

Roj: **SAP LE 2/2007 - ECLI:ES:APLE:2007:2**Id Cendoj: **24089370022007100001**Órgano: **Audiencia Provincial**Sede: **León**Sección: **2**Fecha: **02/01/2007**Nº de Recurso: **304/2006**Nº de Resolución: **1/2007**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **ALBERTO FRANCISCO ALVAREZ RODRIGUEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

LEON

SENTENCIA: 00001/2007

Apelación Civil 304/06

Juicio Ordinario 976/05

Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de León

**SENTENCIA NUM. 1/07**

Ilmos. Sres.:

D. ALBERTO FRANCISCO ALVAREZ RODRIGUEZ.- Presidente

D. MANUEL ANGEL PEÑIN DEL PALACIO.- Magistrado

D. ANTONIO MUÑIZ DIEZ.- Magistrado

En León, a dos de enero de dos mil siete.

VISTOS, ante el Tribunal de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial el recurso de apelación civil arriba indicado, en el que ha sido parte apelante D. Pedro Francisco , representado por la Procuradora D<sup>a</sup>. Ana M<sup>a</sup> Alvarez Morales y asistido por el Letrado D. José Gerardo Alvarez-Prida de Paz y apelada D<sup>a</sup>. Elisa y D. Oscar , representados por el Procurador D. Luis Enrique Valdeón Valdeón y asistidos por la Letrada D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Covadonga Gutiérrez Alaiz, actuando como Ponente para este trámite el Ilmo. Sr. D. ALBERTO FRANCISCO ALVAREZ RODRIGUEZ.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por el Juzgado expresado al margen, se dictó sentencia en los referidos autos con fecha 28 de abril de 2006 cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así: "FALLO: Desestimando como desestimo la demanda interpuesta por la procuradora Sr. ANA MARIA ALVAREZ MORALES, en nombre y representación de Sr. D. Pedro Francisco , asistido del letrado SR. JOSE GERARDO ALVAREZ PRIDA DE PAZ, contra Sr. D. Oscar , y contra Elisa , representada por el procurador Sr. VALDEON VALEDON, y asistidos de la letrada Sr. COVADONGA GUTIERREZ ALAIZ, debo absolver y absuelvo a los demandados con imposición de las costas al actor".

SEGUNDO.- Contra la relacionada sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandante y dado traslado a las demás partes personadas ante el Juzgado, por la demandada se presentó escrito de oposición al mismo, remitiéndose las actuaciones a esta Sección y señalándose para la fecha de deliberación el día 12 de diciembre de 2006.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de D. Pedro Francisco , en fecha 29.07.05, presentó demanda contra Dña. Elisa y D. Oscar . Los hechos en que la misma se basaba pueden resumirse en los siguientes:

1º) D. Pedro Francisco contrajo matrimonio canónico con Dña. Elisa el 20.06.85. Durante el matrimonio la esposa tuvo tres hijos, Mariano , Nieves y Lucía , esta última nacida el 03.09.95 y que, como los otros dos, fue inscrita en el Registro Civil como hija matrimonial de D. Pedro Francisco .

2º) Con fecha 08.09.99, Dña. Elisa presentó contra su esposo demanda de separación matrimonial en la que solicitaba la custodia de sus tres hijos y una pensión de alimentos con cargo a su marido de 45.000 ptas. mensuales (15.000 ptas. por cada uno de ellos). En la sentencia dictada en el procedimiento al efecto incoado (nº 393/99 del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de León), de fecha 19.01 .00, se resolvió atribuir a D. Pedro Francisco la guarda y custodia de los tres hijos, reconocer a Dña. Elisa un derecho de visitas e imponer a ésta una contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio de 20.000 ptas. mensuales anualmente actualizables.

3º) Fechada el 1 de julio de 2000, por la representación procesal de Dña. Elisa y D. Oscar se presentó ante el Juzgado de Primera Instancia de Cistierna demanda contra D. Pedro Francisco en la que, acumuladamente, se ejercitaron la acción de impugnación de la filiación matrimonial paterna y la acción de reclamación de la filiación paterna no matrimonial de la menor de los tres citados hermanos, Lucía . A dicha demanda se acompañó un análisis de paternidad llevado a cabo por la Sociedad Pharma Gen, S.A. La Sentencia dictada en el procedimiento al efecto incoado (Menor Cuantía nº 163/2000 del referido Juzgado de Cistierna), de fecha 15.11.02 y tras realizarse un nuevo informe pericial, esta vez por el Instituto Nacional de Toxicología, estimó las dos acciones ejercitadas, si bien retrasó hasta principios de 2005 la fecha en que la niña pasaría a convivir con sus progenitores, a los cuales se reconocía, hasta ese momento, un derecho de visitas. Recurrida en apelación dicha sentencia por las dos partes litigantes, la Sección 1ª de esta Audiencia Provincial, en Sentencia de fecha 14.11.03, resolvió adelantar al primero de septiembre de 2004 (comienzo del curso escolar 2004- 2005) el momento a partir del cual la menor pasaría a vivir en compañía de sus padres y empezaría a regir el régimen de visitas de D. Pedro Francisco y de sus dos hijos, medio hermanos de Lucía , ya señalado en el fallo recurrido y que se concreta en fines de semana alternos, mitad de periodos vacacionales y un mes de verano, con posibilidad de comunicación diaria. Recurrida en casación dicha resolución por la representación de D. Pedro Francisco , la Audiencia Provincial, por Auto de fecha 17.02.04, denegó tener por preparado el recurso, y el Tribunal Supremo , por Auto de 27.07.04 , desestimó el recurso de queja interpuesto contra aquél.

En la demanda referida al principio del presente Fundamento y que se basa en los anteriores hechos, se reclamaba por D. Pedro Francisco a Dña. Elisa y D. Oscar por los siguientes conceptos:

- a) Daño moral por la pérdida por el actor del vínculo biológico que en la apariencia mantenía con Amanda (antes Lucía ).
- b) Daño moral por el deterioro de su fama y honor, como consecuencia de la concepción extramatrimonial de Amanda y de la confabulación existente entre los demandados para que la niña fuera tenida como hija del actor.
- c) Daño patrimonial, por enriquecimiento injusto del codemandado Sr. Oscar , por los alimentos que D. Pedro Francisco , sin obligación alguna, al no ser hija suya, prestó a Lucía .
- d) Daño patrimonial por los alimentos que, hasta que sea mayor de edad, habrá de seguir prestándole durante los días o períodos de tiempo que pase en su compañía, en virtud del régimen de visitas judicialmente establecido.

La sentencia dictada en la primera instancia desestimó íntegramente la demanda e impuso las costas procesales al actor, que la recurre en apelación para que se le reconozcan, exclusivamente, las indemnizaciones de los apartados a) y c) que acabamos de referir, aquietándose, pues, con el rechazo de las indemnizaciones por el daño inferido en su fama y honor y por los alimentos futuros. Cifrando en 80.000 euros y en 16.200 euros, respectivamente, el daño moral y el daño patrimonial reclamados.

SEGUNDO.- Con carácter previo al análisis de las cuestiones de fondo suscitadas, se hace necesario insistir en el rechazo de la excepción de prescripción de la acción que, al amparo del artículo 1.968. 2 del Código Civil , fue esgrimida por la común representación de los demandados en su escrito de contestación a la demanda y que se reproduce en su escrito de oposición al recurso de apelación interpuesto por la contraparte, pese a aquietarse con la sentencia de la primera instancia que, por lo demás y como ya hemos dicho, les resultó plenamente favorable.



Compartimos plenamente los razonamientos al respecto efectuados en aquella resolución. Además de deber aplicarse con criterio restrictivo dicho instituto extintivo de derechos y que tiene su fundamento en un abandono de los mismos en absoluto predicable de su titular en el presente caso, la demanda se presentó en el Decanato de los Juzgados de León el 29.07.05, cuando es así que la notificación del Auto resolutorio del recurso de queja interpuesto por el Sr. Pedro Francisco contra la resolución de la Audiencia Provincial denegando la preparación del recurso de casación contra la sentencia por la misma dictada en segunda instancia en el procedimiento de impugnación de la filiación matrimonial y de reconocimiento de la extramatrimonial de D. Pedro Francisco data del 29.07.04, que se puede decir marca el comienzo del plazo prescriptivo, pues a partir de ese momento supo el Sr. Pedro Francisco que se le habían acabado las armas legales para seguir luchando por seguir siendo el padre de la que hasta entonces había sido su hija y pudo, pues, ejercitar las acciones entabladas en este nuevo procedimiento y que con anterioridad no había podido utilizar, so pena de incurrir en la contradicción que supondría atacar un determinado pronunciamiento judicial no firme y simultáneamente reclamar una indemnización por las consecuencias del mismo derivadas, que constituiría un auténtico dislate no permitido por el ordenamiento jurídico.

TERCERO.-Entrando ya en el estudio de las dos reclamaciones efectuadas en esta segunda instancia y principiando por la del daño moral sufrido por la pérdida por el actor recurrente del vínculo biológico que en la apariencia le unía a la que había tenido por su hija, en una primera aproximación al tema, el daño moral generado por la infidelidad conyugal no es susceptible de reparación económica, pues, como razona el Tribunal Supremo en su Sentencia 30-07-1999, nº 701/1999, "Indudablemente, el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil, son merecedores de un innegable reproche ético-social, reproche que, tal vez, se acentúe más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación substantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su artículo 82 pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos, los que, en ningún caso es posible comprenderles dentro del caso de pensión compensatoria que se regula en el artículo 97, e, igualmente, no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1.101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar".

En la misma línea se sitúa la doctrina: "Si la infracción del deber de fidelidad genera la obligación de reparar los daños causados, los costes del matrimonio (y los de las relaciones sexuales extramatrimoniales con persona casada) se encarecerían notablemente. De otro lado, la propuesta no parece viable ni de lege data ni de lege ferenda: desde el primer punto de vista, el incumplimiento del deber de fidelidad sólo da lugar a una causa de reparación, y corresponderá a la sentencia de separación establecer los efectos patrimoniales de la crisis; desde el segundo, implicaría reconocer valor económico a un nuevo derecho, el derecho a ser amado en exclusiva; admitiría una indemnización por daños morales en un contrato y, finalmente, acumularía a las consecuencias patrimoniales de la separación, nulidad o divorcio, la indemnización por daños y perjuicios" (SALVADOR CODERCH/RUIZ GARCIA).

Ahora bien, el mismo Tribunal Supremo, en Sentencia 22.07.1999, nº 687/1999 y ante una reclamación de alimentos abonada por el actor a la demandada a favor de uno que resultó no ser hijo suyo, más otra cantidad por daño moral, por la ocultación por la demandada de la verdadera paternidad de aquél, pese a mantener la desestimación de aquélla, da a entender que hubiera accedido a ambas reclamaciones de haber sido susceptible de ser calificada de dolosa la actuación y conducta de la demandada en torno a la ocultación al actor de la identidad del padre del menor nacido dentro del matrimonio, estableciendo en el Sexto de sus Fundamentos que "Ciertamente, los supuestos que comportan la aplicación del artículo 1.902 del texto legal sustantivo, vienen a originar, como consecuencia de esa aplicación, una reparación por el daño causado, que puede hacerse extensivo al doble ámbito patrimonial y moral, pero ello no resulta aplicable al caso de autos, en el que, como ha quedado razonado, no era posible hacer aplicación del meritado precepto, debido a no haberse apreciado una conducta dolosa en el comportamiento atribuido a Dña. María Concepción...".

Luego, lo verdaderamente determinante para que surja el derecho a una indemnización es el dolo del o de los demandados a la hora de ocultar, de forma continuada, la verdadera filiación de la menor.

Examinada desde esta perspectiva la prueba practicada, la conclusión a la que llega este Tribunal de apelación es justo la contraria a la que llegó la juzgadora "a quo", al menos respecto de Dña. Elisa. En efecto, preguntada en el acto del juicio por el Letrado de su marido desde cuándo tuvo conocimiento de que Amanda era hija de D. Pedro Francisco, no dudó en manifestar que desde el momento mismo en que supo estaba embarazada y si bien es cierto que atribuyó dicho conocimiento, que hizo extensivo a su marido, al hecho de que éste le había manifestado que sufría de esterilidad como consecuencia del tratamiento médico que recibió para atajar la enfermedad de Hodgkin que le fue diagnosticada en 1993, cuando tenía 31 años de edad, sobre dicha secuela



del tratamiento (quimioterapia y radioterapia) no existe la más mínima prueba en los autos, negándola incluso el Sr. Pedro Francisco , que negó los términos de la conversación en su día mantenida con su esposa, pues, según dijo, de lo único que a él le informaron los médicos es que el tratamiento producía una disminución en el número de espermatozoides, pero no esterilidad. Significativo es también que escogiera como padrino de su hija Amanda a D. Oscar , con el que mantenía relaciones sexuales y francamente evidenciador de su torticera conducta que iniciara el procedimiento de impugnación-reconocimiento de filiación justo después de verse privada en el procedimiento matrimonial de la custodia de sus tres hijos y tras pretender de su marido una pensión alimenticia para los tres.

Menos evidente aparece la malicia en la ocultación en D. Oscar , pues cuando fue interrogado en el juicio manifestó que hasta que no se hizo las pruebas biológicas no estuvo convencido de que la niña fuera suya, pues Elisa vivía con su marido. Sin embargo, esa pretendida falta de seguridad con la que trata de justificar su silente conducta viene contradicha por el dato apuntado de que aceptó ser el padrino de pila de Amanda y con lo afirmado en la demanda que su representación planteó reclamando la declaración de que la niña era hija no matrimonial suya. Así, a lo largo de la misma se dice: "D. Oscar , a quien la niña de forma cariñosa llama padrino, desde que nace la niña ha tratado a la menor como a una hija suya aunque legalmente figurara inscrita a nombre del esposo de Dña. Elisa . Y así en el entorno de familiares y amigos es público y notorio que la niña es hija de D. Oscar . En el momento procesal oportuno acreditaremos testificalmente como D. Oscar se ha relacionado con la menor Amanda a la que ha tratado como si fuera hija suya ... D. Oscar ha tratado a la niña con el afecto y cariño con el que ha tratado a cualquiera de sus otros hijos ...".

No debiendo acabar el razonamiento sin hacer hincapié en que dos hermanos de los cónyuges, uno de cada uno, D. Abelardo y Dña. Mariana coincidieron en señalar en el acto del juicio, en el que declararon como testigos, que no tuvieron la más mínima sospecha de que Lucía no fuese hija del ahora recurrente, y ello pese a que la segunda convivió con ellos en el que fuera domicilio del matrimonio durante el embarazo de Amanda , añadiendo la segunda que la niña fue muy deseada para su cuñado, respecto del que, estamos convencidos, no habría aceptado que D. Oscar fuera el padrino de la niña de sospechar que podría ser su padre biológico.

Constatado el dolo, no es difícil imaginar un considerable daño moral en D. Pedro Francisco y que no se puede decir sea atribuible a la desaparición del vínculo biológico, pues éste nunca existió, y sí a la pérdida de convivencia, de la relación y de lazos afectivos en general con una hija que aquél creía suya. Y relacionados causalmente dolo y daño moral, surge la obligación reparadora establecida en el artículo 1.902 del Código Civil , regulador de la responsabilidad civil extracontractual.

De difícil evaluación económica tales daños, en palabras de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, Sentencia 28.03.05 , afectan a intereses espirituales del ser humano y se concretan a la perturbación en el ámbito personal del sujeto, aunque no incidan en intereses económicos. Su apreciación y cuantificación se ha dicho que puede ser arbitraria, pero también se puede afirmar - nos recuerda la referida STS- que toda indemnización -salvo casos muy concretos- puede serlo y, desde luego, la dificultad en la determinación no puede influir en la prosperabilidad de una reclamación justa.

Así, en el presente caso no se ha practicado prueba tendente a demostrar el sufrimiento o padecimiento psíquico del Sr. Pedro Francisco , la zozobra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre de que nos habla la jurisprudencia e incluso la pericial psicológica practicada en el Juicio de Menor Cuantía del Juzgado de Primera Instancia de Cistierna y en el presente acompañada a la contestación a la demanda como documento nº 1, nos presenta a D. Pedro Francisco como un hombre emocionalmente estable, maduro, tranquilo, sereno y que se enfrenta a la realidad y se ajusta a los hechos; pero, indudablemente, quienes reúnen tales cualidades también pueden sufrir y es de presumir lo haya hecho y en gran medida D. Pedro Francisco , que convivió con Lucía desde su nacimiento el 03.09.95 hasta el 01.09.04, que la tuvo por hija biológica durante varios años, la deseó fervientemente como hija durante el embarazo de la madre, la prestó todas las atenciones y la dedicó todos sus cuidados como consecuencia de trabajar su esposa la mayor parte del día fuera de casa y encontrarse él jubilado por enfermedad y luchó, con éxito, por su custodia en el procedimiento de separación matrimonial y defendió inútilmente su paternidad en el menor cuantía que acabamos de citar. Todo lo cual, a nuestro entender, justifica una indemnización que ponderadamente ciframos en 30.000 euros, que ambos demandados deberán abonar conjunta y solidariamente al actor recurrente.

CUARTO.- Por lo que se refiere a los alimentos de Mariana , cifrados en la demanda en 16.200 euros y reclamados como daño patrimonial, ninguna pista encontramos en las dos referidas Sentencias del Tribunal Supremo (22.07.99 y 30.07.99 ) para resolver la cuestión, que tampoco parece fácil ni está exenta de dudas en la interpretación de los preceptos en juego.

Por supuesto ha de rechazarse respecto de la codemandada Dña. Elisa porque, es de suponer que, constante matrimonio y de una u otra forma, haya contribuido a las cargas del matrimonio, conforme se deduce de



los artículos 1.362 y 1.438 del Código Civil . Se plantean dudas a partir de la separación matrimonial, mas el señalamiento con cargo a ella de una pensión alimenticia en el Auto de medidas provisionales, primero y en la Sentencia de separación, más tarde, aconsejan dejarla fuera, en todo caso, del éxito cuantitativo de la reclamación.

En cambio, sin perjuicio de otras consideraciones, el enriquecimiento injusto de D. Oscar , como progenitor biológico que durante casi nueve años se mantuvo al margen del cuidado y de los alimentos, en el sentido más amplio de la palabra, de la niña por él engendrada, aparece fuera de toda duda. No está muy claro en la demanda ni en el escrito de recurso en qué precepto o preceptos funda la reclamación, pues cita los de la responsabilidad contractual y los de la extracontractual y ninguna mención hace a los artículos 1.895 y siguientes, que es donde se regula el enriquecimiento sin causa. En cualquier caso, su alusión al mismo es constante y en la producción del mismo en el citado codemandado y en el consiguiente empobrecimiento, también injusto, suyo trata de justificar su reclamación.

Según el citado artículo 1.895 , para que pueda ejercitarse la acción de repetición de lo indebido, es preciso: 1º) un pago efectivo con la intención de extinguir una deuda o en general de cumplir un deber jurídico; 2º) inexistencia de obligación entre el que paga y el que recibe por la falta de causa, que puede 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; y 3º) error por parte del que hizo el pago, siendo indiferente que el error sea de hecho o de derecho.

Se argumenta en la resolución recurrida, para fundar el rechazo de esta concreta reclamación, que en otros casos parecidos "La alimentación y educación de los hijos de uno sólo de los cónyuges que conviven en el hogar familiar correrían a cargo de la economía doméstica, en el ámbito del deber conyugal de ayuda y socorro mutuo"; mas hemos de matizar que eso es así, pero con conocimiento pleno del cónyuge no progenitor y asunción consciente de tal responsabilidad, lo que no es predicable del caso que nos ocupa, en el que concurren los tres requisitos recién mencionados, pues D. Pedro Francisco empezó asumiendo los alimentos de quien no era hija suya por error, sin obligación legal de hacerlo y en ese mismo error inicial y en sus sentimientos y en su sentido de la responsabilidad tienen su causa los alimentos sufragados incluso después de esclarecido aquél, por lo que también estos últimos deben ser restituidos al mismo.

Considerando adecuada a las circunstancias del caso la cantidad reclamada: 150 euros al mes durante nueve años, en total 16.200 euros, la reclamación y con ello el recurso debe ser estimado también en este extremo.

QUINTO.- Procedente, pues, una estimación parcial de la demanda como consecuencia de la estimación, también parcial, del recurso de apelación, a tenor de lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , las costas procesales ocasionadas en ambas instancias no deben ser impuestas a ninguna de las partes litigantes.

VISTOS los preceptos legales invocados, sus concordantes y demás de aplicación.

## FALLAMOS

Que, estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Dña. Ana María Alvarez Morales, en nombre y representación de D. Pedro Francisco , contra la Sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de León, en fecha 28 de abril de 2006 , en los autos de Juicio Ordinario nº 976/2005 de dicho Juzgado, que fueron elevados a esta Audiencia Provincial el primero de septiembre siguiente, la revocamos para, estimando parcialmente la demanda planteada por el citado recurrente contra Dña. Elisa y D. Oscar , condenar a ambos demandados a que conjunta y solidariamente abonen al actor la cantidad de TREINTA MIL EUROS (30.000 €) y al Sr. Oscar a abonar al Sr. Pedro Francisco la cantidad de DIECISEIS MIL DOSCIENTOS EUROS (16.200 €), más, en ambos casos, el interés legal del dinero incrementado en un cincuenta por ciento, desde la fecha de la presente resolución hasta su total ejecución. Todo ello sin hacer imposición expresa a ninguna de las partes de las costas procesales en ambas instancias ocasionadas.

Dese cumplimiento, al notificar esta Sentencia, a lo dispuesto en el artículo 248-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y, con testimonio de la misma, devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento.

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