por daños sufridos al determinarse judicialmente la filiación extramatrimonial de una hija, previamente inscrita como matrimonial”, en *Aranzadi Civil*, núm. 9/2010, Pamplona, 2011, pág. 3.

⁷¹ SAP de Toledo (Sección 2ª) núm. 396/2002 de 7 de noviembre, SAP de Ciudad Real (Sección 2ª) núm. 52/2012 de 29 de febrero, SAP de Granada (Sección 5ª) núm. 253/2014 de 13 de junio.

los efectos lo son desde la sentencia, los hechos reconocidos en la misma lo son desde el nacimiento del que hasta ese momento se creía hijo o hija.⁷²

Las Audiencias Provinciales continúan estableciendo que el deber de alimentos se produce como consecuencia de un hijo que ha nacido constante matrimonio, por lo que goza del carácter de hijo de ambos, a los que se les atribuye la paternidad junto el deber de alimentos que ello conlleva. Añaden el hecho de que sobre los alimentos opera el principio jurídico de su no devolución en cuanto a las cantidades percibidas por las mismas. Por lo que, además, existe una apariencia de probidad en el derecho al cobro y en la obligación de pago, que necesitaría para que operara contra quien los recibe (no olvidándose de que se consumirán por quién en principio es el hijo) que se acreditara la existencia de dolo en la reclamación o mala fe en los momentos periódicos de su percepción para que pueda de esa manera operar el cobro de lo indebido.

La reciente SAP de Cáceres (Sección 1ª) núm. 259/2016 de 8 de junio mantiene esta postura sin ningún tipo de fisura, pero añade algo muy novedoso al mencionar el pronunciamiento dado por el Tribunal Supremo dado en la STS (Sala 1ª) núm. 679/2013 de 20 de noviembre exponiendo que “es cierto que las relaciones de paternidad tienen como base principal la realidad biológica, pero esta realidad no excluye necesariamente situaciones como la contemplada en la STS de 20 de noviembre donde se atribuye la guarda y custodia de una niña a quien impugnó la paternidad, lo que pone en evidencia el riesgo de trasladar sin más determinadas acciones, como la que ahora se enjuicia, al ámbito de las relaciones familiares para fundar un derecho de crédito al margen de las reglas propias que resultan de la filiación, de la propia consideración del matrimonio y de la familia y, en definitiva, de un entramado de relaciones personales y patrimoniales que no es posible de disociar (...)”. Las Audiencias Provinciales⁷³ continúan, en este sentido, creyendo que el cobro indebido solo se produce cuando el cobro o su reclamación se realizan conociendo que el derecho de alimentos ya no existe porque una resolución firme niegue ese derecho, es decir, la paternidad.

En algunos casos, sucede que, además de no apreciar la existencia de un cobro de lo indebido o de un enriquecimiento injusto, la jurisprudencia mayoritaria considera

⁷² PANIZA FULLANA, A.: “Derecho de familia y Derecho patrimonial: reclamación de alimentos abonados por quien resulta no ser el padre de la menor”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Cizur Menor, 2015, pág. 54.

⁷³ SAP de Cantabria (Sección 2ª) núm. 71/2015 de 3 de marzo, SAP de Jaén (Sección 1ª) núm. 102/2015 de 9 de marzo.

que es más oportuno reclamar por la vía del art. 1902 del CC⁷⁴, aún cuando la pretensión ejercitada no sea la de la reclamación de daños morales causados como consecuencia de ocultar la verdadera paternidad, sino la devolución de aquellas cantidades que se han abonado en concepto de alimentos. ¿Qué es lo que pretenden los tribunales? Porque quizá existe alguna extraña razón que les hace redirigir a los demandantes a la vía del art. 1902 del CC que, además, casualmente tiene un plazo de prescripción más corto y una exigencia de dolo o culpa para que pueda prosperar⁷⁵ en lugar de utilizar la vía del art. 1985 del CC.

B) Jurisprudencia a favor de la reclamación en concepto de alimentos.

Hasta este punto se ha expuesto aquella parte de la jurisprudencia que no aboga por la restitución de la devolución de las cantidades abonadas en concepto de alimentos. A continuación se va a analizar la otra corriente jurisprudencial que sí considera adecuada la reclamación de los alimentos abonados a quién se creía hijo por la vía del art. 1985 del CC. Dentro de la doctrina también existen autores como MURILLAS ESCUDERO⁷⁶ o ÁLVAREZ OLALLA⁷⁷ que defienden esta postura al decir que la acción que se debe interponer para la reclamación de alimentos pagados cuando el matrimonio sigue unido ha de ser la de enriquecimiento injusto. También en el caso de que estando separados o divorciados se entreguen al cónyuge o ex cónyuge cantidades de dinero en concepto de pensión alimenticia para la educación, así como demás gastos de los hijos y tras ello descubre que no es el padre biológico por lo que podrá reclamar

⁷⁴ SAP de Barcelona (Sección 18ª) núm. 27/2007 de 16 de enero, SAP de Valencia (Sección 7ª) núm. 466/2007 de 5 de septiembre.

⁷⁵ PANIZA FULLANA, A.: “Derecho de familia y Derecho patrimonial: reclamación de alimentos abonados por quien resulta no ser el padre de la menor”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Cizur Menor, 2015, pág. 39.

⁷⁶ MURILLAS ESCUDERO, J.M.: “La responsabilidad civil extracontractual por daños morales en la relación conyugal” en *REDUR* 13, diciembre 2015, pág. 125.

⁷⁷ ÁLVAREZ OLALLA, P.: “Prescripción de la acción ejercitada por el marido contra su ex mujer por daños sufridos al determinarse judicialmente la filiación extramatrimonial de una hija, previamente inscrita como matrimonial”, en *Aranzadi Civil*, núm. 9/2010, Pamplona, 2011, pág. 3.

el reembolso de las cantidades entregadas por error⁷⁸, ejercitando así la acción del cobro de lo indebido.

Para que pueda ejercitarse la acción de repetición de lo indebido es preciso, primero, que exista un pago efectivo con la intención de extinguir una deuda o en general de cumplir un deber jurídico; en segundo lugar, la inexistencia de obligación entre el que paga y el que recibe por la falta de causa, pudiendo ser motivada, bien cuando falta la relación de obligación entre *solvens* y *accipiens*, bien porque jamás haya existido la obligación, porque la deuda ya está pagada, o porque se haya entregado mayor cantidad de la debida, finalmente, un error por parte del que hizo el pago, siendo indiferente que el error sea de hecho o de derecho. Podría decirse que en una situación donde se ha ocultado la verdadera paternidad el progenitor que ha abonado alimentos a su presunto hijo cumple estos requisitos, en tanto que ha efectuado un pago de los mismos a quien erróneamente consideraba su hijo, en base a una obligación que deriva de su paternidad⁷⁹.

Pero, las sentencias de las Audiencias Provinciales⁸⁰ tienen claro, en este sentido, que las cantidades abonadas previamente a la sentencia de separación o divorcio no se pueden reclamar a la madre, dado que se presupone que durante el matrimonio ambos han debido contribuir indiscriminadamente a los gastos para el levantamiento de las cargas familiares (como así se establece en los arts. 1318, 1362 o 1438 del CC). A pesar de que tras la resolución que puso fin a la crisis familiar existe una suma de dinero cuyo destino aparece de forma expresa y directamente determinado al pago de los alimentos del menor, lo que provoca una clara necesidad de analizarlo de manera diferente. El hecho de que los alimentos ya hayan sido consumidos, no parece que se trate de una razón obstativa para que se proceda a su devolución, si es que fueron satisfechos por quien no resultaba obligado a prestarlos.

Además, es necesario añadir que si, como sucede en algunos casos, el menor es reconocido por su verdadero padre biológico no se ve especialmente perjudicado o afectado por la reclamación que se articula contra su madre. Por ello creen que se trata

⁷⁸ RODRÍGUEZ GUITIÁN, J.M.: “De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio” (A propósito de la STS de 14 de julio de 2010), en *Diario la Ley*, núm. 7582, Sección Doctrina 201, 2011, pág. 8.

⁷⁹ GÓMEZ NEIRA, J.J.: “Fidelidad y filiación: cuestiones actuales”, *Cuaderno electrónico de estudios jurídicos*, núm. 3, 2014, pág. 68.

⁸⁰ SAP de León (Sección 2ª) núm. 1/2007 de 2 de enero, SAP de Cádiz (Sección 2ª) núm. 125/2008 de 3 de abril.

simple y llanamente de una aplicación de las reglas del cobro de lo indebido, de tal forma que la madre recibe algo que no tenía derecho a cobrar y que mediante error le ha sido indebidamente pagado debiendo restituir lo recibido por darse los presupuestos de hecho que corresponden a la paternidad. Aclaran además que es una “prestación realizada por el *solvens* con ánimo de extinguir una obligación; inexistencia de vínculo obligatorio entre el *solvens* y el *accipiens* que corresponda con los términos de la prestación realizada, derivada en el caso de auténtica relación de paternidad; y error del *solvens*, respecto del cual ya se ha razonado en extenso sobre su concurrencia” por ello deben ser devueltas las cantidades que sean abonadas en concepto de alimentos desde la sentencia que lo declara.

3.2. Posición del padre biológico.

Aunque pueda resultar algo obvio, lo cierto es que en todo lo que respecta al enriquecimiento injusto hay una parte que muy pocas sentencias tratan, el hecho de que existe un tercero, el padre biológico, el cual, durante el matrimonio ha sido el que se ha enriquecido sin una justa causa, puesto que el marido es el que ha cumplido con el deber de alimentos que le correspondía al progenitor⁸¹, quizá porque solo en contadas ocasiones se conoce la identidad del verdadero padre. Pero lo cierto es que si se conoce su identidad lo más acertado es pensar que la acción mediante la que se reclaman estas cantidades pagadas antes de la ruptura del matrimonio debería ser interpuesta ante el verdadero progenitor⁸² como así se establece en la SAP de Cádiz (Sección 2ª) núm. 125/2008 de 3 de abril que al saber de forma certera quién es el verdadero padre biológico, dado que si no se puede conocer será imposible, es al que se le reclaman las cantidades en concepto de alimentos. Lo que no ocurre en el caso de que estén separados o divorciados porque la madre recibe una pensión alimenticia para los hijos puesto que así lo establece el convenio regulador o la sentencia.⁸³

⁸¹ RODRÍGUEZ GUITIÁN, J.M.: “De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio” (A propósito de la STS de 14 de julio de 2010), *Diario la Ley*, núm. 7582, Sección Doctrina 201, 2011, pág. 8.

⁸² FARNÓS AMORÓS, E.: “El precio de ocultar la verdadera paternidad”, *InDret*, núm. 2, 2014, pág. 9.

⁸³ FARNÓS AMORÓS, E.: “Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad”, *Derecho privado y Constitución*, núm. 25, 2011, pág. 50.

Esta circunstancia también se da en la SAP de León (Sección 2ª) núm. 1/2007 de 2 de enero donde el ex cónyuge y falso padre, que ostentaba la guarda y custodia de sus tres hijos, demanda a ambos progenitores. La madre impugna la filiación de su última hija para así obtener la guarda y custodia tras lo que el demandante reclama el daño patrimonial por enriquecimiento injusto del padre biológico como consecuencia del pago de alimentos indebidos. A pesar de que la Sentencia dictada en primera instancia desestimó la demanda, la Audiencia Provincial rechaza la pretensión que pide la devolución de alimentos pagados frente a la madre ya que “es de suponer, que, constante matrimonio y de una u otra forma, haya contribuido a las cargas del matrimonio”. Sin embargo, el enriquecimiento injusto del padre biológico “que durante casi nueve años se mantuvo al margen del cuidado y de los alimentos (...) aparece fuera de toda duda”. Consideran que dado que el demandante en ningún momento tenía obligación legal de pago como consecuencia del error producido en la filiación, se debe condenar al padre biológico al pago total de dieciséis mil doscientos euros, correspondiente al abono que realizó el que se creía padre como pensión de alimentos de ciento cincuenta euros en nueve años.

4. Posibilidad de reclamar otras cantidades.

En algunos casos, aunque si bien es cierto que en contadas ocasiones, los que se creían padres reclaman otro tipo de cantidades en concepto de gastos, además del daño moral o de los alimentos prestados sobre los cuales los tribunales sí se han pronunciado. Obviamente, los pronunciamientos siguen la misma línea del enriquecimiento injusto que la analizada hasta ahora, encontrándonos con sentencias que sí establecen la devolución de aquellos gastos ocasionados como consecuencia de la ocultación de la paternidad y otras sentencias, más conservadoras, que abogan por la no devolución.

Entre las segundas nos encontramos con la SAP Valencia, (Sección 7ª), núm. 597/2004 de 2 de noviembre que se pronuncia sobre la reclamación de los gastos que han sido ocasionados como consecuencia de realizar las pruebas biológicas de paternidad. La Audiencia Provincial rechaza otorgar la indemnización ya que no considera que pueda tratarse de unos gastos obligatorios, aunque la realización de la

prueba fuese necesaria para averiguar la verdadera paternidad de los niños y, consideran, que serían en todo caso indispensables las pruebas para impugnar la paternidad. Se trata de una circunstancia cuanto menos paradójica porque es entendible que la realización de las pruebas hace posible que tras conocer la verdadera paternidad se pueda proceder acto seguido a su impugnación, ya que sin pruebas que verdaderamente identifiquen la relación paterno filial no se podría impugnar y modificar la filiación. Existen, por el contrario, sentencias⁸⁴ que creen que el gasto ocasionado por la realización de la prueba de paternidad ya se encuentra incluido en el concepto de los daños morales y por ello no resulta adecuado otorgar otra cuantía monetaria al respecto. En otras ocasiones⁸⁵ se considera que la prueba de paternidad es preceptiva para iniciar el procedimiento de impugnación al constituirse en principio de prueba según el art. 767.1 de la LEC, por lo que resulta beneficiosa para ambos progenitores en el sentido de que aclara la paternidad del hijo en común y la computa al cincuenta por ciento entre la parte actora y la demandada.

En la SAP Valencia, (Sección 7ª), núm. 597/2004 de 2 de noviembre se reclama, el daño moral causado por la ocultación de la paternidad y aquellos daños que se han causado al demandante en cuanto a su fama, honor e intimidad, algo ante lo que están a favor autores como DE LA IGLESIA MONJE⁸⁶. Pero lo habitual hasta ahora en los argumentos de las Audiencias Provinciales es que, dentro de la indemnización por daños, entren estas cantidades, por lo que no contemplan que aquí deban ser separados tales conceptos. Alega el actor que los hechos han tenido transcendencia pública tanto en el entorno residencial como profesional y que se trata de una clara ofensa hacia su persona por la evidente repercusión negativa que pueda tener. La Audiencia Provincial determina que no se puede establecer de forma clara que el hecho de no resultar el padre biológico pueda en cierta manera afectarle a su reputación y por ello no le reconoce la indemnización, aunque podría darse algunos supuestos en los que, el que se creía padre ostente una posición social elevada que sí repercute en su esfera profesional.

⁸⁴ SAP de Barcelona (Sección 18ª) núm. 27/2007 de 16 de enero, SAP de Jaén (Sección 1ª) núm. 102/2015 de 9 de marzo, SAP de Cantabria (Sección 3ª) núm. 42/2016 de 3 de marzo.

⁸⁵ SAP de León (Sección 2ª) núm. 1/2007 de 2 de enero, SAP de Cádiz (Sección 2ª) núm. 125/2008 de 3 de abril.

⁸⁶ DE LA IGLESIA MONJE, M.I.: “Los alimentos del menor y la apariencia de paternidad. Su reclamación por el padre y el daño moral”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 755, 2016, pág. 1554.

Por otro lado, cabe la posibilidad de que se reclamen aquellos gastos que se derivan del hecho de que tras la sentencia de divorcio se establezca un régimen de visitas, y el que se creía padre deba desplazarse para ver a sus hijos. En este sentido la SAP Cádiz, (Sección 8ª), núm. 88/2014 de 16 de mayo opina que el importe desembolsado como consecuencia de los gastos de desplazamiento no se trata de algo que en cierto modo pueda resultar excesivo o abusivo, al tratarse de una distancia escasa de menos de treinta kilómetros, pero añade que, cuestión diferente sería tener que realizar un desplazamiento en medios de transporte más costosos como pueden ser aviones para ver al que creía hijo aunque en cierto modo no debe olvidarse el hecho de que es un gasto que de haber sabido que no era su hijo no habría tenido. La Audiencia Provincial continúa exponiendo que el hecho de que sea reintegrable o no, es satisfecho por la existencia de una relación paterno-filial que luego fue declarada como inexistente, siendo aquí lo verdaderamente determinante que el derecho de visitas lo acordó una sentencia firme y por ello proceden a desestimar la pretensión del demandante y confirmar la sentencia. Es importante tener en cuenta que se trata de un pronunciamiento dado por una sentencia que está en contra de devolver los alimentos ya que no aprecia la concurrencia de un enriquecimiento injusto al ser una obligación que viene dada en primer lugar por la relación paterno filial y en segundo lugar por una sentencia firme que lo establece. Se habría dado un pronunciamiento diferente en el caso de que se reclamasen los gastos ocasionados por el desplazamiento para ver al hijo que creía suyo ante aquellos tribunales que sí consideran adecuada la reclamación del enriquecimiento injusto, como así sucede en la SAP de Cádiz (Sección 2ª) núm. 125/2008 de 3 de abril que sí estima que deban devolverse las cantidades monetarias correspondientes al desplazamiento que tenía que realizar el que se creía padre para ver a la que creía su hija, aún cuando existe un problema en cuanto a la realidad de los desplazamientos por no haberse realizado siempre en transporte público y no poder establecer de forma precisa la cuantía real.

5. Prescripción.

En este apartado se va a proceder al análisis de la problemática que suscita la prescripción en los casos de ocultación de la paternidad biológica⁸⁷, debido al corto plazo de la misma y a las especiales circunstancias que se dan en la mayoría de casos⁸⁸. Se trata de uno de los argumentos más invocados para desestimar las demandas de daños derivadas de ocultar la paternidad, puesto que el hecho de tener diferentes plazos para según qué acción o actuación, determinan en ocasiones que se pueda proceder a la reclamación tanto de los daños morales causados como consecuencia de ocultar la paternidad como de las cantidades abonadas en concepto de alimentos o, por el contrario, que el Tribunal no lo estime alegando la preclusión del plazo. Habitualmente, lo normal es que el debate de la prescripción se encuentre entre aquella postura jurisprudencial que debate sobre la posibilidad o no de otorgar una indemnización por daños morales causados como consecuencia de ocultar la verdadera paternidad biológica.

La prescripción de la acción según lo establecido en el art. 1968.2 del CC es de un año para exigir la responsabilidad civil por las obligaciones que derivan de la culpa o negligencia reguladas en el art. 1902 del CC, desde el momento en el que lo supo el agraviado. La doctrina considera que se trata de un plazo subjetivo frente al objetivo del art. 1969 del CC, que establece que para aquellas acciones que no tengan una disposición concreta el día se contará desde que pudieron ejercitarse. Ahora bien, ¿cuándo se puede considerar que lo conoce el perjudicado a tenor del art. 1968.2 del CC? ¿será suficiente que exista una acción interpuesta de impugnación de la paternidad o, resulta preciso que exista una sentencia firme aunque no se conociera el hecho anteriormente por el actor? Esta cuestión es analizada por la STS (Sala de lo Civil) núm. 445/2010 de 14 de julio, que ha sido objeto de múltiples comentarios⁸⁹. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda por considerar prescrita la acción, al haber

⁸⁷ VERDERA SERVER, R.A.: “El Dies a Quo” en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial por el marido, “Codi de familia” y “Código civil”, *Revista de derecho privado*, núm. 86, 2002, págs. 349-408.

⁸⁸ PANIZA FULLANA, A.: “Filiación impugnada: prescripción y daños continuados”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9, 2011, pág. 12.

⁸⁹ PANIZA FULLANA, A.: “Filiación impugnada: prescripción y daños continuados”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9, 2011, pág. 15; ELIZALDE REDÍN, G.: ¿Es indemnizable la infidelidad?, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2011, pág. 54; ÁLVAREZ OLALLA, M.P.: Prescripción de la acción ejercitada por el marido contra su ex mujer por daños sufridos al determinarse judicialmente la filiación extramatrimonial de una hija, previamente inscrita como matrimonial, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9, 2011, pág. 76-89.

transcurrido más de un año entre el conocimiento del daño por el demandante y la interposición de la demanda para impugnar la paternidad como así establece el art. 1968.2 del CC por entender que la acción ejercitada estaba fundada en el art. 1902 del CC. La sentencia de apelación así lo confirma también, al desestimar el recurso del actor rechazando que los daños hubieran seguido produciéndose, por haber pasado más de un año y medio desde la notificación de la sentencia que declaraba la verdadera paternidad. Lo cierto es, que, como consecuencia del conocimiento de la verdadera paternidad el demandante sufre un empeoramiento de su cardiopatía congénita y tiene que ser operado para la implantación de un marcapasos, constatado en un informe médico.

La Sentencia aplica la doctrina de los daños continuados, donde “el plazo de prescripción no comienza a contar hasta la producción del definitivo resultado, también matiza que esto es así cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida”. Por ello, tanto la Audiencia como el Tribunal Supremo no aplican la doctrina de los daños continuados al contemplar la existencia de un fraccionamiento o separación, porque desde el año que se presenta la enfermedad, en 2001, ya podía haber reclamado, no pudiendo subsanarlo con el informe médico del año 2005⁹⁰ afirmando que “los distintos conceptos por los que se reclama la indemnización por daños morales residen en unos hechos perfectamente diferenciados y concretados en el tiempo”, por lo que el plazo comienza cuando se conoce el resultado lesivo⁹¹.

La Sentencia distingue, asimismo, los daños continuados de los duraderos o permanentes con respecto a la STS (Sala de lo Civil) núm. 512/2009 de 30 de junio que en este caso habla de daños derivados por una obstrucción en la relación paterno filial, el contrario que la STS (Sala de lo Civil) núm. 445/2010 de 14 de julio donde se desestima la prescripción de la acción al acordar la continuación del daño donde el plazo comienza a contar desde que se produce el resultado definitivo. Los daños permanentes son los que se producen en un determinado momento por la conducta del demandado pero persisten a lo largo del tiempo, con la posibilidad de agravarse por

⁹⁰ La STS (Sala de lo Civil) núm. 445/2010 de 14 de julio

⁹¹ ÁLVAREZ OLALLA, P.: “Prescripción de la acción ejercitada por el marido contra su ex mujer por daños sufridos al determinarse judicialmente la filiación extramatrimonial de una hija, previamente inscrita como matrimonial”, en *Aranzadi Civil*, núm. 9/2010, Pamplona, 2011, pág. 42: “el daño moral (...) no es en este caso un daño continuado que permita al actor esperar a que se produzca el resultado lesivo definitivo (...), sino que se trata más bien de un daño permanente (...). Una vez producido, sus efectos permanecen en el tiempo.

factores externos. La prescripción, por lo tanto, se trata de un obstáculo para la reclamación de responsabilidad extracontractual entre familiares como así establece algún autor⁹².

Hay otras sentencias, no tan relevantes, que estudian cuál debe ser el día desde el que comienza a contar el plazo de la prescripción, donde se puede ver claramente que la inexistencia de una respuesta unánime al respecto. La SAP Valencia (Sección 7ª) núm. 597/2004 de 2 de noviembre que estima que el *dies a quo*, es el día en el que se obtienen los resultados de las pruebas de paternidad, aunque sea previo a la sentencia que declara la no paternidad y no tiene en cuenta las sospechas que se pudieran dar antes para el plazo de prescripción al no existir certeza. Contrariamente la SAP Barcelona (Sección 17ª) núm. 503/2011 de 27 de octubre, donde el demandante conoce de forma certera que no es el padre del hijo y considera que la prescripción comienza a contar “desde la fecha de la declaración de firmeza de la misma”. La STS (Sala de lo Civil) núm. 404/2012 de 18 de junio revela otro pronunciamiento distinto, ya que en este caso el actor formula la demanda frente a ambos progenitores reclamando los daños causados como consecuencia de la pérdida de dos hijas criadas como tales, por lo que el Tribunal Supremo entiende que el daño moral comienza cuando las hijas se van a vivir con el padre biológico tras el divorcio y el *dies a quo* cambia, considerando que el daño se manifiesta anteriormente a la sentencia firme que impugna la paternidad. Igualmente la SAP de Cantabria (Sección 3ª) núm. 42/2016 de 3 de marzo también considera prescrito el plazo, por, considerar que el *dies a quo* debe ser desde el momento en el que existe algún tipo de indicio cierto de la verdadera paternidad, pero no concluyente, puesto que tal y como establecía el propio informe que acompañaba el resultado de la prueba de paternidad, 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 en la cadena de custodia.

Ahora bien, en sentido contrario, es necesario recordar que además de poder reclamar los daños morales que se han ocasionado como consecuencia de ocultar la paternidad, también se pueden reclamar aquellas cantidades que se han pagado en concepto de alimentos, donde obviamente el plazo de prescripción es diferente, puesto

⁹² RODRÍGUEZ GUITIÁN, J.M.: “De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio” (A propósito de la STS de 14 de julio de 2010), *Diario la Ley*, núm. 7582, Sección Doctrina 201, 2011, pág. 2.

que se trata de un enriquecimiento injusto y no de una culpa o negligencia cuya prescripción está regulada en el art. 1968.2 del CC. No obstante, es, una cuestión sobre la que los tribunales aún no se han pronunciado, quizá puede deberse al hecho de que el plazo de prescripción es más amplio por tratarse de una acción personal, tal y como establece la nueva reforma efectuada en 2015 sobre el art. 1964 del CC, que pasa de quince a cinco años o, porque cuando admiten que pueda producirse la acción de enriquecimiento injusto los tribunales lo aceptan de forma categórica sin ningún tipo de inconveniente o por el contrario tienen otro tipo de argumentos de más peso legal que imposibilitan ejercitar la acción.

CONCLUSIONES ALCANZADAS.

Primera- La doctrina mayoritaria considera que el deber de fidelidad regulado en nuestro ordenamiento jurídico (art. 68 CC) no conlleva ningún tipo de indemnización de ser incumplido al considerarse incoercible. Por lo que no puede exigirse un cumplimiento forzoso del deber de fidelidad. La doctrina minoritaria sí aprecia que como consecuencia de su incumplimiento quepa indemnización.

Segunda- Dentro del matrimonio opera la presunción de paternidad (art. 116 CC), por lo que se considerarán hijos del marido los nacidos tras la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal de hecho de los cónyuges. Es por ello, que pueden surgir problemas con la presunción de paternidad al incumplir el deber de fidelidad si se oculta la verdadera paternidad biológica al marido.

Tercera- Ocultar la verdadera paternidad es una circunstancia que afecta a multitud de ámbitos para el que lo sufre, tanto psíquicos como físicos y por ello debe ser indemnizado siempre que se den los requisitos necesarios para poder apreciar la existencia de responsabilidad civil, pudiendo para ello utilizar la vía del art. 1902 del CC. Los daños causados principalmente suelen ser morales debidos a la pérdida de un hijo que como tal se criaba, quería y cuidaba. En estos casos la definición de daño moral utilizado debe ser el dolor inferido, sufrimiento, tristeza, desazón o inquietud que afecta a la persona que lo padece, tratando de sobrellevar el dolor inferido por una persona que ha actuado de forma injusta.

Cuarta- La posibilidad de otorgar o no indemnización por daños morales en el tema de la ocultación de la verdadera paternidad tiene como requisito la concurrencia de dolo o negligencia, esto conlleva una multitud de pronunciamientos por parte de las Audiencias Provinciales donde algunas optan necesariamente por el dolo y otras más conscientes de lo difícil que resulta en estos casos analizan el artículo de forma más amplia interpretando que también puede referirse a la negligencia

Quinta- . Para cuantificar los daños morales por su gran dificultad la jurisprudencia suele asimilarlo con la muerte de un hijo a la hora de establecer una indemnización, pero lo cierto es que se trata de una postura muy discutida, puesto que conocer la verdadera paternidad no significa de forma obligatoria que vayan a cesar

todas las relaciones que hasta ahora se venían manteniendo. Es por ello, que cada vez se tiene más en cuenta a la hora de establecer una indemnización aquellos casos en los que se sigue teniendo relación que en los que no.

Sexta- Con el nacimiento del menor constante matrimonio opera la presunción de paternidad, mencionada anteriormente, así como el ejercicio de la patria potestad, que sobrelleva otra serie de deberes, como, y en lo que nos interesa, el deber de alimentos que tienen los padres respecto a los hijos. En los casos donde se oculta la verdadera paternidad el que se creía padre ha soportado unos alimentos que en realidad no debía, por lo que cabe la posibilidad que en vía del cobro de lo indebido regulado en el art. 1895 del CC reclame esos alimentos que han sido indebidamente pagados, ya que de haber sabido que no se era el padre no lo habría hecho.

Séptima- La jurisprudencia en lo referente a la devolución de las cantidades abonadas en concepto de alimentos se muestra dividida. En primer lugar, se encuentra aquella parte contraria al determinar que los alimentos eran debidos, bien por operar la presunción de paternidad o, tras la sentencia de divorcio, por venir establecido en una disposición legal, unida a la posibilidad de ocasionar un perjuicio al menor. Y en segundo lugar, aquellas sentencias que sí están a favor de reclamar dichas cantidades al tratarse de un pago de lo indebido mediante el cual surge el enriquecimiento de la madre, puesto que el hijo en ningún momento tiene que devolver ninguna cantidad.

Octava- En aquellas situaciones en las que sea posible conocer la verdadera identidad del padre biológico este será parte del proceso abonando de forma solidaria con la madre los conceptos reclamados, tanto en el caso de las reclamaciones por daños morales como a la hora de abonar aquellas cantidades en concepto de alimentos que debería haber sufragado y no hizo.

Novena- Puede darse la posibilidad de que en algunos casos se reclamen otro tipo de cantidades además de las vistas hasta ahora, como puede ser el coste de la realización de la prueba de paternidad o los viajes que haya tenido que realizar el que se creía padre como consecuencia de no vivir en el mismo lugar para efectuar el derecho de visitas.

VALORACIÓN PERSONAL.

A lo largo de todo el trabajo realizado he podido darme cuenta de la cantidad de carencias existentes en el ordenamiento jurídico español para dar solución a un tema tan grave como el planteado.

En primer lugar y por orden, no considero adecuado que el deber de fidelidad que regula nuestro Código Civil de forma expresa en el art. 68 no conlleve ningún tipo de sanción de ser incumplido por considerarse incoercible. Al encontrarse regulado junto con otros deberes su no cumplimiento debe dar la oportunidad al cónyuge que lo sufre de poder reclamar por el dolor causado, o de lo contrario que no sea considerado un deber. Respaldo esta opinión en la notable evolución que ha ido surgiendo poco a poco tanto en la separación como en el divorcio, donde actualmente ambos pueden darse sin ningún tipo de explicación o justificación, lo que ocasiona que el vínculo matrimonial no signifique una unión de por vida si no se quiere. Además, en la actualidad existen otro tipo de regulaciones respecto a las relaciones sentimentales personales, que dan la libertad de decidir casarte o simplemente convivir como para que la institución del matrimonio sea la única opción.

Por otra parte, y en lo referente al tema de la ocultación de la paternidad biológica, entiendo que para que quepa la posibilidad de reclamar los daños morales causados por la vía del art. 1902 del CC, tenga que concurrir algún elemento subjetivo como puede ser el dolo o la negligencia, pero no comparto la cantidad de opiniones jurisprudenciales a lo que esto da lugar. Es inadmisibles que para apreciar la concurrencia de dolo surjan tantas vicisitudes al respecto, ya que es muy difícil que el dolo sea apreciado en los tribunales, como en aquellos casos donde no aprecian la concurrencia de dolo por parte de la madre si esta conoce tras las pruebas de paternidad que el hijo que creía de su marido no lo es, ya que mantener relaciones sexuales con un tercero es un acto voluntario, que en todos los casos analizados en el presente trabajo han tenido lugar de forma consciente. Pero creo que para todo el mundo es algo normal pensar que en el momento en el que mantienes relaciones sexuales con otra persona que no es tu marido y, además, sin utilizar ningún método anticonceptivo cabe la posibilidad de que tú hijo sea extramatrimonial y esa situación debe ocasionar dudas por sí sola. A mi manera de ver las cosas puede ser que los tribunales pongan tantas trabas porque no quieren que se destape una especie de escándalo que puede llevar a que se conozcan

cada vez más y más casos o, porque no existe una regulación adecuada que encaje en este tipo de situaciones. Es por ello que ante la inexistencia de normativa al respecto veo necesario que todos los casos sean tratados como una actitud negligente y no dolosa, puesto que en lo referente al dolo cada tribunal tiene su opinión al respecto de cómo actuar y la negligencia abarca un concepto más amplio donde no surgen tantas dudas y opiniones.

Siguiendo con este tema, junto al marido se encuentran otra serie de personas afectadas, entre ellos el hijo que no deja de ser un perjudicado más porque en ocasiones contará con una corta edad en la que no podrá comprender la situación ante la que se encuentra, pero sí sabrá que aquella persona que tenía como padre ya no quiere saber nada de él o, directamente, no podrá mantener relación con él, asunto que cuando alcance la mayoría de edad y sin intromisiones de terceros puede que sea subsanado, o no. No se han planteado ningún tipo de demandas al respecto, pero principalmente porque los hijos suelen ser menores, si en algún caso al alcanzar la mayoría de edad quieren resarcir el dolor que causa saber que tu padre en realidad no lo es también se abriría el camino hacia las demandas por reclamaciones del daño moral, porque en realidad se trata de la misma situación que la del marido pero desde otra perspectiva. También se puede considerar afectado el verdadero padre biológico, aunque en realidad es algo que me cuesta mucho creer, más aún cuando se ven casos en el presente trabajo en los que tanto madre como padre biológicos mediante un plan preconcebido y como consecuencia de una relación amorosa entre ellos deciden tener hijos y dejar que la presunción de paternidad opere por sí sola, para así aprovecharse de la buena situación económica del marido. En aquellos casos en los que el verdadero padre biológico también responde de forma solidaria junto con la madre de la indemnización por daños morales lo considero obvio y obligado porque hay casos en los cuales el marido y el verdadero padre biológico conviven con relaciones de amistad muy intensas donde sabe que los hijos de su amigo en realidad son suyos. No comparto tampoco la opinión de los tribunales de que cuando no se conozca la verdadera identidad del padre biológico no se pueda hacer nada, debe ser investigado y tomar pruebas de ADN ya que resulta muy difícil que la mujer tenga dudas de un colectivo tan amplio de hombres como para no poder hacer nada al respecto, aunque si las dudas son tan amplias igual la indemnización debería ser mayor aún.

Y, finalmente, el tercer y último bloque más amplio es la posibilidad de reclamar o no, las cantidades abonadas en concepto de alimentos. Tampoco estoy de acuerdo en el hecho de que los tribunales expongan que se trata de una obligación legal que tiene su anclaje bien en una sentencia o, bien, en el derecho de alimentos que tienen los padres con respecto a los hijos. En primer lugar, su hijo no es, y cuando se declara que no es su hijo significa que no lo ha sido nunca, por lo que si determinas que efectivamente esa es la realidad mediante una sentencia, no justifiques esa posición en que así lo establece una disposición legal o una presunción de paternidad porque el marido que ha sido engañado ha sufrido una merma económica en su patrimonio que de haber sabido la realidad no habría tenido lugar. Parece que la justificación real que se esconde en los pronunciamientos dados por los tribunales es otra, como la extrema dificultad de cuantificar todas las cantidades monetarias que el marido haya tenido que pagar a lo largo de la vida del hijo, sí, es muy difícil pero realmente no creo que ningún cobro de lo indebido sea fácil de clasificar, así que, se podría optar por hacer un cálculo al alza, que aunque no sea preciso es algo que, repito, no debería haber pagado.

BIBLIOGRAFÍA:

ALGARRA PRATS, E.: “Incumplimiento de deberes conyugales y responsabilidad civil”, en **MORENO MARTÍNEZ, J.A.** (Dir.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Dykinson, 2012.

ÁLVAREZ OLALLA, P.: “Prescripción de la acción ejercitada por el marido contra su ex mujer por daños sufridos al determinarse judicialmente la filiación extramatrimonial de una hija, previamente inscrita como matrimonial”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, Dialnet, núm. 9/2010. BIB 2015/2878.

BELHADJ BEN GÓMEZ, C.: “Ocultación de paternidad y daños morales”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2015. BIB 2015/981.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “El valor de los deberes personales entre los cónyuges: Incumplimiento del deber de fidelidad”, ponencia presentada en el II Coloquio de Derecho Civil y Filosofía del Derecho, León, 4 de noviembre de 2016.

DE LA IGLESIA MONJE. M.I.:

- “Evolución del contenido del derecho de visita desde el estudio jurisprudencial”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 738, 2012.
- “Los alimentos del menor y la apariencia de paternidad. Su reclamación por el padre y el daño moral”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 755, 2016.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R./CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales”, en Verda y Beamonte (COORD.), *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2012.

DÍEZ PICAZO, L.: *El escándalo del daño moral*, Civitas, Madrid, 2008.

ECHEVARRÍA DE RADA. T.: “Responsabilidad civil por infidelidad conyugal”. *La Ley, Derecho de familia: Revista jurídica sobre familia y menores*. Núm. 8, 2015.

ELIZALDE REDÍN, G.: ¿Es indemnizable la infidelidad?, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2011.

ESPÍN ALBA, I.: “Daño moral por ocultación de la verdadera paternidad y responsabilidad parental”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, núm.758, 2016.

FARNÓS AMORÓS, E.:

- “El precio de ocultar la verdadera paternidad”, *InDret*, núm. 2, 2014.
- “Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad”, *InDret*, núm. 4, 2007.
- “Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 25, 2011.

GARCÍA AMADO, J.A.:

- “Responsabilidad por daño derivado del engaño sobre la paternidad”, 30 de octubre de 2012, Almacén de Derecho. (<http://almacenederecho.org/aquellas-dos-extranas-sentencias-del-tribunal-supremo-1999-materia-responsabilidad-dano-derivado-del-engano-la-paternidad/>).
- “Sobre la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2015”. Almacén de derecho, casos de Derecho Civil, 1 de octubre de 2015. (<http://almacenederecho.org/devolucion-de-alimentos-pagados-al-hijo-que-no-lo-era-sobre-sts-2022015/>).

GÓMEZ NEIRA, J.J.: “Fidelidad y filiación: cuestiones actuales”, *Cuaderno electrónico de estudios jurídicos*, núm. 3, 2014.

LASARTE ÁVAREZ, C.: “Los deberes conyugales en el Derecho Civil español contemporáneo”, *Revista de Derecho Privado*, marzo- abril, núm. 2, 2017.

LINACERO DE LA FUENTE, M.: “Concepto y límites del daño moral: el retorno al pretium doloris”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 720, 2015.

LÓPEZ DE LA CRUZ, L.: “El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales”, *InDret*, núm. 4, octubre de 2010.

MARÍN GARCÍA, I.: “Sentencia de 30 de junio de 2009”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 84, 2010. BIB 2010/1540.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.T.: ¿Cabe la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de los deberes conyugales? Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales, *Aranzadi*, núm. 15, 2004. BIB 2004/1732.

MARÍN LÓPEZ, M.J.: *Grandes tratados. Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, 2009.

MARTÍN CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J.: “Daños en el derecho de familia: un paso adelante, dos atrás”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 64, núm. 2, 2011.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, R.: Comentario al art. 68 del CC, en *Civitas*, 2016.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N.: *La obligación legal de alimentos entre parientes*, La Ley, Madrid, 2002.

MURILLAS ESCUDERO, J.M.:

- “Infidelidad en el matrimonio: ocultación de la verdadera paternidad”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo*, La Ley, 2015.
- “La responsabilidad civil extracontractual por daños morales en la relación conyugal”, *REDUR*, núm. 13, diciembre 2015.

NOVALES ALQUEZAR, M.A.: *Los deberes personales entre los cónyuges ayer y hoy*, Comares, Granada, 2007.

PANIZA FULLANA, A.:

- “Derecho de familia y Derecho patrimonial: reclamación de alimentos abonados por quien resulta no ser el padre de la menor”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Cizur Menor, 2015. BIB 2015/167263.
- “Filiación impugnada: prescripción y daños continuados”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9, 2011. BIB 2010/2871.

PÉREZ CONESA, C.: “Impugnación de la filiación matrimonial y reclamación de pensión de alimentos (STS de 24 de abril de 2015. Voto particular)”, *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6, 2015. BIB 2015/2592.

PÉREZ GALLEGO, R.: “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, julio- septiembre 2015.

QUICIOS MOLINA, S.: “De los alimentos entre parientes”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi 4ª Ed., Cizur menor, 2013.

ROCA I TRÍAS, E.: *La responsabilidad civil en el derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil*, en Moreno Martínez. J.A.: (coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2004.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M.:

- “De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio (A propósito de la STS de 14 de julio de 2010)”, *Diario La Ley*, núm. 7582.
- *Responsabilidad civil en el derecho de familia. Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Civitas, Cizur menor, Navarra, 2009.

ROMERO COLOMA, A.M.: Pensiones alimenticias indebidamente pagadas a hijos menores de edad (en torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2015), *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Navarra, 2016. BIB 2016/736.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, B. /PÉREZ VALLEJO, A.M^a: *Valoración y reparación de daños entre familiares. Fundamento para su reclamación*, Comares, Granada, 2012.

SÁNCHEZ JORDÁN, M.E.: “Reclamación de reembolso de cantidades satisfechas por la madre para el mantenimiento y atención del hijo menor desde su nacimiento”, *Revista de Derecho Patrimonial*, Aranzadi Cizur Menor, núm. 42, 2017.

TENA PIAZUELO, I.: *La prestación de alimentos a los hijos tras la ruptura de pareja: pensiones, gastos, vivienda*. 1^a Ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

VERDERA SERVER, R.A.: “El Dies a Quo” en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial por el marido, “Codi de familia” y “Código civil”, *Revista de derecho privado*, núm. 86, 2002.

VIVAS TESÓN, I.: “La responsabilidad aquiliana por daños endofamiliares” *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 26, 2011. BIB 2011/156.