



Roj: **SAP BA 782/2017 - ECLI:ES:APBA:2017:782**

Id Cendoj: **06083370032017100347**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Mérida**

Sección: **3**

Fecha: **05/09/2017**

Nº de Recurso: **218/2017**

Nº de Resolución: **175/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **LUIS ROMUALDO HERNANDEZ DIAZ-AMBRONA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N.3

MERIDA

SENTENCIA: 00175/2017

Modelo: N10250

AVENIDA DE LAS COMUNIDADES S/N

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Tfno.: 924312470 Fax: 924301046

Equipo/usuario: JAA

N.I.G. 06044 41 1 2016 0000277

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000218 /2017

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.3 de DIRECCION000

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000068 /2016

Recurrente: Rita

Procurador: VICTOR ALFARO RAMOS

Abogado: ANTONIO CIDONCHA MARTIN DE PRADO

Recurrido: Federico

Procurador: JOSE MARIA ALMEIDA SANCHEZ

Abogado:

SENTENCIA Num. 175/2017

ILMOS. SRES

PRESIDENTE:

DON JOAQUÍN GONZÁLEZ CASSO

MAGISTRADOS:

DON LUIS ROMUALDO HERNÁNDEZ DÍAZ AMBRONA (PONENTE)

DOÑA JUANA CALDERÓN MARTÍN

DOÑA MARÍA DOLORES FERNÁNDEZ GALLARDO

DON JESUS SOUTO HERREROS



Recurso civil número 218/2017.

Procedimiento ordinario 68/2016.

Juzgado de Primera Instancia número 3 de DIRECCION000

En la ciudad de Mérida, a cinco de septiembre de dos mil diecisiete.

Visto en grado de apelación ante esta sección tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz, el presente recurso dimanante del procedimiento ordinario 68/2016 del Juzgado de Primera Instancia número 3 de DIRECCION000 , siendo apelante, doña Rita , representada por el procurador don Víctor Alfaro Ramos y defendida por el letrado don Antonio Cidoncha Martín de Prado; y apelado, don Federico , representado por el procurador don José María Almeida Sánchez y defendido por el letrado don Felipe Muriel Medrano.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Juzgado de Primera Instancia número 3 de DIRECCION000 , con fecha 18 de abril de 2017, dictó sentencia, cuya parte dispositiva dice así:

Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por don Federico frente a doña Rita , condeno a la demandada a que abone al actor en concepto de indemnización por daños y perjuicios morales un importe de 25.000 euros, más intereses legales y sin hacer expresa condena en costas.

SEGUNDO. Contra la expresada resolución ha interpuesto recurso de apelación doña Rita .

TERCERO. Admitido que fue el recurso por el Juzgado, de conformidad con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil se dio traslado a las demás partes personadas para que en el plazo de diez días presentaran escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que les resultara desfavorable.

CUARTO. Una vez formulada oposición por don Federico se remitieron los autos a este Tribunal, previo emplazamiento de las partes; donde se formó el rollo de Sala y se turnó la ponencia, señalándose el 12 de julio de 2017 para deliberación y fallo del recurso, quedando los autos en poder del ponente para dictar sentencia en el plazo previsto en el artículo 465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Ha sido ponente el magistrado don LUIS ROMUALDO HERNÁNDEZ DÍAZ AMBRONA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos relevantes.

Como se desprende de la sentencia de instancia y de las actuaciones, constan sucintamente los siguientes:

a) Don Federico y doña Rita , en 2010, iniciaron una relación sentimental.

b) En el verano de 2011, doña Rita y don Federico tuvieron una crisis de pareja. En esas fechas, coincidiendo con las fiestas de la localidad de DIRECCION001 (Badajoz), doña Rita mantuvo relaciones sexuales con una tercera persona, circunstancia de la que no tuvo conocimiento don Federico .

c) Como consecuencia de la referida relación con un tercero, Rita se quedó embarazada, si bien le ocultó a Federico que él no era el padre.

d) El NUM000 de 2012 doña Rita dio a luz a la niña Piedad , que fue inscrita como hija de ambos, con pleno convencimiento por parte de don Federico de ser su padre biológico.

e) En 2013 don Federico y doña Rita rompieron su relación sentimental. En noviembre de ese año, don Federico interpuso demanda contra doña Rita solicitando la adopción de medidas paterno-filiales en relación a su hija Piedad . Pedía la fijación de un régimen de visitas a su favor y el establecimiento de una pensión de alimentos a su cargo.

f) Dicha demanda dio lugar a los autos 476/2013 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de DIRECCION000 .

g) En febrero de 2014, doña Rita no solo se opuso a la demanda sino que, además, formuló reconvencción para impugnar la paternidad de don Federico . Dicha reconvencción no fue admitida a trámite.

h) Tal procedimiento terminó por sentencia de 18 de noviembre de 2014 . Dicha sentencia acordó atribuir la guarda y custodia a la madre, fijar un régimen de visitas a favor de don Federico , así como una pensión de alimentos a su cargo.



i) Antes de la mencionada sentencia, en octubre de 2014, doña Rita interpuso una demanda contra don Federico en ejercicio de acción de impugnación de la paternidad. De dicho procedimiento conoció el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Badajoz, que dictó sentencia el 27 de noviembre de 2015 y declaró que Federico no era el padre de la menor Piedad .

g) Don Federico ha promovido una demanda exigiendo a doña Rita una indemnización por el daño moral causado al haberle hecho creer que la menor era hija biológica suya.

SEGUNDO. Primer motivo del recurso: existencia de prescripción.

Doña Rita pide la revocación de la sentencia de instancia y que, en su lugar, se desestime íntegramente la demanda planteada por don Federico . Alega en primer lugar que la acción está prescrita puesto que, cuando se promovió el actual procedimiento, había pasado sobradamente más de un año desde que el demandante sabía que la menor no era hija biológica suya.

El motivo se desestima.

No hay prescripción y no la hay sencillamente porque no se ha planteado en forma. Lleva toda la razón el recurrido al hacer ver que la sentencia de instancia no tuvo que entrar en el examen de dicha excepción.

Como es sabido, la prescripción es una cuestión de fondo que debe ser alegada por el demandado en su contestación (por todas, véase la sentencia del Tribunal Supremo 121/2006, de 20 de febrero). No cabe su invocación en momento procesal posterior: el objeto del proceso viene dado por el conjunto de alegaciones y hechos que las partes hacen valer en sus alegaciones iniciales. El artículo 412 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla la llamada preclusión de alegaciones: el objeto del proceso queda fijado con la demanda y la contestación, no pudiéndose alterar posteriormente.

En el presente caso, doña Rita no contestó a la demanda. Es decir, no alegó temporáneamente la excepción de prescripción. El artículo 1935 del Código Civil permite la renuncia (tácita o expresa) a la prescripción ganada (sentencia del Tribunal Supremo 728/2008, de 17 de julio). La efectividad de la prescripción depende de la voluntad de cada deudor: no están obligados a oponerla, solo están facultados para ello.

En consecuencia, aunque por otros motivos, en virtud de la doctrina de la equivalencia, debemos confirmar el pronunciamiento desestimatorio de la sentencia de instancia.

TERCERO. Segundo motivo del recurso: incompatibilidad de los pronunciamientos contenidos en la sentencia de instancia: no se dan los presupuestos de la acción ejercitada.

La recurrente esgrime que la demanda se encuentra inmersa en una serie de contradicciones insalvables. Resalta que el trastorno ansioso depresivo que padece el actor es anterior al descubrimiento del engaño. Entiende por ello que no hay relación causal y que no hay deber de indemnizar. También argumenta que la infidelidad no justifica indemnización alguna.

Este motivo tampoco puede acogerse.

Por lo pronto, el hecho desencadenante de la acción entablada por el actor no es la infidelidad de su pareja. Desde luego en una relación sentimental la fidelidad no es, por supuesto, un deber jurídico. La infidelidad, como ilícito civil, en el marco normativo vigente, solo cobra sentido en el ámbito del matrimonio y de forma muy puntual (posible causa de desheredación, pérdida de alimentos o revocación de donaciones).

Insistimos, la infidelidad no es el fundamento del actual procedimiento. La razón es otra: haber ocultado de forma deliberada al actor no ser el padre biológico de la niña nacida constante la relación sentimental entre ambos. Se reclama una indemnización por el desengaño y la frustración que supone para el demandante no ser realmente el que engendró a quien creyó y tuvo en todo momento por hija suya. Y ello aparte además de la afectación que puede tener para uno en su imagen y consideración social no ser el padre de que quien pública y legalmente en principio lo era.

El Tribunal Supremo tiene dicho que puede existir daño moral en el caso de la madre que oculta de forma dolosa que el vínculo biológico que creía tener el padre con su hijo es inexistente (sentencia de 22 de julio de 1999).

La jurisprudencia menor, de la que se hace eco con acierto la sentencia de instancia, tiene dicho que la infidelidad no es indemnizable, pero sí, en cambio, la procreación con ocultación. Y es que, en circunstancias normales, la pérdida del hijo que uno tiene por suyo comporta un daño emocional grave y evidente: supone la pérdida del vínculo afectivo más fuerte entre los seres humanos, el de un progenitor con sus hijos.

No podemos pasar por alto que el Derecho de familia no es ajeno a los principios generales civiles, que incluyen la reparación del mal causado (sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009). La



pérdida de afectos, el vacío emocional subsiguiente al descubrimiento de la verdad biológica es un hecho indemnizable. Y no se indemniza la infidelidad sino el ocultamiento. En una relación de pareja, aun cuando sea de hecho, procrear un hijo con un extraño, conocer cabalmente que el embarazo no es fruto de las relaciones sexuales mantenidas con la persona con la que se está ligado afectivamente y permitir que se inscriba en el Registro Civil a nombre de la pareja sin previamente comunicarle la verdad biológica entraña un ilícito civil en los términos del artículo 1902 del Código Civil .

No puede justificarse, desde el punto de vista jurídico, que sea inocuo engañar a la pareja sobre la concepción. No estamos hablando de una circunstancia intrascendente. La paternidad más que derechos comporta obligaciones. Conlleva el ejercicio de una función con grandes responsabilidades. Y aunque, en nuestro Derecho, se puede ser padre sin haber concebido al hijo, lo que no cabe es ocultar, y menos de forma deliberada, a quien reconoce o muestra su conformidad que no es realmente el padre biológico. La paternidad puede ser consentida e incluso, para garantizar la paz familiar y el beneficio del menor, puede anteponerse a la biológica (sentencia del Tribunal Supremo 707/2014, de 3 de diciembre). El artículo 120.1º del Código Civil dispone que la filiación no matrimonial queda determinada legalmente, en el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial.

Lo que se sanciona, en fin, es la falsa paternidad. Basta examinar el escrito de demanda presentado por doña Rita al impugnar la paternidad para concluir que el engaño fue inequívoco. Ella sabía positivamente, y se explica con detalle en esa demanda (folios 56 y siguientes), que su embarazo fue fruto de las relaciones tenidas con un tercero. No le cabía duda de quién era el padre. Sin embargo, ni en el curso del embarazo ni con ocasión del alumbramiento dijo nada a su pareja. Sencillamente, engañó a don Federico .

Y es justamente ese engaño lo que ha hecho incurrir en responsabilidad a doña Rita . Responsabilidad porque el daño moral sufrido por don Federico no es una mera suposición. Insistimos, no hay vínculo más estrecho que el surgido entre padres e hijos. Es sin duda un mazazo emocional y psicológico para cualquiera conocer de repente que tu hijo no es tuyo (*padre de cuco* en la terminología alemana, en referencia al ave que pone sus huevos en nidos ajenos).

Por otra parte, el hecho de que don Federico presentara un trastorno depresivo previamente a los hechos, antes incluso del embarazo de la demandada, lejos de excluir la existencia del daño moral lo viene a reforzar. En semejante estado, don Federico estaba mucho peor preparado para encajar un episodio de esta trascendencia. Sin duda, para su estado anímico fue un varapalo perder de pronto a su hija. En fin, el perjuicio moral es incuestionable.

CUARTO. Tercer y último motivo: *quantum* indemnizatorio.

La recurrente alega que la determinación y medición de secuelas y lesiones temporales ha de hacerse mediante informe médico. Esgrime que el demandante no tiene secuela alguna, que no toma medicación. Reitera que no padece daño moral alguno, pues ya se encontraba en tratamiento psiquiátrico con anterioridad a estos hechos.

Para empezar dos puntualizaciones. Una, los enfermos psíquicos no son un caso aparte, también ellos son susceptibles de sufrir daño moral. Y dos, por desgracia, el daño moral no se cura con medicamentos: podrá aliviarse, pero poco más.

En cuanto al dictamen médico, decir que no estamos ante un accidente de tráfico. Ni estamos tampoco ante unos hechos asegurables que, de una manera u otra, pudieran encajar siquiera orientativamente en el baremo legal previsto para fijar la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor.

Ciertamente, el daño moral plantea siempre el problema tanto de su constatación como de su cuantificación. En palabras del Tribunal Supremo, el daño moral es el daño no susceptible de ser evaluado patrimonialmente y que consiste en un menoscabo tanto del ámbito moral en estricto sentido, como del ámbito psicofísico; identificándose con los sufrimientos, padecimientos o menoscabos que no tienen directa o secuencialmente una traducción económica (sentencia del Tribunal Supremo 583/2015, de 23 de octubre).

Y en relación a su contenido económico, la jurisprudencia señala que este tipo de daño no puede valorarse con pruebas objetivas, pero ello no excusa ni imposibilita que los tribunales lo cuantifiquen, atendiendo para ello a las circunstancias concurrentes en cada caso. También ha dicho el Tribunal Supremo que no son admisibles las indemnizaciones de carácter meramente simbólico (sentencia 261/2017, de 26 de abril).

En el presente caso, la indemnización reconocida por la sentencia de instancia, 25.000 euros, entendemos que resulta razonable y proporcionada. Hay que tener en cuenta dos factores importantes: primero, que en todo momento don Federico fue ajeno al engaño (así se recoge, como indicamos con anterioridad, en la demanda de impugnación de la paternidad entablada por la hoy recurrente); y segundo, la hija nació en abril



de 2012 y el padre no tuvo conocimiento de su falsa paternidad hasta el mes de febrero de 2014, fecha en la que doña Rita se opuso a su pretensión de adopción de medidas paterno-filiales y planteó demanda reconvenicional impugnando su filiación.

Si sumamos la fase de gestación a esos casi dos años, nos encontramos que el engaño se ha sostenido considerablemente a lo largo tiempo y sin que el ofendido haya tenido durante ese periodo sospechas del engaño. Desde luego, pocas sospechas podía tener don Federico cuando resulta que fue él quien acudió primero al juez para que se fijara un régimen de visitas, es decir, para poder estar con su hija. Como bien replica el apelado en su escrito de oposición, actuó en todo momento acorde con su papel de padre, como hubiera procedido cualquier progenitor en las mismas circunstancias. El ejercicio de tal acción es incompatible con una conducta desentendida o extraña a la función parental.

En suma, atendiendo al carácter deliberado del engaño (a sabiendas de la falta de procreación biológica), al tiempo transcurrido y al propio comportamiento del ofendido (llegó a ejercitar acciones judiciales para poder estar con su hija), la indemnización ya reconocida es ajustada a Derecho.

En fin, agotados ya todos los motivos del recurso, la sentencia recurrida debe ser confirmada.

QUINTO. Costas.

Desestimado el recurso, las costas se imponen a doña Rita (artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S. M. el Rey y por la Autoridad que nos concede la Constitución, pronunciamos el siguiente:

FALLO

Primero. Desestimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por doña Rita contra la sentencia de 18 de abril de 2017 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de DIRECCION000 en el procedimiento ordinario 68/2016 y, en consecuencia, confirmamos dicha resolución en todos sus extremos.

Segundo. Condenamos a doña Rita al pago de las costas de esta alzada.

Notifíquese a las partes esta resolución y, con certificación literal a expedir por el Sr. Letrado de la Administración de Justicia de esta Audiencia Provincial y del oportuno despacho, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, para cumplimiento y ejecución de lo acordado. Archívese el original en el libro registro correspondiente de esta Sección.

Contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno. Solo se admitirán los recursos extraordinarios de casación por infracción procesal y de casación, si se fundan en los motivos y supuestos previstos, respectivamente, en los artículos 469 (en relación con la disposición Final 16ª de la LEC) y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los que conocerá la Sala de lo civil del Tribunal Supremo y que, en su caso, deberán interponerse por escrito ante este tribunal, en el plazo de los veinte días hábiles siguientes al de su notificación.

Conforme a la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ, la admisión a trámite del recurso precisará ingresar la cantidad de cincuenta euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal.

Así, por ésta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN. Dada, leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la autoriza, estando celebrando audiencia pública ordinaria en el mismo día de su fecha, de lo doy fe.