



Roj: **SAP M 5879/2019 - ECLI:ES:APM:2019:5879**

Id Cendoj: **28079370082019100118**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **24/05/2019**

Nº de Recurso: **975/2018**

Nº de Resolución: **231/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MILAGROS DEL SAZ CASTRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Madrid, núm. 19, 11-07-2018,**  
**SAP M 5879/2019**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Octava

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 1 - 28035

Tfno.: 914933929

37007740

**N.I.G.:** 28.079.42.2-2014/0016045

**Recurso de Apelación 975/2018 E**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 19 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 146/2014

**APELANTE:** D. Jose Ángel

PROCURADOR Dña. MARIA DEL CARMEN GAMAZO TRUEBA

**APELADO:** Dña. Delfina

PROCURADOR Dña. MARIA DE LOS ANGELES GONZALEZ RIVERO

D. Luis Pablo

PROCURADOR Dña. ISABEL AFONSO RODRIGUEZ

**SENTENCIA N° 231/2019**

**ILMOS SRES. MAGISTRADOS:**

**D. JUAN JOSÉ GARCÍA PÉREZ**

**Dña. CARMEN MÉRIDA ABRIL**

**Dña. MILAGROS DEL SAZ CASTRO**

En Madrid, a veinticuatro de mayo de dos mil diecinueve.

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Sres. Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Procedimiento Ordinario nº 146/2014, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 19 de Madrid, que ha dado lugar al Rollo 975/2018 seguidos entre partes, de una, como parte **demandante-apelante-apelado DON Jose Ángel** , representado por la Procuradora Sra. Gamazo Trueba, de otra como demandada-apelada DOÑA Delfina , representada por la Procuradora Sra.



González Rivero y como **demandado-apelante-apelado DON Luis Pablo** , representado por la Procuradora Sra. Afonso Rodríguez.

**VISTO** , siendo Magistrada-Ponente la **Ilma. Sra. Doña. MILAGROS DEL SAZ CASTRO**.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia número 19 de Madrid en fecha 11 de Julio de 2018 se dictó sentencia cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

*"SE DESESTIMA la demanda formulada por DON Jose Ángel , absolviendo a DOÑA Delfina Y DON Luis Pablo de los pedimentos formulados en la demanda, sin hacer expresa imposición de las costas causadas".*

**SEGUNDO.-** Contra la anterior resolución se interpusieron recursos de apelación por la representación procesal de la parte actora y del codemandado Sr. Luis Pablo , que fueron admitidos y dado traslado se presentaron oposiciones por las partes contrarias y previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose los recursos por sus trámites legales.

**TERCERO.-** No estimándose necesaria la celebración de vista pública para la resolución de los recursos, quedaron en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 23 de Enero de 2019.

**CUARTO.-** En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia por acumulación de asuntos pendientes.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida.

#### **PRIMERO.- Antecedentes del recurso.**

Se señala en la demanda que el actor y la Sra. Delfina mantuvieron una relación de noviazgo desde 2003 hasta 2007, habiendo ingresado el Sr. Jose Ángel en el Seminario DIRECCION000 de León el 27 de Septiembre de 2007 y que Doña Delfina había mantenido en ese tiempo un noviazgo, con proyecto de boda, con un piloto de la compañía aérea en la que ella trabajaba, si bien tras contactar Delfina con él y manifestarle que ya no se iba a casar y que le esperaría hasta que saliera del Seminario, en Marzo de 2009, él lo abandonó y comenzaron nuevamente a salir, señalando que la pareja había decidido "mantener una relación en castidad".

Se añade que el último fin de semana de Octubre de 2009 tras tomar unas copas, tuvieron una relación sexual no completa (sin penetración pero con eyaculación), siendo la única relación sexual mantenida en todo el noviazgo y que en el puente de Diciembre, Delfina le dijo que estaba embarazada de él y tras comunicárselo a la Comunidad de la Parroquia a la que pertenecían y a sus padres, contrajeron matrimonio el 6 de Marzo de 2010, naciendo la menor el 2 de Agosto del mismo año.

El actor señala que después de casarse empezó a sospechar de infidelidad, puesto que su esposa recibía llamadas y mensajes de un compañero de trabajo, si bien ella lo negaba, hasta que en 2013, tras una discusión, ella le había manifestado que iba a presentar demanda de divorcio y que se iba a vivir con el codemandado, por ser el padre biológico de la niña, y que él ante estas afirmaciones, decidió hacerse una prueba de investigación biológica, dando como resultado que la paternidad de él respecto de la menor quedaba excluida, siendo el informe de 28 de Enero de 2013 y que luego ha sabido que los demandados lo conocían desde 2011, puesto que el Sr. Luis Pablo se había realizado otra prueba de paternidad, en esa fecha.

Se han seguido procedimientos entre las partes de separación, divorcio y nulidad matrimonial, así como de nulidad eclesiástica, y además el Sr. Luis Pablo presentó demanda de filiación no matrimonial e impugnación de la paternidad contradictoria, existiendo Sentencia de Abril de 2014, estimatoria de sus pretensiones.

Sobre los hechos anteriores y al considerar que la ocultación de que no era el padre de la menor, incluso después de que los demandados lo conocieran con seguridad en 2011, según le manifiestan, habiendo permitido que tuviera una intensa relación paternal con la niña y que se mantuviera en el tiempo, incrementando el dolor y frustración por su pérdida, solicita indemnización por los daños y perjuicios que se le han causado, en los términos que concretaba.

La Sra. Delfina se opuso a la demanda, alegando que al conocer que estaba embarazada, los dos pensaron que se debía a la relación sexual mantenida con Jose Ángel y que incluso, cuando el codemandado le manifestó sus dudas sobre su posible paternidad, ella mantuvo que el embarazo era debido a la relación mantenida con Jose Ángel . Añadía que con el tiempo, y persistiendo Luis Pablo en sus dudas, colaboró para que se hiciera



una prueba de investigación de paternidad, que dio resultado positivo, conociendo desde el 27 de Junio de 2011, que Jose Ángel no era el padre biológico de la menor, y que así se lo comunicó a sus padres y a su esposo, si bien ni Jose Ángel ni ella quisieron dar credibilidad a esa prueba, y mantuvieron la apariencia para salvar la estabilidad de la familia, pero para salir de esa duda, Jose Ángel en 2013, decidió hacerse la prueba, dando como resultado su no paternidad.

Señalaba que no había existido engaño ni doloso ni culposo y, en consecuencia, no era procedente indemnización alguna por los daños y perjuicios que reclamaba el actor, puesto que se han producido unos hechos objetivos que han ocasionado la separación de la niña con el demandante, por existir sentencia de filiación.

Don Luis Pablo opuso la prescripción de la acción, al haber transcurrido más de un año desde que pudo ser ejercitada, sin que él tuviera el convencimiento de su paternidad hasta que al año del nacimiento de la menor se realizó la prueba de paternidad, y por eso no puede existir engaño, habiendo exigido el Tribunal Supremo que exista dolo para que la acción pudiera ser estimada y, además, que el actor debió saber que no era el padre, y aceptó la paternidad, cuando Delfina le comunicó su embarazo, por lo que ante una decisión personal y libre, no cabe reclamar daños y/o perjuicios ni personales, ni morales y que en todo caso, la indemnización no puede calcularse en atención al baremo establecido para accidentes de tráfico, y nunca valorarlo por pérdida de una hija, ya que en este caso, la niña vive y puede existir relación entre ambos. Niega la procedencia de las partidas que se reclaman en la demanda y en concreto respecto del reintegro de los alimentos pagados, no concurren los requisitos que la acción exige.

La Sentencia desestima la demanda, tras rechazar la excepción de prescripción y la existencia de cosa juzgada que se alegaba respecto de la indemnización fijada en el procedimiento en el que se declaró la nulidad matrimonial, señala que para la procedencia de indemnización por daños físico-psíquicos y morales derivados de la ocultación de la paternidad, el Tribunal Supremo exige la concurrencia de dolo y en este supuesto se considera que no está acreditada la ocultación maliciosa de la falsa paternidad del demandante; en cuanto a la reclamación derivada de los gastos por el proceso de filiación y, los de la prueba de paternidad, se desestima puesto que los primeros se incluyen en el concepto de costas, ya resuelto, y el segundo es un gasto realizado para la realización de una prueba voluntaria, y por último respecto de la restitución de la suma abonada como alimentos a la menor, se señala que la prestación de alimentos es una obligación legal y exigible hasta que judicialmente se declara contradictoria con la biológica reclamada.

Contra la anterior Sentencia se interponen los recursos que ahora se resuelven, basados en los motivos que a continuación se analizarán y al que se han opuesto los contrarios, solicitando, en definitiva, fuese confirmada la Sentencia en los términos que a cada uno beneficiaban.

**SEGUNDO.- Recurso de D. Jose Ángel . Motivo del recurso: Infracción de las normas procesales reguladoras de la Sentencia.- Error en la valoración de las pruebas practicadas.**

Alega la parte que ha quedado acreditada la mala fe de la Sra. Delfina, al contrario de lo que se señala en la Sentencia impugnada y esto ha causado los daños y perjuicios que se reclaman, añadiendo que Doña Delfina no comunicó a D. Jose Ángel que había mantenido relaciones sexuales aptas para concebir con D. Luis Pablo antes del matrimonio e incluso debería haber posibilitado la realización de pruebas biológicas nada más nacer la menor y así evitar el lazo afectivo creado entre el apelante y la menor Camino.

El razonamiento anterior no puede ser acogido, puesto que la Sentencia apelada fundamenta la desestimación de la indemnización solicitada, en no haber quedado acreditado el comportamiento doloso de los demandados, al señalar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Julio de 1999 así lo exige para poder estimar la acción ejercitada y que en este supuesto no había quedado acreditada una ocultación maliciosa de la falta de paternidad, y respecto de D. Luis Pablo, se interpreta que no tiene obligación jurídica de comunicar al Sr. Jose Ángel su paternidad.

Debe señalarse que de las pruebas practicadas, al contrario de lo que se señala en el motivo, no se puede concluir que Doña Delfina supiera desde el primer momento que el demandado no era el padre biológico de la menor, y aunque es cierto que así se consigna en la Sentencia del Juzgado de Familia que se aporta ( Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 79 de Madrid de 12 de Diciembre de 2014 en Divorcio contencioso 1123/2013), no deja de ser un convencimiento de la Juzgadora que se expresa en la resolución, a modo de "obiter dicta" y sin que se concreten las pruebas de las que así se deduce, y en el presente procedimiento de las practicadas, no puede llegarse a esa conclusión, puesto que ella lo negó en interrogatorio, el codemandado así lo ratificó y en las resoluciones judiciales que se aportan, salvo en la antes consignada, no se llega a la conclusión que ahora se analiza y más al contrario la Sentencia que declara la nulidad civil del matrimonio ( Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22ª de 19 de Febrero de 2016, recurso 581/2015 ), descarta la buena fe de Doña Delfina, por la posibilidad, "perfectamente conocida por la misma, de que el



embarazo que determinó la celebración del matrimonio obedeciese a sus relaciones con un tercero, lo que no manifestó entonces a D. Jose Ángel " pero no por el conocimiento de esa realidad en el momento que supo que estaba embarazada e incluso en la Sentencia de nulidad eclesiástica que también se aporta, no se considera probado la existencia de error doloso sobre la paternidad del esposo.

**TERCERO.- Motivo del recurso.- Infracción de las normas aplicables y la Doctrina jurisprudencial para resolver las cuestiones objeto del proceso.**

Alega el apelante que en el presente supuesto concurren los requisitos constitutivos de responsabilidad civil derivada de culpa extracontractual, de acuerdo con establecido en el art. 1902CC , es decir, acción u omisión culposa, daño y relación de causalidad entre la conducta y el daño.

Cierto es, que son hechos admitidos que Doña Delfina había mantenido antes del matrimonio relaciones sexuales esporádicas con D. Luis Pablo , existiendo cercanía temporal en una de ellas y en la que la citada Doña Delfina mantuvo con D. Jose Ángel en Octubre de 2009, por lo que claramente y a pesar de lo que manifiesta la citada apelada, la duda sobre la paternidad era una realidad por ella conocida de forma necesaria, que no comunicó, como exige una actuación leal y de buena fe, al que entonces era su novio, y más al contrario, le manifestó que se había quedado embarazada de él, lo que determinó que contrajesen matrimonio en los meses posteriores y que la niña que nació fuera considerada por D. Jose Ángel como hija suya e inscrita como hija matrimonial de ambos, manteniendo el apelante una relación afectiva con la niña derivada de su considerada relación paternal, con los consiguientes e intensos vínculos que esa situación genera y, además, en 2011 cuando D. Luis Pablo se hizo las pruebas de determinación de paternidad y dio resultado positivo, Doña Delfina , al contrario de lo que manifiesta, no se lo comunicó a D. Jose Ángel , permitiendo que la relación paterno filial con la menor se mantuviera por más tiempo, lo que supone un grado mayor de vivencias y experiencias que incrementan, en supuestos como el presente de posterior separación, el dolor y la frustración por la situación vivida.

Debe reseñarse que aunque Doña Delfina , manifiesta que en 2011, D. Jose Ángel en un viaje vio por un descuido el resultado de las pruebas de paternidad que se había realizado D. Luis Pablo y que ella llevaba en el bolso, decidiendo ambos continuar juntos por el interés de la familia, lo cierto es que el Sr. Jose Ángel lo niega y con las pruebas practicadas no puede considerarse acreditada esta alegación y más al contrario, debe reproducirse lo resuelto en la Sentencia de la Sección 22ª de esta Audiencia, antes citada, en la que analiza este extremo para resolver sobre la caducidad planteada y concluye que no puede considerarse probado ese conocimiento por el Sr. Jose Ángel en 2011 de la realidad biológica puesto que él lo niega y los testigos que declararon en la vista, amigos íntimos de los ex cónyuges y que conocen su situación antes y después de contraer matrimonio, afirmaron que el Sr. Jose Ángel conoció que no era el padre biológico de la menor en Enero de 2013 y añadió la Sra. Tania y su esposo que también declaró, que habían estado juntos de vacaciones en agosto de 2011, sin que se hablara nada de la paternidad y tratando D. Jose Ángel a Camino como su hija, lo que, señala la Sentencia "encuentra difícil conciliación con la versión ofrecida de contrario sobre el conocimiento por el esposo de la realidad biológica en el mes de julio del mismo año" y así se asume en esta resolución.

Es necesario señalar que aunque la apelada afirmó que no albergó dudas sobre que el embarazo era fruto de su relación con Jose Ángel , lo cierto es que debe considerarse una afirmación no amparada en la lógica, pues si había mantenido también relaciones sexuales con el codemandado en fechas próximas, la duda existe de forma necesaria, siendo cuestión distinta que ella creyera o quisiera creer que el embarazo se debía a la relación mantenida con D. Jose Ángel , pero no deja de ser una creencia, esperanza o deseo, que no justifica el silencio o la falta de comunicación del hecho cierto de haber mantenido relaciones sexuales aptas para engendrar con el codemandado D. Luis Pablo que le obligaba a comunicar a la persona a la que estaba manifestando que era el futuro padre y que no podía saber que su novia, al tiempo, mantenía relaciones sexuales con otra persona, esta circunstancia, para que pudiera tomar las decisiones oportunas.

Por lo anterior, es decir, por no haber comunicado Doña Delfina a D. Jose Ángel las dudas sobre la paternidad biológica de la menor, ni en el momento de conocer que estaba embarazada, ni posteriormente, cuando en 2011 tuvo conocimiento cierto de que D. Luis Pablo era el padre biológico de la niña, concurren los requisitos que el art. 1902 CC exige, es decir, un comportamiento o conducta culposa que ha generado causalmente un daño derivado de esa ocultación.

La anterior conclusión, no es contraria a la Doctrina jurisprudencial existente en la materia, puesto que como resume la Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de 13 de Noviembre de 2018, nº 629/2018, rec. 3275/2017 , lo que niega el Alto Tribunal es que el daño causado por la ocultación de los efectos de la infidelidad en el ámbito matrimonial " sea indemnizable mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual, a partir de un juicio de moralidad indudablemente complejo y de consecuencias



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

Doctrina no aplicable al presente supuesto, puesto que la ocultación de las dudas sobre la paternidad biológica o del conocimiento de que la menor no era hija de D. Jose Ángel , no se puede incardinar en el incumplimiento de los deberes impuestos a los cónyuges en el Código Civil, ni, concretamente a las consecuencias de la infracción del deber de fidelidad que el art. 68 CC impone a los casados, pues la relación mantenida entre Doña Delfina y D. Luis Pablo por la que se concibió a la niña fue anterior al matrimonio de Doña Delfina y D. Jose Ángel , y simplemente eran novios y para las relaciones de "noviazgo" no existe regulación legal alguna, por lo que si uno de los miembros de la pareja realiza una conducta (en el presente caso ocultar las dudas sobre la paternidad) que causa un daño (frustración y dolor por la pérdida de la relación paternal considerada existente y del proyecto de vida en común con la menor) y que está causalmente relacionado, (pues si Doña Delfina hubiera comunicado que había mantenido relaciones sexuales simultáneas en el tiempo también con D. Luis Pablo el hecho de haber asumido como propia la paternidad no se habría producido) y este actuar de Doña Delfina debe calificarse de culposo, pues no actuó con la diligencia que el caso requería, ya que se insiste, sabiendo que había mantenido relaciones sexuales cercanas en el tiempo con D. Luis Pablo y con D. Jose Ángel , no puede estimarse que cuando conoció que estaba embarazada, no tuviera duda sobre el origen de su estado, pues es una consideración que por inverosímil no puede aceptarse y los principios que rigen las relaciones interpersonales (lealtad, honradez..) y las circunstancias de tiempo y lugar, (no estaban casados, libremente podía manifestar sus relaciones con un tercero) le imponían un comportamiento diferente, y al no hacerlo, Doña Delfina es responsable del daño causado a D. Jose Ángel y que posteriormente se analizará.

Respecto de la responsabilidad extracontractual que se exige de forma solidaria al Sr. Luis Pablo , es petición que no puede prosperar, puesto que, como se señala en la Sentencia apelada, ninguna obligación tenía de comunicar al Sr. Jose Ángel las dudas y/o posterior certeza sobre su paternidad biológica, no estando obligado tampoco a interponer la demanda de determinación de filiación en el momento en el que tuvo conocimiento de los hechos, habiéndola ejercitado cuando se produjo la ruptura de la convivencia matrimonial, tal y como establece la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante nº 417/2017, de 6 de Noviembre de 2017 , con cita de la del Tribunal Supremo, Pleno de 30/06/2016 :

*" Evidencia la jurisprudencia citada, y la del TEDH que recoge, que frente al derecho del padre biológico a reclamar una paternidad extramatrimonial, impugnado al tiempo la matrimonial de que los hijos disfrutaban, ha de protegerse la seguridad jurídica y afectiva de los hijos insertos en una familia.*

*Se trata de valores dignos de protección constitucional no jerarquizados, pues ninguno de ellos prima sobre el otro en este sentido vale la pena transcribir un párrafo de la última STS citada. "Se viene a contraponer tal principio de verdad biológica con la preservación de la paz familiar, pero bien entendido que esta preservación ha de venir referida al interés del hijo, por lo que la paz familiar será aquella que beneficie a éste por encontrarse en una situación consolidada de familia, que ha podido formarse al margen de la biológica. La protección de esta situación familiar en que se encuentra integrado el menor vendría a tener el mismo apoyo constitucional que el principio de investigación de la paternidad, al encontrarse recogidos ambos principios en el artículo 39 CE .*

*En esta tesitura no consideramos que el demandado carente de posesión de estado, ajeno al círculo familiar y un extraño para los menores, tuviese obligación de irrumpir en una familia legalmente constituida, con los afectos consolidados inherentes a tal situación, afectos filiales y fraternales y hacia la familia extensa, abuelos, tíos y primos, hubiese de irrumpir, decimos, en la misma, planteando una demanda de filiación, cuando lo haría bajo simples sospechas por importantes que estas fuesen. Tampoco le era exigible como alega el recurrido haber hecho unas pruebas de paternidad de espaldas al actor, porque aparte de suponer una intromisión en su intimidad, que puede considerarse ilegítima, solo tendrían sentido si a ella siguiese una demanda de paternidad.*

*No concurre pues la acción culposa, ni desde luego dolosa, del demandado que dé lugar al responsabilidad extracontractual, lo que obvia la necesidad de examinar el nexo causal o la cuantía de la indemnización, por el concepto de daño moral".*



#### **CUARTO.- Sobre la procedencia de indemnizar los daños reclamados.**

Reclama el actor, indemnización, puesto que tras conocer que no es el padre biológico de la menor, padece un sufrimiento que le ha obligado a seguir tratamiento psicológico y psiquiátrico, existiendo partes médicos e informes que así lo confirman y además, las médicos que le tratan declararon en la vista celebrada confirmando la sintomatología, habiendo estado de baja desde el 6 de Agosto de 2013 hasta el 6 de Septiembre del mismo año, además del día que estando señalada vista de medidas cautelares, sufrió una crisis que necesitó asistencia médica, por lo que reclama 31 días improductivos y 296 no improductivos, y calcula la cantidad solicitada, por analogía, en el baremo fijado para los daños causados en accidentes de circulación del año 2013.

La pretensión debe prosperar, pues el conocimiento de no ser el padre biológico de la menor le ha ocasionado los trastornos diagnosticados, tal y como declararon en la vista las médicos que le asisten, derivando directamente de la ocultación realizada, ya que a preguntas realizadas la psicóloga estableció que era el problema más intenso que mencionaba el actor, por lo que constando probado los días de baja laboral y las dolencias, el tratamiento, consultas y diagnóstico que se mantenía, la suma reclamada de 12.191,42 € debe ser considerada adecuada.

Respecto de la indemnización por daño moral debe también considerarse que concurre, ya que el Tribunal Supremo ha establecido en Sentencia de 22 de Febrero de 2001 que debe identificarse como "cualquier frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos, por naturaleza o sangre que se dan entre personas allegadas fundamentalmente por vínculos parentales, cuando a consecuencia del hecho ilícito, se ve uno de ellos privado temporal o definitivamente de la presencia o convivencia con la persona directamente dañada por dicho ilícito", habiendo declarado además, la existencia de daño moral derivada de la ocultación de la paternidad ( Sentencia del Tribunal Supremo de 22/07/2009 ).

Partiendo de lo anterior, debe concretarse la indemnización procedente, y así el apelante reclama por analogía por la pérdida traumática irreversible de la relación paterno filial con la menor, tomando como base para el cálculo la LRCSCVM y la resolución de la Dirección General y fondos de pensiones de 2013 por la que de las indemnizaciones para ese año y aplicando la indemnización básica por muerte y la edad del padre, así como los factores de corrección, lo fija en 157.700 €.

Este Tribunal, sin desconocer la dificultad de cuantificar el daño en supuestos como el presente y la objetividad del baremo, considera que la equiparación de la realidad biológica que consideraba existía con la indemnización por muerte, no es posible, puesto que la relación entre ambos, D. Jose Ángel y Camino , puede existir e incluso el art. 160 CC posibilitaría el establecimiento de un régimen de visitas, sin embargo no puede desconocerse que se impide el derecho-deber de estar en su compañía y los de crianza (cuidado, educación y formación integral) ni el profundo dolor y vacío emocional que provocan los hechos que han dado lugar al procedimiento, acompañado de la frustración del proyecto de vida familiar existente y teniendo en cuenta que la Sentencia de determinación de la filiación es de 18 de Marzo de 2014 y que la niña nació en NUM000 de 2010, la relación paterno filial se ha mantenido durante casi cuatro años, por lo que valorando las circunstancias concurrentes se estima prudencialmente procedente fijar la indemnización por daño moral en la cuantía de 50.000 €.

Respecto de las facturas reclamadas derivadas de las cantidades satisfechas a su Procuradora y su abogada por la necesidad de personarse en el procedimiento de reclamación de filiación e impugnación de la contradictoria, es pretensión que no puede ser estimada, puesto que el apelante conocía con anterioridad el resultado de la prueba de paternidad y su intervención procesal no puede considerarse que viniera motivada por la ocultación de la paternidad e igual ocurre con el precio de la prueba de determinación de paternidad, pues como se dice en la Sentencia apelada, es prueba realizada de forma voluntaria.

En cuanto a la cuantía reclamada al Sr. Luis Pablo por enriquecimiento injusto y abuso de derecho, tampoco es pretensión que pueda ser estimada, tal y como ha establecido la Sentencia del Tribunal Supremo, Pleno, de 13 de Noviembre de 2018 , antes citada, al señalar:

*" La cuestión planteada ya ha sido resuelta en la sentencia de pleno 202/2015, de 24 de abril , en el sentido de negar la procedencia de la devolución. Es cierto que en esta sentencia se resolvió con base en el artículo 1895 del Código Civil , de cobro de lo indebido, y que ahora la devolución se plantea al amparo del artículo 1902, configurando la indebida prestación alimenticia a un hijo, que luego se demostró que no era suyo, como un daño indemnizable, para trasladar sin más la reclamación a las reglas propias de la responsabilidad civil extracontractual, con legitimación activa de quien alimentó a ese hijo para que se le restituya lo abonado, y pasiva de quien nunca recibió el dinero para sí, es decir, para integrarlo en su patrimonio, sino para aplicarlo a la alimentación de este hijo.*

*Pero la solución es la misma, como resulta de la doctrina de esta sala que, en lo sustancial, es la siguiente:*



a) El niño nace constante la relación de matrimonio y como tal se inscribe en el registro civil, por razón de la presunción de paternidad matrimonial que establecen los artículos 113 y 116 del Código Civil, reforzada por la presunción de convivencia del artículo 69, y desde entonces se aplican las normas de protección de la familia a través de una suerte de medidas tanto personales como patrimoniales. Entre otras las que resultan de los artículos 111 y 154 del Código Civil, una de las cuales, los alimentos, se extrae del conjunto de obligaciones que integran la patria potestad para reclamar su devolución.

b) Estos alimentos, como las demás obligaciones que integran la potestad de los padres -velar por ellos, tenerlos en su compañía, educarlos, formarlos, representarlos y administrar sus bienes- ( artículo 154 CC ), y el propio hecho de la filiación ( artículo 111 CC ), han surtido sus efectos en cada uno de los momentos de la vida del niño porque la función de protección debía cumplirse y el hijo debía ser alimentado, lo que impide que pueda solicitarse su devolución por el hecho de que no coincida la paternidad real, basada en la realidad biológica, con la formal.

c) La no devolución tiene su origen en una antigua sentencia de 18 de abril de 1913, que confirma la línea jurisprudencial de las sentencias de 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1897, según la cual los alimentos no tienen efectos retroactivos, "de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida". No se devuelven los alimentos como tampoco se devuelven los demás efectos asociados a estos derechos y obligaciones propias de las relaciones de los padres con sus hijos.

d) El derecho a los alimentos del hijo existía, por tanto, 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, entre las que se encontraba no solo la manutención económica, sino la de velar por él, tenerlo en su compañía, educarlo, formarlo, representarlo y administrar sus bienes. Los pagos se hicieron, en definitiva, como consecuencia de una obligación legalmente impuesta entre quien pagaba y quien se beneficiaba de dicha prestación, y es efectiva hasta que se destruye esta realidad biológica mediante sentencia dictada en proceso de impugnación de la filiación matrimonial.

e) La filiación, dice el artículo 112 CC, "produce sus efectos desde que tiene lugar", y "su determinación legal tiene efectos retroactivos, siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la ley no disponga lo contrario", como aquí sucede dado el carácter consumible de los alimentos."

Por lo anterior, y aun cuando en este supuesto la acción se plantea contra el padre biológico y por enriquecimiento injusto o abuso de derecho, tampoco puede prosperar, puesto que reclamándose una cantidad compensatoria por los alimentos desde que la niña nació hasta la Sentencia de Separación matrimonial de 4 de Junio de 2013, al ser alimentos abonados durante el periodo en el que la acción de filiación no había sido ejercitada no puede solicitarse compensación por los alimentos consumidos, según establece el Alto Tribunal, ya que el Sr. Jose Ángel, tenía la obligación legal de prestar los alimentos en ese periodo y, por tanto no puede considerarse que exista el requisito del empobrecimiento sin causa o como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de nº 417/2017, de 6 de Noviembre de 2017, antes citada: "No existe ni enriquecimiento injusto, ni cobro de lo indebido, pues como dice el TS, existía causa para la asunción por el actor de los alimentos. Tampoco procede la acción de reembolso ex art 1158 CC pues no se pagó por otro, sino en virtud de una obligación propia."

Resta por analizar la vulneración del derecho al honor que se dice producida y para ello debe acudir a la regulación que establece la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, estableciendo el artículo 1.1 que "El derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el art. 18 CE será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente ley orgánica...". Y el art. 7 establece:

"... Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el art. 2 de esta ley (y relevantes a los efectos aquí analizados):

"3. La divulgación de hechos relativos de la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.

"4. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.

....



"7. La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación..."

En el presente supuesto, los hechos analizados no constituyen intromisión ilegítima en el honor, puesto que no concurren los requisitos exigidos ya que no ha existido divulgación, siendo requisito exigible en todo caso, tal y como establecen, por todas las Sentencias del Tribunal Supremo nº 636/2010 de 13 de Octubre de 2010 y nº 205/2012 de 27 de Marzo de 2012 , ni expresiones vertidas o juicios de valor en los términos legalmente prevenidos, por lo que, como también informó el Ministerio Fiscal y establece la Sentencia apelada, en este aspecto el recurso no puede prosperar.

Por todo lo anterior, el recurso se estima parcialmente en los términos antes señalados, debiendo hacer constar que no se tiene en consideración la modificación que se contiene en el Suplico del recurso, por no ser procesalmente admisible, cuando además, se solicita que se acojan las pretensiones "que esta parte formuló en su demanda".

#### **QUINTO.- Recurso del Sr. Luis Pablo .**

Alega el apelante, que en Sentencia no se imponen las costas al demandante basándose en la existencia de dudas de derecho, que no se concretan, por lo que no concurre el supuesto que el art. 394 LEC posibilita la exoneración.

El motivo no puede prosperar, puesto que el art. 394 LEC establece el criterio del vencimiento objetivo, pero admite excepciones, cuando el caso presente serias dudas de hecho o de derecho, añadiendo que para apreciar que el caso era jurídicamente dudoso, se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares.

Como señala la SAP Barcelona (16ª) de 22 de Marzo de 2018 , respecto de las "serias dudas de hecho o de derecho" establece que es un "concepto impreciso y abstracto que, lejos de encerrar un criterio de aplicación genérica, debe ser perfilado casuísticamente porque, por propia definición, la mera promoción de un litigio es indicativa de una controversia o conflicto que suscita dudas , al menos para una o más partes de las implicadas en la relación de que se trate, aunque el propio artículo 394.1 se ocupa, en lo que atañe a las dudas de derecho, de descender a una hipótesis concreta y objetiva: que el supuesto sea jurídicamente dudoso teniendo en consideración la jurisprudencia recaída en casos similares. Procesalmente la excepción de referencia se configura como una facultad del órgano judicial ( SSTS de 30 de junio de 2009 y de 10 de febrero de 2010 ), discrecional aunque no arbitraria puesto que su apreciación ha de estar suficientemente motivada en cada caso concreto, y su aplicación no está condicionada a la petición de las partes. La doctrina de la jurisprudencia menor, por lo general, ha fijado dos requisitos necesarios para apreciar la concurrencia de la regla del vencimiento atenuado o mitigado: la seriedad de la duda, por una parte, y su razonabilidad y fundamento objetivo, por otra. Finalmente, parece obvio que una adecuada interpretación de la norma debe desembocar en la exigencia de que las dudas sean serias en cuanto que tengan cierta entidad o encierren alguna complejidad, aunque en todo caso ello no desprovee a la norma del vencimiento atenuado de su carácter, en último término, subjetivo, en el sentido de que es el órgano judicial el que debe plasmar y razonar en su resolución, una vez valoradas las posiciones de las partes y, en su caso, los resultados arrojados por las diligencias probatorias, si, según su impresión, concurren aquellos datos de incertidumbre. "

En el presente supuesto, en la Sentencia se reseñan la Doctrina y Jurisprudencia que ha recaído en supuestos similares, y de ellas se deduce que existen posiciones discrepantes, e incluso en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia nº 579/2004 de 2 de Noviembre de 2004 y en la de la Audiencia Provincial de León de 2 de Enero de 2007, se condena al padre biológico atribuyéndole una conducta dolosa, por lo que la llamada al pleito del Sr. Luis Pablo era obligada, y las dudas de derecho, amparan el pronunciamiento apelado.

#### **SEXTO.- Intereses.**

Se reclaman en la demanda intereses moratorios respecto de las indemnizaciones, desde la presentación de la demanda, si bien, es concepto que no puede ser acogido, puesto que ha sido declarada su procedencia en esta resolución y existe diferencia apreciable entre lo solicitado y lo concedido ( art. 1100 y ss. CC ).

#### **SÉPTIMO.- Costas de Primera Instancia.**

Al estimarse parcialmente la demanda, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, de conformidad con lo dispuesto en el art. 394 LEC y aun cuando respecto del Sr. Luis Pablo no se realiza pronunciamiento de condena, los argumentos realizados en el anterior fundamento se reproducen en el presente, al considerar que su llamada al pleito era necesaria y la existencia de dudas de derecho, relacionándola con las sentencias antes reseñadas que condenan al padre biológico atribuyéndole una





conducta dolosa, y en sentido contrario la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, antes citada, de 6 de Noviembre de 2017 .

**OCTAVO.- Costas de esta alzada.**

Respecto a costas generadas por el recurso del Sr. Jose Ángel , no se hace expresa imposición por su estimación parcial.

Respecto de las generadas por el recurso del Sr. Luis Pablo , se imponen al recurrente por su desestimación.

Todo lo anterior al amparo de lo establecido en el art. 398 LEC .

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS**

**1º.- ESTIMAR PARCIALMENTE EL RECURSO** de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Gamazo Trueba, en nombre y representación de D. Jose Ángel , contra la sentencia número 215/2018 de fecha 11 de Julio de 2018 y pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia número 19 de Madrid , en el procedimiento de juicio ordinario número 146/2014.

**2º. - REVOCAR** parcialmente la Sentencia, en los siguientes términos:

Estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Gamazo Trueba en nombre y representación de D. Jose Ángel , frente a Doña Delfina representada por la Procuradora Sra. González Rivero y D. Luis Pablo , representado por la Procuradora Sra. Afonso Rodríguez, debo:

- 1.- Declarar y declaro la responsabilidad de Doña Delfina por los hechos objeto del procedimiento.
- 2.- Condenar y condeno a la Sra. Delfina a abonar al Sr. Jose Ángel la suma de 12.191,42 € por daño físico-psíquico e intereses por la mora procesal.
- 3.-Condenar y condeno a la Sra. Delfina a abonar al Sr. Jose Ángel la suma de 50.000 € por daños morales e intereses por la mora procesal.
- 4.- Confirmar la Sentencia apelada en el resto, absolviendo a la Sra. Delfina y al Sr. Luis Pablo del resto de las pretensiones.
- 5.- No hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en Primera Instancia.

**3º.- No hacer expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.**

**4º.- DESESTIMAR EL RECURSO** de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Afonso Rodríguez, en nombre y representación de D. Luis Pablo , frente a la Sentencia nº 215/2018 de 11 de Julio de 2018 del Juzgado de Primera Instancia nº 19 de Madrid, en el Procedimiento Ordinario 146/2014.

**1º.- Confirmar** íntegramente la sentencia apelada en el particular recurrido.

**2º.- Imponer al apelante las costas de esta alzada.**

La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 208.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , póngase en conocimiento de las partes que contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 del texto legal antes citado , en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, la pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN.-** La anterior Sentencia fue hecha pública por los Magistrados que la han firmado. En Madrid, a veintinueve de mayo de dos mil diecinueve. Doy fe.