



Roj: **SAP S 186/2016 - ECLI: ES:APS:2016:186**

Id Cendoj: **39075370022016100003**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santander**

Sección: **2**

Fecha: **03/03/2016**

Nº de Recurso: **71/2015**

Nº de Resolución: **138/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ARSUAGA CORTAZAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCIÓN 2

Avda Pedro San Martín S/N

Santander

Teléfono: 942357123

Fax.: 942357142

Modelo: AP004

Procedimiento Ordinario 0000052/2014-00

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 6 de Santander

Proc.: RECURSO DE APELACIÓN

Nº: 0000071/2015

NIG: 3907542120140000749

Resolución: Sentencia 000138/2016

Intervención:

Apelante

Apelado

Interviniente:

Vanesa

Sixto

Procurador:

ENRIQUE MENÉNDEZ CRIADO

LUIS SIMÓN CEVALLOS FERNÁNDEZ

**SENTENCIA n° 000138/2016**

Ilmo. Sr. Presidente.

D. José Arsuaga Cortázar.

Ilmos. Srs. Magistrados.

D. Miguel Carlos Fernández Díez.

D. Javier de la Hoz de la Escalera.



En la Ciudad de Santander, a tres de marzo de dos mil dieciséis.

Esta Sección Segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de Cantabria ha visto en grado de apelación los presentes Autos de juicio Ordinario, núm. 52 de 2014, Rollo de Sala núm. 71 de 2015, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Santander, seguidos a instancia de D. Sixto contra D<sup>a</sup>. Vanesa .

En esta segunda instancia ha sido parte apelante D<sup>a</sup>. Vanesa , representada por el Procurador Sr. Menendez Criado y defendida por la Letrada Sra. Gandarillas Pasarín; y apelada D. Sixto , representada por el Procurador Sr. Ceballos Fernández y defendida por el Letrado Sr. Franco Prior.

Es ponente de esta resolución el magistrado Ilmo. Sr. D. José Arsuaga Cortázar.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Santander, y en los autos ya referenciados, se dictó en fecha 3 de diciembre de 2014 Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando como estimo parcialmente La demanda formulada por el procurador de los Tribunales Sr. Ceballos Fernández en nombre y representación de Don Sixto frente a Doña Vanesa se condena a la demandada a pagar al actor la cantidad de 30.000 euros por daños morales. Cantidad a la que se aplicará el interés legal desde el dictado de la presente resolución. No se hace expresa imposición de costas".

SEGUNDO: Contra dicha Sentencia la representación de la parte demandante interpuso recurso de apelación, que se tuvo por interpuesto en tiempo y forma, y dado traslado del mismo a la contraparte, que se opuso al recurso, se elevaron las actuaciones a esta Ilma. Audiencia Provincial, en que se ha deliberado y fallado el recurso en el día señalado.

TERCERO: En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales salvo el plazo de resolución en razón al número de recursos pendientes y su orden.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se admiten los de la Sentencia de instancia, en tanto no sean contradictorios con los que a continuación se establecen; y

PRIMERO: Resumen de antecedentes.

Planteamiento del recurso.

D<sup>a</sup> Vanesa se alza contra la sentencia condenatoria del juzgado que le obliga a abonar a la parte actora la cantidad de 30.000 euros por daño moral y vuelve a solicitar a través del recurso de apelación interpuesto a interesar la desestimación íntegra de la demanda y su absolución. El actor se opuso.

La sentencia de primera instancia, en lo que ahora importa -al existir otros pronunciamientos absolutorios que no han sido recurridos por la parte a la que perjudican-, condenó a la demandada como civilmente responsable del daño moral sufrido por quien fuera su esposo por su conducta y actuación maliciosa en la ocultación de la real paternidad de la hija que fue inscrita como matrimonial de las partes.

El recurso incorpora tres motivos: la existencia de prescripción extintiva de la acción entablada con apoyo en el art. 1968.2 CC ; error en la valoración de la prueba; y, en fin, errónea interpretación al caso del art. 1902 CC y la jurisprudencia de desarrollo.

SEGUNDO: La extinción de prescripción de la acción ejercitada ( art. 1968.2 CC ).

No cuestionado que la demanda se ampara, como hecho jurídico relevante que determina su causa de pedir, en la responsabilidad ajena al contrato que incumbía a la parte demandada, con cita fundamental de los requisitos del art. 1902 CC , tampoco parece discutible -y no se ha discutido- que el plazo prescriptivo aplicable es el de un año del art. 1968.2 CC .

No obstante, el día inicial del cómputo debe coincidir con el momento en que la acción pudo ejercitarse, como indica el art. 1969 CC , que en el caso debe coincidir con el instante en que se constituye la condición que le legitima para interesar el resarcimiento, esto es, con la definitiva constancia de que no era el padre de Vanesa , cuya certeza la obtuvo, en el plano jurídico, desde el dictado de la sentencia firme estimatoria de su pretensión de impugnación de la filiación paterna matrimonial de 13 de junio de 2013 .

Tomando como referencia esta circunstancia, indubitado resulta para esta Sala que presentada la demanda en el decanato el 16 de enero de 2014, no había transcurrido un año desde que conoció la sentencia dictada en dicho procedimiento (13.6.2013 ); y ni siquiera, en fin, habría de prosperar la excepción -a meros efectos



polémicos- si se computara desde la prueba biológica practicada consistente en el informe del Instituto Nacional de Toxicología sobre su paternidad, de 5 de abril de 2013, lo que impide determinar, como la demandada pretende en su recurso, que ha transcurrido el plazo para el ejercicio de la acción, que sostiene sobre una base francamente endeble, como es el primer indicio cierto que el actor pudo tener de no ser el padre, esto es, el informe de 13 de marzo de 2012 de Labgenetics, S.L., de mero carácter informativo y oportuno valor probatorio, pues según se indica en el propio informe no consta de forma inequívoca la identidad de los implicados ni existe una garantía de cumplimiento de la cadena de custodia(folio 23 ).

El motivo, en consecuencia, se desestima.

TERCERO: Valoración probatoria. Error o acierto de la juzgadora de instancia.

Valorada nuevamente la prueba practicada, la Sala no puede sino mostrar su conformidad con el razonamiento y conclusiones alcanzadas por la juez de instancia.

Al gravitar la cuestión sobre la exclusión de paternidad del marido, las pruebas sobre las circunstancias que la envuelven, más allá de los hitos no cuestionados, se revelan escasas. No obstante, deben aceptarse las siguientes apreciaciones:

Como cuestión relevante, en la que también incide la juez de instancia, debe destacarse que la demandada, si no conocía con claridad que su hija podía no ser fruto de la relación con el actor, sí que dudó abiertamente desde la misma gestación de esta circunstancia. Dos son las fuentes de esta conclusión; la primera, su propia declaración en juicio en prueba de interrogatorio, cuando admite saber desde que estaba embarazada que podía no ser hija de su esposo; la segunda, la declaración testifical de su propia hija: reconoce que 7 u 8 años antes (cuando debía de tener 11 o 12 años ) su madre le dijo igualmente que podía no ser hija de su padre.

Sin embargo, ninguna prueba permite deducir, como afirma la madre, que comunicó al padre, cuando estaba embarazada, que podía no serlo; es decir, que lo supiera desde entonces. Antes al contrario, el padre niega abiertamente esta circunstancia, como que de cualquier otra forma pudiera dudar de su paternidad, lo que permite a la Sala considerar -como la juez de instancia- que su sospecha devino de comunicárselo su esposa en el ámbito y bajo las tensas circunstancias de su crisis matrimonial.

A falta de prueba directa o indiciaría que permita a partir de un hecho básico probado alcanzar otro presunto mediante un juicio de inferencia ( art. 386 LEC ), el desconocimiento del padre y su conocimiento repentino en tales circunstancias es deducible de los propios datos que aporta la psiquiatra Sra. Sixto en el acto de la vista (en el que ratificó sus informes previos ), que en lo que ahora importa señaló con seguridad que desde mayo de 2011 ha tratado a la que fuera familia ( actor, demandada e hija de ésta ) por un trastorno de conducta de la que entonces era menor, que el actor fue diagnosticado de un trastorno ansioso depresivo reactivo como consecuencia de la ruptura matrimonial traumática sobrevenida por entonces y que esta situación se agravó desde que conoció que no era el padre de Vanesa . La Sra. Sixto , que siguió tratando al actor, indicó que "jamás" se refirió por nadie que la menor (hoy mayor de edad ) no fuera hija del matrimonio, por lo que no existía duda o sospecha sobre el particular, manteniendo una relación completamente normal con su padre. E indica finalmente que el actor, en un determinado momento, cuando la crisis matrimonial ya había surgido, le comunicó que tenía dudas sobre su paternidad y que iba a investigarlas. El primer capítulo fue la prueba -no conocida por Vanesa , aunque se utilizara un cigarrillo por ella consumido- de la entidad Labgenetics, S.L. El segundo, el proceso iniciado de impugnación de la paternidad. Y el tercero la sentencia firme de 13 de junio de 2013 .

No deja de ser relevante, en fin, que tanto la madre como la hija contestaran, en el ámbito del proceso de impugnación de la paternidad, oponiendo a la pretensión paterna.

CUARTO: La exigencia de responsabilidad civil por daño extracontractual.

La cuestión relativa a la aplicación del derecho de daños a las relaciones familiares ha transitado desde una versión clásica, en que se predicaba una inmunidad absoluta por la que la mera condición de cónyuge provocaba la exención de responsabilidad prescindiendo de cualquier otra consideración -y que se corresponde con una idea patriarcal de ja familia como institución y que desde el punto de vista del derecho se imponía con el propósito de preservar la paz y la privacidad de la familia-, a una versión o visión más moderna, propia ya del liberalismo, en la que se busca potenciar los derechos individuales de las personas también en el ámbito de la familia y la propia autonomía privada en la determinación de las relaciones conyugales. Y es a partir de dicha configuración del matrimonio, y de la familia, como comunidad donde cada uno de los integrantes desarrolla su personalidad, donde comienza a abrirse el cauce de la exigencia de la responsabilidad civil cuando, como ocurre en el caso español, no existe ninguna excepción a la aplicación de las normas generales sobre derecho de daños que tenga su previa razón de ser en la existencia de la convivencia o la relación familiar-Es cierto, en tal sentido, que existen ordenamientos jurídicos, como el alemán, que reconocen



reglas que imponen estándares de conducta o de diligencia en el cumplimiento de los deberes familiares, y que determinan incluso las consecuencias que se producen en el orden indemnizatorio ante su vulneración, si bien se limitan siempre a la exigencia de responsabilidad por dolo o culpa grave; sin embargo, en otros, como el español, ante la ausencia de normas específicas, la aplicación de las normas generales sobre la responsabilidad civil no nos debe llevar a exigir al agente productor del daño la obligación de indemnizar en los mismos supuestos que debería hacerlo frente a un tercero.

Al contrario, no parece que el incumplimiento de los deberes conyugales (arts. 67 y 68, esencialmente) pueda provocar su coercibilidad integral o por equivalente, de suerte que se ha afirmado que, como regla general, su infracción comportará las consecuencias establecidas por el propio derecho matrimonial (principio de especialidad), más allá, lógicamente, de aquellas conductas que implican directamente al Código Penal. En tal sentido, en la STS 22.7.1999 se afirmó que el incumplimiento del deber de fidelidad (art. 68 CC) era únicamente una causa de separación, no un supuesto que permitiera soportar una indemnización. E igualmente, la STS 30.7.1999, negó la procedencia de una indemnización con fundamento en que el incumplimiento del deber de fidelidad del art. 68 del Código Civil sólo constituye una causa de separación matrimonial que no genera ningún efecto económico, con independencia de que el quebrantamiento de los deberes conyugales sea merecedor de un innegable reproche ético-social.

Pero quizás el avance progresivo de la visión del matrimonio o de la relación de pareja como comunidad y no como institución, añadido al hecho de que las propias consecuencias del principio de especialidad se van diluyendo (así, el ejemplo más claro era la infidelidad como causa de separación, sin efecto desde la reforma de la Ley 15/2005, de 8 de julio, en que la ruptura del vínculo conyugal se asocia ya, frente a un sistema causal, a la mera expresión de su voluntad cuando hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio), ha permitido que las filtraciones en esta materia -derecho de daños y derecho de familia- comiencen a producirse, lo que ha venido incluso auspiciado por la STS 30.6.2009 -en un supuesto en que se condena a la madre por indemnización por daño moral a un padre por haber causado la privación de todo contacto con su hijo-.

No obstante ello, y aunque hoy en día pueda afirmarse que el art. 1902 CC puede ser fuente de aplicación para reconocer los daños que se originan en las relaciones de familia, nos encontramos ante la discusión sobre si la fuente o criterio objetivo de imputación del daño -en cuanto que el fundamento de la responsabilidad civil es siempre un daño, atribuible a un sujeto civilmente responsable mediante alguno de los criterios de imputación previstos en la ley- es únicamente el dolo en la conducta de la esposa, como parece indicar la STS 22.7.1999 -que consideró inaplicable el art. 1902 CC al caso por no apreciar dolo en la conducta de la demandada, que conoció la paternidad biológica de su hijo cuando éste ya tenía veinticuatro años-, o es suficiente la culpa, además, lógicamente, del hecho dañoso y nexos de causalidad.

Lo cierto es que en la jurisprudencia de nuestras Audiencias Provinciales se han sucedido pronunciamientos distintos, unos exigiendo la prueba del dolo -la mayoría, con inevitable dificultad de su prueba-, otros aceptando únicamente la culpa como criterio de imputación, generalmente fundada en la omisión de la diligencia debida en la averiguación de la paternidad del hijo cuando se mantienen relaciones sexuales simultáneas con el cónyuge y un tercero.

En tal sentido, abandonó la exigencia del dolo la SAP Barcelona (18ª) 16.1.2007, que califica de negligencia constitutiva de responsabilidad extracontractual la omisión de la adopción de medidas dirigidas a determinar la paternidad biológica, pues la demandada pudo -en el caso- y debió sospechar que podía ser otro el padre de la menor". Afirma así que "la culpa o negligencia a que se refiere el art. 1902 del Código Civil constituye un concepto más amplio que el dolo o intención maliciosa. Puede afirmarse que [la demandada] no tenía la certeza o no sabía que el padre de la menor no era su marido, pero pudo y debió sospechar que podía ser otro el padre de la menor, al haber mantenido relaciones sexuales con dos personas al tiempo de su concepción y debió adoptar las medidas tendentes a su veraz determinación. La omisión en la adopción de dichas medidas debe calificarse como un comportamiento o conducta negligente a los efectos de lo dispuesto en el art. 1902 del Código Civil, por lo que de su actuación u omisión se deriva responsabilidad extracontractual". En el mismo sentido, la SAP Cádiz (2ª) 3.4.2008 -y también la de 16.5.2014- afirma, que "es cierto que en el ámbito del Derecho de Familia solo los incumplimientos en los que medie dolo o culpa grave generan de ordinario responsabilidad (se suele citar como ejemplos la responsabilidad de los padres en la gestión de los bienes de sus hijos menores del art 168 del Código Civil o la del administrador de la sociedad de gananciales en los términos establecidos en el art 1390 del Código), pero no lo es menos que el art. 1902 con carácter general nada establece al respecto: cualquier hecho dañoso, antijurídico, imputable a una falta de diligencia de quien lo comete ya genera su responsabilidad. Exigir en este ámbito una culpabilidad reforzada se antoja innecesario y además resulta, la mayoría de las veces imposible. Otra cosa es que el hecho generador de la responsabilidad aparezca de alguna manera cualificado, esto es, que no se trate de incumplimientos de escasa trascendencia



personal. Pero ello no implica que sea exigible un criterio subjetivo de atribución de responsabilidad reforzado por el dolo."

No obstante, como se ha dicho, la mayoría de las resoluciones dictadas sobre esta cuestión siguen, quizá por el efecto de la STS 22.7.1999 , exigiendo la presencia de dolo o culpa grave, que se asocia no con el incumplimiento del deber de fidelidad ( art. 68 CC ) sino con el hecho de ocultar la verdadera paternidad.

En tal sentido, ha de citarse la SAP Valencia 2.11.2004 -reiterada en la de 5.9.2007-, que en relación con el incumplimiento del deber de Información veía una fuente de aplicación del art. 1902 CC y procedería reparar el daño causado si se acreditara una actuación dolosa. Y esta es la doctrina que esta Sala hace propia por considerar que se ajusta mejor a la naturaleza de las cosas, y que ha sido sancionada, como antes se decía, por la mayoría de las sentencias de nuestras audiencias provinciales (en tal sentido, por todas, SSAP Tenerife 16.10.2009 , León 2.1.2007 y 30.1.2009 , Murcia 18.11.2009 , Sevilla 9.7.2015 y Jaén 9.3.2015 ).

No se escapa a esta Sala la dificultad para probar la realidad de la ocultación; por eso, es razonable presumir que la esposa que mantiene relaciones sexuales ajenas al matrimonio y de resultas de alguna de ellas queda embarazada, cuando no la conoce directamente, sí tiene que dudar de la paternidad. Y una conducta apropiada le obliga a resolver la duda, cuando la tenga, antes de que simplemente se considere padre al esposo por el juego de la presunción de paternidad matrimonial ( art. 116 CC ), manteniendo además a éste en la real creencia de su condición de padre. El dolo, de acuerdo al art. 1269 CC , se centra en las palabras o maquinaciones insidiosas con el objetivo de mover la voluntad de la otra parte, inducida por el error provocado. Las palabras o maquinaciones pueden ser de carácter positivo, que será lo normal, o negativo, cuando se utiliza la reticencia o el silencio ante una situación que razonablemente podía dar lugar a pensar lo contrario. En tal sentido, como nos recuerdan las SSTs 29.12.1999 y 5.3.2010 , 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.

Y ello es precisamente lo que esta Sala estima que aconteció en el caso, según los hechos que se han estimado probados y que parece consustancial, desde que la madre mantuvo al padre en el error de creer que era el padre de su hija cuando no lo era. Y ese es el motivo fundamental por el no puede aceptarse la tesis de la parte recurrente, pues como se ha indicado en el fundamento de derecho precedente, la madre ya conocía desde el embarazo que el actor no era el padre de su hija o que la paternidad era, en el mejor de los casos, francamente dudosa, cuestión que al parece comunicó a su hija cuando ésta tenía 11 o 12 años, información al contrario que omitió al esposo hasta que, como él expresa o de otra manera se deduce -teniendo en cuenta la versión de la psiquiatra- de las propias circunstancias, se lo espetó al tiempo de la crisis matrimonial, al borde ya de la mayoría de edad de la menor.

QUINTO.- Daño moral.

No puede existir duda sobre el apoyo de la indemnización por daño moral en el propio art. 1107 CC bajo el cobijo de la expresión la "indemnización de daños y perjuicios", y ha sido la jurisprudencia la que ha ido elaborando la sobre su procedencia desde las antiguas sentencias de 6 de diciembre de 1912 y de 19 de diciembre de 1949 , para cuya cuantificación han de tenerse en cuenta y ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso, pues lo que se trata precisamente no es de llevar a cabo una reparación en 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. En términos generales, como de manera exhaustiva analiza la Sentencia de 22 de febrero de 2001 , el daño moral se sustantiviza para referirlo al dolor inferido, sufrimiento, tristeza, desazón o inquietud que afecta a la persona que lo padece, que no alcanza a las situaciones de mera molestia, aburrimiento, enojo o enfado ( STS 31.5.2000 ).

Y eso es lo que precisamente el actor ha padecido, que resulta consustancial a un choque emocional tan rotundo como el enjuiciado, corroborado por el informe clínico de la Dra. Felisa (folio 149 ), sin perjuicio de que el trastorno ansioso depresivo fue calificado de reactivo y de que ya hubiera tenido una baja por depresión -con origen laboral- en los años 2005 y 2006 (folio 155 ). Y todo ello porque como ha indicado la propia doctora -y no lo contradicen los demás informes médicos existentes del Capitán Psicólogo Sr. Jose Francisco , folio 34, o de la Sra. Noelia , folio 33- el trastorno se produjo por causa de la ruptura traumática con su esposa pero se agravó claramente con el conocimiento de la exclusión de su paternidad.

La valoración del daño moral causado, por recaer en bienes de difícil o imposible cuantificación, dado su carácter extrapatrimonial, obliga a su determinación ponderando todas las circunstancias concurrentes. Y tomando en consideración los hechos, claramente traumáticos, su impacto probado en el sujeto y las dificultades para ser asumidos, se estima adecuada la cantidad reconocida en la sentencia de instancia de 30.000 euros.

SEXTO: Costas procesales.



Desestimándose íntegramente el recurso, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 394 y 398 de la LEC , procede imponer las costas de esta alzada a la parte recurrente.

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de Su Majestad El Rey.

### FALLAMOS

1º.- Desestimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup> Vanesa , confirmando la sentencia del juzgado de primera instancia nº 6 de Santander de 3 de diciembre de 2014 .

2º.- Se imponen al recurrente las costas procesales de esta alzada.

Contra la presente resolución puede interponerse los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación ante este mismo Tribunal en el plazo de los veinte contados desde el siguiente a su notificación, debiendo constituirse y acreditarse en dicho instante el depósito previsto en la Disposición Adicional 15ª LOPJ .

Así por ésta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La precedente Sentencia ha sido leída y publicada por el lltmo. Sr. Magistrado Ponente en el día de su fecha de lo que yo el Secretario doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENESU