



Roj: **SAP V 4688/2004 - ECLI:ES:APV:2004:4688**

Id Cendoj: **46250370072004100630**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **7**

Fecha: **02/11/2004**

Nº de Recurso: **594/2004**

Nº de Resolución: **597/2004**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN ESCRIG ORENGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Rollo 594/04

Rollo nº: 594/04

Sección 7ª.

**SENTENCIA Nº: 597**

SECCION SEPTIMA:

Ilustrísimos Señores Magistrados:

Presidenta:

Dª Mª del Carmen Escrig Orenga.

Magistrados:

D José Antonio Lahoz Rodrigo

Dª Mª Pilar Cerdán Villalba

En la Ciudad de Valencia a 2 de noviembre de 2004.

Vistos ante la Sección Séptima de la Itma. Audiencia Provincial, en grado de apelación, los autos de juicio ordinario nº 1076/03, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Valencia , entre partes; de una, como demandante-apelante, D. Matías , representado por el Procurador D. Javier Roldán García y asistido de Letrado; de otra, como demandada-apelada, Dª. Montserrat , representada por el Procurador D. Antonio García-Reyes Comino y asistida de Letrado; de otra, igualmente como demandado-apelante, D. Carlos José , representado por la Procuradora Dª. Pilar Palop Folgado y asistido de Letrado; y de otra y como demandado-apelado el Ministerio Fiscal.

Es Ponente la Itma Sra. Magistrada doña Mª del Carmen Escrig Orenga.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO. En dichos autos por el Ilmo. Sr. Juez de Primera Instancia número 10 de los de Valencia, en fecha 20 de abril de 2.004, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda formulada por el Procurador Sr. Roldán García, en nombre y representación de D. Matías , contra Dª. Montserrat y D. Carlos José , representados por los Procuradores Sr. García-Reyes Comino y Palop Folgado, debo condenar y condeno a los demandados a indemnizar solidariamente al actor por los daños morales sufridos, en la suma de 50.000 euros".

SEGUNDO. Contra dicha sentencia por las representaciones de los Sres. Matías , Montserrat y Carlos José , se interpusieron sendos recursos de apelación, que fueron admitidos en ambos efectos y, previo emplazamiento de las partes, se remitieron los autos a este Tribunal, en donde comparecieron todas.



Tramitado el recurso se señaló, para la Deliberación y Fallo del mismo, el día 25 de octubre de 2.004, en el que ha tenido lugar.

TERCERO. En la tramitación de los autos y del recurso en ambas instancias, se han observado las prescripciones legales en materia de procedimiento.

#### FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

PRIMERO. La representación procesal de don Matías formuló demanda de juicio declarativo ordinario contra doña Montserrat y don Carlos José , en reclamación de 1.297.580 Euros, por los daños y perjuicios provocados. Pretensión que sustenta en que mediando matrimonio del actor con doña Montserrat , nacieron cuatro hijos, pero Doña Montserrat mantenía una relación extraconyugal estable y duradera con don Carlos José , quien ha resultado ser el padre biológico de los tres niños más pequeños.

Doña Montserrat , promueve la acción de impugnación de la paternidad, que es estimada por sentencia de 14 de mayo de 2003 .-

Invoca el actor, que la concepción de los tres hijos que el demandante creía propios, por los demandados fuera del matrimonio, libre y voluntariamente, ocultando el hecho, ha de calificarse de dolosa o, al menos, constitutiva de culpa grave o negligencia, y todo ello ha generado al actor numerosos daños físicos, psíquicos, morales e incluso patrimoniales, como son: trastorno depresivo ansioso, trastorno depresivo mayor, pérdida de actividad psicológica global, pérdida de su actividad laboral y de su capacidad de relación con el grupo primario, en los tres aspectos, en un porcentaje superior al 50 por ciento. Un gran daño moral que lo concreta en la pérdida de tres hijos, queridos y criados como tales, superior a la pérdida de tales hijos por muerte violenta. Hechos, que han tenido repercusión en su fama, honorabilidad y prestigio profesional. Así mismo, le ha provocado daños patrimoniales que han reportado a los demandados un enriquecimiento injusto, pues el demandante ha mantenido, criado, educado y alimentado a los tres menores, no siendo hijos suyos, en defecto de sus verdaderos progenitores.

Por todo ello reclama:

- a) daño moral por la pérdida de los tres hijos:900.000 Euros
- b) daño moral por los daños físicos y secuelas psicológicas:100.000 Euros
- c) daño moral por deterioro de su fama, honor, etc.:200.000 Euros
- d) daño patrimonial y enriquecimiento injusto:096.000 Euros
- e) daño patrimonial por las pruebas paternidad:001.580 Euros

Termina suplicando la condena solidaria a los demandados a resarcir al actor por los daños y perjuicios causados, morales y patrimoniales, en la cantidad de 1.297.580 Euros

Don Carlos José se opuso a la pretensión actora alegando, como primer motivo, la prescripción de la acción, porque antes de efectuarse las pruebas de paternidad el demandante vivía como posibilidad obsesiva la no-paternidad de sus hijos.

Y sobre la cuestión de fondo suscitada, entre otros argumentos para su desestimación, invoca, que el demandado no ha arrebatado los hijos al Sr. Matías , y que la relación del matrimonio no era normal pues la Sra. Montserrat vivía en una situación de sufrimiento y decaimiento emocional, y ambos se hallaban inmersos en una situación de desencuentro.

Cuando falleció el hermano de doña Montserrat , en noviembre de 1999, ella decidió romper la relación sentimental que mantenía con don Carlos José apostando por la vida familiar y la relación con su marido.

La infidelidad de la esposa fue conocida por el actor en diciembre de 2001, y constituyó la causa de la separación y la posibilidad obsesiva de no ser el padre de los hijos se instauró en el Sr. Matías en mayo de 2002.-

Hasta que el demandado y la Sra. Montserrat no hicieron, por sí mismos, las prueba de paternidad, creyeron que los menores eran hijos del Sr. Matías , pues el matrimonio mantenía relaciones sexuales con normalidad, y los embarazos de la Sra. Montserrat eran tenidos por matrimoniales.

Añade el demandado, que el demandante pretende, con este procedimiento, que se imponga a los demandados una sanción por su infidelidad.



Invoca que, además de no demostrarse los daños psicológicos, ni los físicos, los posibles trastornos sufridos por el demandante son fruto del conocimiento de la infidelidad, y el único que ha divulgado estos acontecimientos ha sido el demandante.

Añade que el único daño patrimonial que puede existir hay que limitarlo al reconocimiento de deuda.-

Tampoco puede haber daño moral por la pérdida de los tres hijos pues desde la separación abandonaron el domicilio familiar, y pasaron a vivir con la madre.

Por todo ello concluye que debe desestimarse la demanda.

Doña Montserrat, también se opuso a la pretensión actora alegando la prescripción, porque desde que el Sr. Matías conoció la posibilidad de que los hijos no fuesen suyos hasta que ha formulado la demanda ha transcurrido más de un año. Y, sobre el fondo del asunto, aduce que sólo la demandada ha criado, educado y amado a sus tres hijos desde el momento del nacimiento, puesto que el demandado siempre ha mantenido una relación fría y ausente. El demandante se ha desentendido totalmente de las relaciones afectivas con sus hijos, durante la semana por el trabajo, los fines de semana por dedicarse a su vocación artística.

La demandada siempre ha creído que sus tres hijos menores eran hijos de Matías, creencia en la que se ha mantenido hasta el día 15 de octubre de 2003 en que el demandante le comunicó el resultado de las pruebas de paternidad. Además, el demandante, tras la separación matrimonial, se ha desentendido de los niños.

Aduce que el actor nunca se ha preocupado de su mujer y sus hijos, impidiendo a la demandada relacionarse con sus amistades anteriores al matrimonio y marcando, ostensiblemente, las diferencias culturales y de formación entre los esposos. La relación con el codemandado nació en el seno de unas relaciones matrimoniales ausentes de cariño e infidelidades del actor conocidas y sabidas por la demandada. El Sr. Carlos José era el mejor amigo del hermano de la demandada.

La relación entre los codemandados fue pasional, puntual e irregular, y como mantenía relaciones sexuales con ambos, creía que los hijos eran del demandante.

Cuando fallece su hermano, en noviembre de 1999, entra en una etapa de decaimiento, con absoluto rechazo tanto al Sr. Matías como al Sr. Carlos José, por ello decide terminar su relación con Carlos José y recuperar su relación con el esposo, iniciando una terapia de pareja y reanudando sus estudios. Todo lo cual le permitirá alcanzar una estabilidad emocional.

Cuando su relación matrimonial había mejorado, sufre una fuerte discusión con Verónica, hija del Sr. Matías, el día 26 de diciembre de 2001, quien comunica a su padre la infidelidad de la Sra. Montserrat y, desde ese momento, el demandante no admite conversación o razonamiento alguno.

Durante los trámites de separación el esposo no muestra ningún interés por quedarse con los hijos, pues encargándose de la redacción del convenio regulador se los atribuye a la esposa. También ha planeado todas las operaciones económicas derivadas de la separación, antes de conocer la no-paternidad, que se plasmaron en los documentos firmados el día 29 de octubre de 2002.

Durante el matrimonio, las relaciones íntimas con su esposo eran normales, las que eran repentinas, aislada y esporádicas eran las que mantenía con el Sr. Carlos José.

Toda la situación posterior al conocimiento de la paternidad biológica de los hijos menores, con llamadas anónimas, el incumplimiento de los pactos por parte del Sr. Matías, etc. ha provocado en la demandada un cuadro clínico de ansiedad generalizada, angustia, ágorafobia, etc.

Añade que el demandante, mediante este procedimiento, pretende que se imponga a la demandada una sanción por su infidelidad. Y no cabe indemnización por daños y perjuicios porque no hay ilícito alguno en la infidelidad, la demandada ya ha reparado los gastos que le ha ocasionado al demandante la manutención de los niños con la suscripción del documento de reconocimiento de deuda.

Además, no constan los daños psicológicos ni morales, tampoco en su honor, fama, ni en su aspecto profesional pues ha dado conferencias, ha hecho exposiciones, se ha comprado dos coches deportivos, y ahora pretende una indemnización por la pérdida de la paternidad, equivalente a la que se concede por la muerte de un hijo.

La sentencia de instancia rechaza la prescripción porque estima que el plazo para el ejercicio de la acción ha de computarse desde la constatación por el actor de su no-paternidad.

Y, sobre el fondo de la cuestión debatida, considera que ha de diferenciarse entre la relación extramatrimonial querida y ocultada y el nacimiento de los tres hijos. No estima probado que hubiera dolo en la concepción extramatrimonial de los tres hijos menores, pero sí negligencia en tanto que no adoptaron todos los medios



a su alcance para evitar el nacimiento, pues el nacimiento de 3 hijos en 4 años no puede considerarse como un hecho fortuito.

Sobre las dolencias del demandante, considera que el mayor impacto emocional lo produce la infidelidad, que no puede ser indemnizada. Tampoco estima debidamente acreditado la existencia de un estrés postraumático, como consecuencia del conocimiento de la no-paternidad de los menores Carlos Jesús , Juan Miguel y Montserrat . Además, ha rehecho su vida personal y mantiene su actividad laboral y artística. Estima que la pérdida de la relación paternofamiliar no puede equipararse a la muerte traumática de los hijos, y que el demandante exagera los daños sufridos, aunque admite su existencia.

Por todo ello, con estimación parcial de la demanda, fija una indemnización por daño moral, por la pérdida del vínculo biológico respecto de los menores que cifra en 50.000.- Euros que será satisfecha, solidariamente, por los demandados.

Contra dicha resolución se alza la representación de todas las partes, invocando diversos motivos que pasamos a examinar.

SEGUNDO. El recurso de apelación interpuesto por don Matías se basa en los siguientes motivos:

Primero, se invoca un error en la apreciación de la prueba sobre la existencia del dolo. Por lo que solicita la revocación de la sentencia de instancia, <<en el sentido de decretar la concurrencia de dolo, en la concepción extra-matrimonial de los hijos putativos del actor, Carlos Jesús , Juan Miguel y Almudena , hoy Gema , así como en la ocultación al actor de su verdadera naturaleza.>>

Apoya esta petición indicando que no se busca un castigo social para los demandados, y que es lógico que todos los testigos sean familiares, amigos y vecinos, todos ellos cercanos al demandante por tratarse de hechos íntimos, a quien no se les ha preguntado por valoraciones morales o éticas, sino por hechos.

Hay que partir, añade, de las dificultades que entraña acreditar el dolo de los demandados en la concepción de los hijos, por tratarse de una cuestión personal e íntima de los demandados, pero estima que se ha demostrado, mediante la prueba de presunciones, tanto en el hecho de engendrar a los tres hijos como en el hecho de ocultarlo durante todos los años al actor, y para ello hay que tomar en consideración:

El número de hijos, tres, que excluye toda relación esporádica.

La larga relación de los demandados, durante más de 10 años.

El conocimiento de los distintos métodos anticonceptivos.

Haber conseguido la demandada, no tener hijos durante 8 años.

Haber justificado la demandada los embarazos con relaciones conyugales puntuales y aisladas, sin el uso de preservativos, dentro de un marco de evitación de la relación intra-conyugal.

Las visitas de don Carlos José para estar con los niños.

La visita de don Carlos José a la clínica de la Salud, donde dio a luz.

Las instrucciones de Almudena a su madre sobre a quien se parecían los niños y que la abuela se pusiera a llorar.

Manifestaciones de Carlos José al vigilante de seguridad que tenía una novia, y que era padre.

Que cuando se descubre la no-paternidad, la demandada exige que se haga constar la paternidad de Carlos José antes de que éste se hiciera las pruebas de paternidad.

Las manifestaciones de Almudena sobre que los niños se sentarían en el consejo de administración de Mercadona.

Hoy en día, de forma involuntaria nadie concibe uno, dos o tres hijos.

Hay un error en la valoración de la prueba porque de todos los hechos indiciarios se deduce la existencia del dolo.

A mayor abundamiento, añade que, es innegable, al menos, la existencia de una culpa manifiesta, grave o acentuada, que configura la culpa lata dolo equiparatur, pues no han adoptado las prevenciones que cualquier persona normalmente informada hubiera adoptado, al tener tres hijos extramatrimoniales en 4 años.

Segundo. Aplicabilidad del artículo 7.2 del Código Civil , negada en el Fundamento de Derecho 5º de la sentencia recurrida, y concluye este motivo indicando que: <<Procede, en consecuencia, admitir la



conurrencia aplicativa del artículo 2 del Código Civil , como complemento del 1902, por la existencia de un abuso de derecho por parte de los demandados>>.

Invoca que los demandados hicieron uso de su libertad personal y sexual pero <<el ejercicio de este derecho se hizo de forma excesiva, cuando en el lapso temporal de 4 años, se engendran sucesivamente tres hijos extramatrimoniales>> y todo ello implica un <<ejercicio excesivo, anormal o abusivo de su libertad personal y sexual, >> y ello objetivamente, aunque en su dinámica no existiera intención de perjudicar al actor, es decir, sin abuso de derecho subjetivamente.

Tercero: Quantum indemnizatorio por pérdida de los hijos.- Daño moral.- Infracción del artículo 24.1 de la Constitución por lo que concluye indicando que <<Procede en consecuencia, que con estimación del presente motivo, se dicte sentencia por la superioridad en la que se condene solidariamente a los demandados a indemnizar al actor en la cantidad de 900.000 Euros en concepto de daño moral sufrido por la pérdida de la relación paterno-filial de tres hijos.>>

En apoyo de su tesis invoca que la cantidad reclamada en su totalidad era 1.297.5980 Euros, desglosada en:

- a.- por daño moral producido por la pérdida de tres hijos la cantidad de 900.000 Euros.
- b.- por daños moral producido por los daños físicos y secuelas psicológicas, la cantidad de 100.000 Euros.
- c.- por el daño moral producido por el deterioro de la fama, honor y prestigio profesional del actor, la cantidad de 200.000 Euros.
- d.- por el daño patrimonial sufrido por el actor, la cantidad de 97.580 Euros.-

Nada se pedía por la infidelidad matrimonial ni por la disminución del rendimiento profesional del actor.

La sentencia sólo concede el primero de los conceptos reclamados, la pérdida de la relación paterno filial en la suma de 50.000.- Euros. Y justifica dicha cantidad en que "se estima adecuada a las circunstancias personales y sociales de los litigantes apreciadas en autos", añadiendo que la pérdida de la relación paterno-filial no puede equiparse a la muerte traumática de los hijos.

Estima el recurrente que esta motivación de la sentencia es parca e infringe claramente el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española y el deber de motivar las resoluciones judiciales, pues emplea un razonamiento absolutamente insuficiente, arbitrario e injusto. Además, no indica las circunstancias tomadas en consideración para fijarla lo que genera una evidente indefensión.

Invoca, en apoyo de su petición, el informe pericial del perito Jose Francisco , que lo califica como trauma de máxima gravedad por la imposibilidad de producir el fenómeno natural del duelo. Superior a la pérdida traumática.

También se ha demostrado que desde que se conoció la no-paternidad, no se le ha permitido, ni a él ni a su hija mayor, Verónica , ver a los pequeños. Y los facultativos que han tratado al actor se lo han desaconsejado tajantemente por los efectos negativos que podría tener en el paciente.

La causa de pedir estriba, no en que no los pueda ver o hablar con ellos, sino en que se ha producido la pérdida irreversible de la relación padre e hijos. Incluyendo todos los efectos, roles y afectos que conlleva dicha pérdida.

Cuarto: Daños físicos y secuelas psicológicas.- Error en la valoración de la prueba. Por lo que concluye que <<Procede, en consecuencia con la estimación del presente motivo, se dicte sentencia por la superioridad en la que se condene solidariamente a los demandados a indemnizar al actor en la cantidad de 100.000 Euros en concepto de daños físicos y secuelas psicológicas>>.-

El juez estima que no queda probado el padecimiento por el actor de una patología psíquica irreversible como para ser calificada como trastorno por estrés postraumático crónico y confunde el hecho de acudir a los tribunales en demanda de tutela judicial efectiva con la venganza personal y el castigo social.

Todos los padecimientos psíquicos han quedado acreditados por el contenido de las periciales y de las testificales.

Quinto: Daños a la fama, honor e intimidad del actor. Solicita que <<Procede en consecuencia, que con estimación del presente motivo, se dicte sentencia por la superioridad en la que se condene solidariamente a los demandados a indemnizar al actor en la cantidad de 200.000 Euros en concepto de daño moral por intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la fama y a la intimidad del actor.>>

Invoca que ha existido una intromisión ilegítima que ha afectado al prestigio profesional y buen nombre del demandante por la trascendencia pública que los hechos han tenido en el entorno residencial y profesional, dado que la concepción voluntaria y ocultación de tres hijos extramatrimoniales <<supone per se una clara



ofensa al honor, a la fama, intimidad y buen nombre del actor>>. Conocer que los hijos no son de quien se consideraba el padre sino del vecino tiene una evidente repercusión negativa.

Sexto: Daños patrimoniales. Pide que <<Procede en consecuencia, que con estimación del presente motivo, se dicte sentencia por la superioridad en la que se condene solidariamente a los demandados a indemnizar al actor en la cantidad de 97.580 Euros en concepto de daños patrimoniales causados al actor>>.

Con ello reclama los gastos de alimentos y educación de los tres hijos durante todos los años de su vida, cuantificación hecha por la propia demandada y que se comprometió a satisfacer.

La sentencia estima que no es de aplicación la doctrina del enriquecimiento injusto ni la de cobro de lo indebido, porque no hay enriquecimiento de la Sra. Montserrat , pero nada se dice del Sr. Carlos José , por la naturaleza de los alimentos.

El demandante no pretende que se le devuelvan los comestibles, vestidos, etc., y demás pagos y gastos que hizo a quienes creía sus hijos, sino el importe dinerario de las pensiones de alimentos establecidas desde la separación, a los que se obligó en el documento nº 10 de la demanda. Pues se trata de una obligación moral que se ha transformado en civil porque ha sido reconocida documentalmente.

Añade que la demandada acudió al matrimonio con las manos vacías, y pese a separarse ocultando la existencia de 3 hijos extramatrimoniales, se llevó tres inmuebles: una casa en Alfinach, y dos en Villafamés, todo ello valorado en más de 100.000.000.- pts.

Sobre los gastos por la realización de la prueba biológica de paternidad: la sentencia los rechaza porque no eran gastos necesarios, pero estima el apelante que procede su pago por los demandados dado que fue necesario para la averiguación de la verdadera paternidad de los niños.

Séptimo. Condena en costas. Invoca que deben imponerse a los demandados porque procede la estimación total o sustancial de los anteriores motivos.

TERCERO. También ha formulado recurso de apelación don Carlos José basado en los siguientes motivos:

En primer lugar reitera la excepción de prescripción: porque como el actor vivía con la posibilidad obsesiva de que los tres niños menores no fuesen hijos suyos, cuando se presentó la demanda ya había transcurrido el plazo de un año que determina el artículo 1902 del Código Civil .

En segundo lugar, sobre la responsabilidad por culpa que la sentencia atribuye al Sr. Carlos José , invoca:

Que no hay que confundir la relación extramatrimonial con la concepción de tres hijos y los demandados no conocían que los hijos eran extramatrimoniales. Además, mientras la sentencia sólo estima el concurso de una conducta negligente, la demanda se sustenta en el dolo pero, en todo caso, no ha existido ningún tipo de negligencia porque usaban métodos anticonceptivos, y tampoco cabe hablar de falta de cuidado en la elección del sistema anticonceptivo, porque los niños siempre fueron tenidos por hijos de Matías , por tanto, el demandado no podía conocer que eran suyos. Añade que, exigir la no-concepción es exigir una obligación de resultados y el demandado no supo que los métodos utilizados no eran eficaces hasta transcurridos varios años, pues la Sra. Montserrat mantenía relaciones sexuales habitualmente, sin protección, con el demandante, y por eso los tres hijos se consideraron matrimoniales. De no estimarse así nos hallaríamos ante una responsabilidad objetiva, por el simple hecho de tener una relación sexual, que no se admite ni en la aplicación de la teoría del riesgo.

Igualmente invoca que para un progenitor no casado, no cabe hablar de infidelidad. El demandante se entera, y con sorpresa, el día 15 de octubre de 2002 y constata el día 22 de noviembre que es padre de tres hijos, de 6, 5 y 3 años, perdiéndose todos esos años de disfrutar de sus hijos.

En tercer lugar, sobre la apreciación del daño moral en relación con la apreciación de una conducta culposa, estima la parte que la sentencia indica que no se aprecia dolor, abatimiento, retraimiento, en don Matías , concediéndole una indemnización por unas apreciaciones genéricas y objetivas. El vínculo biológico nunca ha existido, y los demandados no han impedido que subsista el vínculo afectivo.

Además, ha quedado probado el nulo padecimiento del Sr. Matías y el total desapego y falta de arraigo paterno por las siguientes razones:

- 1) en el convenio regulador se le otorgó la guarda y custodia a doña Montserrat , abandonando el domicilio familiar.
- 2) las pruebas de paternidad se conocen con la sentencia de separación ya firme, casi medio año después del abandono de la casa.



- 3) hace firmar a la esposa, 4 días después, la renuncia a la pensión de alimentos.
- 4) se allana a la demanda de impugnación de paternidad
- 5) cuando requiere a doña Montserrat para que no enturbie las relaciones personales con Flor (la hija común de doña Almudena y don Matías ) nada dice sobre los otros tres niños.
- 6) el padre dice que esos niños tienen un padre biológico.
- 7) la casa a la que se marcharon estaba en muy malas condiciones.
- 8) no consta que hay intentado relacionarse con los hijos.

En el particular campo de las relaciones humanas y familiares la doctrina se aparta del principio <<naeminen laedere>> y lo ocurrido ha de inscribirse en el ámbito de la infidelidad matrimonial, sin llevar aparejada sanción ni indemnización.

La doctrina estima que los daños morales entre familiares no son indemnizables.

Por último invoca que en ningún caso puede hablarse de solidaridad pues el demandante no está en la misma posición que la Sra. Montserrat , que era la esposa del actor.

CUARTO: Impugna la sentencia de instancia doña Montserrat sobre la base de los siguientes motivos.

Como primer motivo de recurso invoca la prescripción porque el actor vivía con la posibilidad obsesiva de que los hijos no eran suyos, lo que ya consta en el documento 6 de la demanda.

Como segundo motivo se opone a la declaración de responsabilidad por culpa que la Sentencia atribuye a la Sra. Montserrat . El juzgador de instancia niega la existencia de dolo por el uso continuo de métodos anticonceptivos, pero acoge la existencia de culpa, pese a que en la demanda sólo se invocaba el dolo de los demandados en la concepción de los tres hijos y no puede hablarse de negligencia cuando ha quedado probado el continuo uso de anticonceptivos, no pudiendo centrarse la falta de diligencia en base a una inadecuada elección o incorrecta utilización de medios anticonceptivos, pues los hijos fueron tenidos por el Sr. Matías y por toda la familia como propios de éste, y la demandada no podía sospechar que no lo eran. Consta que la Sra. Montserrat y el Sr. Matías mantenían relaciones sexuales sin protección. Ella no tiene formación universitaria ni médica, no puede exigirsele una mayor diligencia, por tanto, concluye, que no puede alegarse que la demandada obrara negligentemente en la toma de precauciones en sus relaciones sexuales.

La demandante nada supo hasta el día 15 de octubre de 2002. Y no cabe admitir que el nacimiento de un hijo extramatrimonial pueda generar un daño moral en el esposo de la madre, pues no se trata más que el fruto de un juicio moral.

Como tercer motivo, y sobre la apreciación de daño moral en relación a la apreciación de una conducta culposa, invoca que la Sentencia admite que no se aprecia dolor, abatimiento, etc., en la persona del Sr. Matías , y acoge el daño moral en base a consideraciones genéricas, pues no puede ignorarse que nunca hubo vínculo biológico, por lo que no se ha perdido; y el vínculo afectivo, no ha sido impedido u obstaculizado por los demandados; es más existe un claro desapego del demandante respecto de sus hijos que demuestran la falta de sufrimiento.

En todo caso, no puede hablarse de solidaridad pues la Sra. Montserrat es esposa del actor y no hay que olvidar que el demandante ya ha recompuesto el patrimonio ganancial.

QUINTO: Con carácter previo al examen de cada uno de los motivos expuestos estimamos necesario realizar en relato cronológico de los acontecimientos:

El día 15 de mayo de 1987, Don Matías y doña Montserrat contrajeron matrimonio.

Mediando el matrimonio nació Flor , en marzo de 1988.

El día 28 de julio de 1994, otorgaron capitulaciones matrimoniales, acordando que el matrimonio se regiría por el régimen de absoluta separación de bienes.

Durante 1994, doña Montserrat inició una relación extramatrimonial con don Carlos José (según manifiesta en prueba de interrogatorio).-

El día 7 de marzo de 1996, nació Juan Miguel .

El día 26 de febrero de 1997, nació Carlos Jesús

El día 22 de mayo de 1999, nació Almudena .

En diciembre de 2001, Verónica , hija del primer matrimonio de don Matías , mayor de edad, informó a su padre que doña Montserrat mantenía una relación extramatrimonial con don Carlos José .



El día 27 de diciembre de 2001, los esposos suscriben un convenio regulador de su separación matrimonial, en él se hace constar que tienen cuatro hijos, que el esposo se quedará con el domicilio conyugal y la esposa y los 4 hijos pasarán a residir en otra vivienda en la misma urbanización; que el padre hará entrega mensualmente de la cantidad de 140.000 Pts para los 4 hijos y abonará directamente los colegios de los hijos, gastos de comedor, transporte escolar y seguro médico. Igualmente le abonará como pensión compensatoria 100.000.- Pts mensuales.

En igual fecha, suscriben un contrato regulador de sus relaciones patrimoniales, en cuya virtud se hace constar que los esposos acuerdan adjudicar la vivienda que constituía el domicilio conyugal al esposo; la vivienda ubicada en Villafamés, Castellón, a la esposa, obligándose el esposo a seguir abonando la hipoteca que la grava. Y el esposo se obliga a comprar a la esposa una vivienda en la urbanización donde residían por importe de 30.000.000.- Ptas. y, si está gravada con una hipoteca, a satisfacer los pagos correspondientes; se adjudica a la esposa el vehículo BMW que constaba a nombre del esposo.

El día 2 de marzo de 2002, recayó sentencia declarando la separación matrimonial de los esposos.

El día 8 de marzo de 2002 firmaron varios documentos de compraventa en desarrollo de los convenios anteriores

El día 7 de septiembre de 2002, a instancias del demandante, don Jesús Ángel , toma las muestras necesarias para la realización de las pruebas de paternidad.

El día 15 de octubre de 2002, se comunica telefónicamente a don Matías el resultado de las pruebas de paternidad, con resultado negativo respecto de Juan Miguel , Carlos Jesús y Almudena .

El día 19 de octubre de 2002, doña Montserrat suscribe un documento en el que hace constar que <<la compareciente reconoce expresa y públicamente la no-paternidad de su ex-marido respecto de los hijos indicados, Juan Miguel , Carlos Jesús y Montserrat , manifestando que el padre biológico de los citados es don Carlos José , lo que manifiesta a los efectos legales oportunos.>>, en este documento, renuncia a la pensión compensatoria y a reclamar la pensión de alimentos para estos tres hijos.

En la misma fecha don Matías y doña Montserrat firman un documento, unido como número 10, en el que se hace constar que mediante prueba biológica, en fecha 15 de octubre, se ha comprobado que los menores Juan Miguel , Carlos Jesús y Montserrat no son hijos biológicos de don Matías y en el que la Sra. Montserrat reconoce adeudar al demandante la suma de 96.161,94 Euros, por los gastos de cuidado, alimentación, educación, etc., de los 3 hijos, a razón de 6.010 Euros por cada hijo y año de vida.

Durante el mes de noviembre, don Matías tiene noticias de que los menores han sido inscritos en el Colegio al que asistirán con los apellidos Gema , por lo que remite una carta al Colegio, que responden con otra, haciendo constar que ya han cambiado los apellidos por los de Almudena .

El día 22 de noviembre de 2002 se practica nueva prueba biológica de paternidad a instancias de los demandados por la que se declara que el padre de los menores es don Carlos José .

El día 14 de mayo de 2003, recae sentencia en el procedimiento sobre impugnación de paternidad declarando que el padre biológico de los menores Juan Miguel , Carlos Jesús y Almudena es don Carlos José .

SEXO: Expuesto este relato cronológico, hemos de indicar que dado que las partes han sometido a la consideración de esta Sala todas las cuestiones que ya fueron objeto de debate en la instancia, si bien hemos relatado de forma pormenorizada todos los motivos de recurso, llevaremos a cabo un examen conjunto de los mismos, y alterando su orden por razones sistemáticas, sin perjuicio de la cita concreta de aquellos extremos que haya suscitado una sola de las partes apelantes, por ello comenzaremos por analizar la excepción de prescripción que ha sido reiterada en esta alzada tanto por la representación del Sr. Carlos José como de la Sra. Montserrat .

En este extremo, compartimos los razonamientos de la sentencia de instancia, dado que la presente demanda tiene su fundamento en el daño que se ha generado al demandante por la pérdida de tres hijos, queridos y criados como tales, y que fueron concebidos por los demandados libre y voluntariamente, ocultando la realidad de tal concepción y paternidad al demandante, y ante este hecho, el demandante no podía ejercitar las acciones legales hasta conocer la realidad de su no-paternidad el día 15 de octubre de 2002.

Además, no debemos olvidar el criterio restrictivo con el que ha de aplicarse el instituto de la prescripción por ser una figura que no se asienta en una idea de justicia intrínseca y sí de limitación en el ejercicio de los derechos en aras del principio de seguridad jurídica, conectado con cierta dejación o abandono de aquellos derechos de que se es titular, debiendo valorarse significativamente la actitud del perjudicado de reclamar por exteriorizar un ánimo de hacer efectivo su derecho y no de abandono del mismo. ( Sentencia del Tribunal





Supremo de 20 de octubre de 1988, 14 de marzo de 1989, 14 de marzo de 1990, 1 de abril de 1990, 25 de junio de 1990, y 12 de julio de 1991, 15 de marzo de 1993, 20 de junio de 1994 .)

SÉPTIMO: Superado este primer obstáculo procesal, pasamos a conocer sobre el fondo de las pretensiones formuladas, y dado las acciones que ejercita don Matías contra doña Montserrat y don Carlos José , debemos puntualizar una serie de cuestiones que estimamos de especial transcendencia para resolver la presente controversia:

Así, dentro la de las relaciones existentes entre el demandante y los dos demandados debemos distinguir varias facetas.

La primera de ellas, la infidelidad conyugal, respecto de la que compartimos plenamente los razonamientos de la sentencia de instancia, y acogemos la doctrina emanada de las sentencias del Sentencia del Tribunal Supremo de 22 y 30 de julio de 1999 , en las que se especifica que el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro no es susceptible de reparación económica alguna, y que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación es la de ruptura del vínculo conyugal.

La segunda faceta, es la de procreación de los hijos, de tres hijos. En este punto, compartimos el criterio del juzgador de instancia respecto a la negligencia de los demandados en sus relaciones íntimas, no estimando que actuaran de forma dolosa o intencional, para generar un daño al demandante, al engendrar los tres hijos. Frente a ello la Sra. Montserrat invoca que usaban anticonceptivos y desconocían su ineficacia, extremos que debemos rechazar porque, como estudiaremos, consideramos probado que los demandados conocieron de forma inmediata que el primero de los hijos era del Sr. Carlos José , por tanto, que los medios anticonceptivos utilizados no eran seguros. En términos semejantes se manifiesta el Sr. Carlos José en su escrito de recurso, cuyas alegaciones rechazamos por los mismos motivos que ya hemos indicado.

La tercera faceta, el ocultamiento de la paternidad de don Carlos José y la atribución de ésta a don Matías , extremo que desarrollaremos de forma pormenorizada, pero, respecto del que estimamos, discrepando de la sentencia de instancia, que la conducta de los demandados fue dolosa, <<suponiendo un "plus" en el elemento subjetivo del hecho enjuiciado>> ( Tribunal Supremo, Sentencia de 15 de mayo de 2002 ).

OCTAVO: Para desarrollar este último extremo, la conducta dolosa de los demandados en la ocultación de la paternidad del Sr. Carlos José y su atribución al Sr. Matías , hemos de partir de la sentencia del Tribunal Supremo citada de 22 de julio de 1999 , interpretada a sensu contrario, pues alude a que <<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 Doña Fátima >>, lo que nos permite concluir que sí sería aplicable el artículo 1902 del Código Civil , y procedería reparar el daño causado si se acreditara una actuación dolosa.-

Y hemos de tomar en consideración, la aparición progresiva en la doctrina y la jurisprudencia de excepciones a la regla general de inmunidad en el ámbito de las relaciones familiares y conyugales, (estudiado por doña Trinidad ), y que entre tales excepciones, pueden destacarse la exclusión de los daños dolosos. En esta corriente, podemos hacer referencia al Tribunal Supremo Alemán que ha reconocido excepcionalmente el derecho a ser indemnizado, por causación dolosa de daños contra bonos mores, si el adulterio va acompañado de una intención cualificada de causar daño, como en el caso en que se haya engañado al marido sobre su paternidad, como cita Juan Antonio , en su estudio sobre Relaciones Familiares y Límites del Derecho de Daños, estimando que se trataría de un hecho generador de responsabilidad extracontractual y que obligaría a reparar el daño causado.

Para analizar esta cuestión, y con ello entramos a conocer sobre el error en la valoración de la prueba que invoca la parte demandante, hemos de anunciar que la base fundamental de la actividad probatoria ha de centrarse en la prueba testifical, como así también lo entendieron las partes en la extensa prueba testifical propuesta, admitida y practicada y, por tanto, en el testimonio de personas muy allegadas a las partes, aquellas que permanecen en la esfera privada y doméstica e incluso íntima, pues sólo ellas pueden presenciar determinados hechos y sólo con ellas, salvo escasas excepciones, se comentan los acontecimientos que afectan a la faceta más personal e íntima.

Partiendo de lo que hemos expuesto hasta el momento, y entrando en la valoración de la prueba practicada estimamos acreditado, que si bien los demandados no buscaron a propósito la procreación de los 3 hijos, Juan Miguel , Carlos Jesús y Almudena , sí conocieron, desde el primer momento, que los mismos eran hijos del Sr. Carlos José , ocultando esta realidad al Sr. Matías conclusión que alcanzamos, entre otros, por los siguientes testimonios:

Por las manifestaciones de doña Verónica , hija del demandante, y que convivió con el matrimonio Montserrat Matías durante 14 años, quien, además de ser testigo de la presencia frecuente del Sr. Carlos José en



el domicilio del matrimonio, manifestó (vídeo 15) que el Sr. Carlos José se quedaba a comer y cenar con frecuencia, y que hacía regalos a los niños, jugaba con ellos y los bañaba, y que cuando la Sra. Montserrat se marchaba sola con los niños a Villafamés, se encontraba con el Sr. Carlos José, extremos que le contaban sus hermanos pequeños. Igualmente añade que cuando nació su hermana pequeña, Almudena, el Sr. Carlos José visitó a la Sra. Montserrat, por la noche en la habitación del hospital, estando la testigo presente, quien, al verlo llegar, se marchó. Y que después de dar a luz, la Sra. Montserrat se marchó a Francia, unos días, donde estaba el hermano de la testigo, Eduardo, que es sacerdote, quien le manifestó que allí se vio con el Sr. Carlos José.

Doña Mariana, (vídeo 16), manifestó que reside en Alfinach, en la misma urbanización que el matrimonio formado por los señores Matías Montserrat, y que mantuvo mucha relación con ellos, siendo muy amiga de la Sra. Montserrat, saliendo con frecuencia a cenar y haciendo viajes juntos en varias ocasiones, incluso al extranjero. Siendo su marido el padrino del menor Juan Miguel.

La Sra. Mariana manifestó que mantenía relación con los padres del Sr. Carlos José, vecinos de la urbanización, y que un día recibió la visita de la madre de don Carlos José, quien le dijo que estaba desesperada por la relación que mantenía su hijo con la Sra. Montserrat, hacía ya años, situación por la que sufría mucho. Que lo conocía por las manifestaciones de su propio hijo. Por aquellas fechas la Sra. Montserrat estaba embarazada de su hijo Carlos Jesús, y cuando la testigo le dijo que la Sra. Montserrat estaba esperando un hijo, la madre del Sr. Carlos José se puso a llorar. También le comentó que sospechaba que esos niños podrían ser sus nietos. Esta versión es mantenida, así mismo, aunque con otros matices, por don Juan Ignacio.

La Sra. Mariana también cuenta que posteriormente, antes de nacer la niña menor, una tarde acudió a la vivienda del matrimonio para entregar unas fotografías a la Sra. Montserrat y vio al Sr. Carlos José jugando con un niño, cree que Carlos Jesús, tumbado sobre una mantita, manifestándole la Sra. Montserrat, que no iba a visitar a su hijastra Verónica sino a ella. La testigo le advirtió que la situación era peligrosa, dándole a entender la Sra. Almudena que el Sr. Carlos José no estaba preparado para hacer frente a una familia.

El testigo don Rodolfo, (vídeo 8), quien manifiesta que conoce a los esposos Matías Montserrat, porque es neurocirujano y trató de un problema médico a Verónica, la hija mayor del Sr. Matías, quedando una buena relación entre ellos, estando muchas veces en su casa, visitándoles cada vez que venían a Valencia. Afirma que presenció una anécdota, pues cuando llegaron al domicilio del matrimonio Matías Montserrat, la demandada le preguntó a quien se parecían las tres hijas y el testigo contestó respecto de la tercera de sus hijas, que se parecía a las abuelas materna y paterna, y la demandada dijo, dirigiéndose a su madre, que sus hijos también se parecían a los abuelos y, en ese momento, la madre de la Sra. Montserrat se puso muy tensa negándose a acompañarles, viviendo una situación desagradable.

El testigo don Constantino, (vídeo 8) también depuso como testigo, y manifestó haber presenciado una conversación entre el Sr. Matías y dos primas suyas que estaban empleadas en el domicilio del demandante como integrantes del servicio doméstico, reunión celebrada a instancias del Sr. Matías al conocer la infidelidad de su esposa. Sus primas manifestaron en su presencia, que el Sr. Carlos José llegaba a jugar con los niños y los bañaba.

Igualmente corroboran el conocimiento por parte del Sr. Carlos José de su paternidad las manifestaciones de don Luis Pedro que trabajaba como vigilante jurado en el inmueble donde radica la vivienda del padre del Sr. Carlos José, y manifiesta que le dijo que era padre.

Al testimonio de estas personas debemos añadir la prueba documental aportada, en la que la demandada, tras comunicarle que el Sr. Almudena había efectuado unas pruebas de paternidad y cual había sido el resultado suscribe, con fecha 19 de octubre de 2002, un documento en el que reconoce la no-paternidad del Sr. Almudena respecto de los hijos menores, Juan Miguel, Carlos Jesús y Almudena, y ya hace constar, pese a que no se habían realizado las pruebas de paternidad a su instancia, que <<el padre biológico de los citados es Don Carlos José >>.-

También consta en autos que, antes de conocer el resultado de las pruebas, matriculó o inscribió a los menores en el Colegio British School of Vila-Real con los apellidos Gema.

La prueba documental y la testifical ponen de manifiesto que en ningún momento la Sra. Montserrat y el Sr. Carlos José dudaron de las manifestaciones del Sr. Almudena, de las que tuvieron noticias por medio del Sr. Carlos María, (cuñado del Sr. Matías) sobre el resultado de las pruebas biológicas, ni la demandada exigió su comprobación por nuevas pruebas, puesto que conocían la verdadera identidad del padre.

Por todo lo expuesto consideramos que doña Montserrat y don Carlos José conocieron, desde el primer momento, que los menores, Juan Miguel, Carlos Jesús y Almudena, no eran hijos del Sr. Matías, pese a



lo cual, permitieron que se inscribieran en el Registro Civil como sus hijos, y que pasaran a formar parte de su familia, con todas las obligaciones, derechos y vínculos a ello inherentes, actuación que repitieron con los tres niños y han mantenido desde 1996 hasta octubre de 2002, y en este actuar consciente, estimamos que radica el dolo de los demandados, que ha generado, al romperse el vínculo afectivo que nació entre los menores y el Sr. Matías , propio de una relación paterno-filial, un daño moral que debe ser resarcido.

Ciertamente, como invocan los demandados, y desde un punto de vista meramente formal y objetivo, sólo se ha destruido la apariencia de una paternidad biológica, pudiendo subsistir la afectiva, pero al analizar la situación generada por ellos, no podemos prescindir del normal desarrollo de las relaciones afectivas y sociales, por tanto, si bien, como mera hipótesis, podríamos sostener que pueden mantenerse, sin alteración alguna las relaciones del Sr. Matías con los menores, la realidad nos lleva a la conclusión contraria, a la imposibilidad psicológica y social de que ello ocurra, al menos, hasta que por todos los implicados, incluso los menores, superen el impacto emocional que la situación ha generado, pero que no alteraría el ya padecido.

Frente a la existencia de este daño moral, los dos demandados y apelantes esgrimen la ausencia de arraigo familiar del demandante, tanto en la época de convivencia como tras la separación, y su desatención total a los menores, extremos que no podemos estimar probados porque si bien los hijos menores no pueden manifestar si existió dicho abandono afectivo y desarraigo del Sr. Matías , de las pruebas practicadas se desprenden elementos suficientes para estimar que no fue así.

Las manifestaciones del pediatra, don Carlos Antonio , de don Ángel , padre de unos amigos de los niños y que iban al mismo colegio, de doña Rosa , ex-cuñada del Sr. Matías , revelan, que era la madre la que se ocupaba directamente de los menores, pero que ello no excluía que el padre también se ocupara de la salud de los menores o de sus actividades escolares, situación normal y habitual en los supuestos en que uno de los progenitores, habitualmente la madre, decide permanecer en el hogar atendiendo a las necesidades de la familia, asumiendo directamente tales tareas, lo que no implica que el otro progenitor, habitualmente el padre, se desentienda de la vida familiar y de los problemas de los hijos. Extremos también corroborados por la prueba documental-fotográfica aportada.

A ello debemos añadir, que tal relación afectiva no estimamos desapareciera por la separación matrimonial, dado que es habitual, cuando los niños son de corta edad, que queden bajo el cuidado de la madre, sobre todo, cuando ella puede permanecer en su compañía de forma permanente. Además, continuaron ocupando la vivienda conyugal incluso después de la sentencia de separación, para poder trasladarse a la nueva vivienda cuando comenzaran las vacaciones escolares, y la vivienda que pasaron a ocupar estaba en la misma urbanización, es decir, próxima a la del Sr. Matías .

Ciertamente, varios testigos que han depuesto a instancias de la Sra. Montserrat han manifestado que la vivienda a la que se mudó con sus hijos no reunía las condiciones adecuadas de mobiliario, etc., pero no consta que ello fuera imputable al Sr. Matías , puesto que la vivienda se adquirió en marzo de 2002 y el demandante prestó a la demandada dinero el día 5 de junio de 2002, 6.010 Euros, para amueblar la vivienda.

Si bien, de forma indirecta, a igual conclusión llegamos por el resto de las manifestaciones de los testigos, quienes sostienen que el trato del Sr. Matías con su esposa e hijos siempre fue correcto, tanto en el aspecto personal como económico, pues ella podía disponer en todas las cuentas bancarias y era beneficiaria de los seguros de vida. Igualmente consta que todos disfrutaban de una alta posición social, y que en las tareas domésticas y de cuidado de los hijos, trabajos que asumió la demandada plenamente al no desarrollar una actividad laboral remunerada fuera del hogar, estaba asistida de empleadas del servicio doméstico, en algunas épocas por una persona y en otras por dos.

Por el contrario, no consta que la Sra. Montserrat , debido al trato que el Sr. Matías le dispensaba a ella o a los niños, pretendiera separarse o romper su vínculo matrimonial, pues la ruptura se llevó a cabo a instancias del Sr. Matías .

Todas estas consideraciones nos llevan a rechazar los alegatos de los demandados relativos a la falta de afecto y arraigo familiar del Sr. Matías y, por tanto, a que la ruptura del vínculo afectivo no le originase ningún daño moral.

OCTAVO: Llegados a este punto, estimado probado que los demandados actuaron de forma negligente en la concepción de los hijos y dolosa en su ocultación al actor, y que el posterior conocimiento de la verdad ha sido el desencadenante de un daño al actor que debe ser resarcido, estimamos adecuado realizar un examen sobre la consideración del daño moral, a los efectos de determinar si la situación vivida por el demandante puede encuadrarse en dicho concepto.

Sobre esta materia consideramos necesario hacer hincapié en la doctrina emanada del Tribunal Supremo, entre otras en la sentencia de 9 de diciembre de 2003 , en la que se indica: <<Nuestro Código civil no



contempla la indemnización por daños morales, si bien su artículo 1107 impone el resarcimiento de "todos" y ha sido la jurisprudencia casacional civil, que se invoca infringida en el motivo segundo -que ha de estudiarse conjuntamente con el tercero por infracción de los artículos 1101 y 1106 del Código Civil - la que ha ido elaborando doctrina continuada y progresiva sobre su procedencia ya desde las antiguas sentencias de 6-12-1912 y de 19 de diciembre de 1949, declarando que si bien su valoración no puede obtenerse de pruebas directas y objetivas, no por ello se ata a los Tribunales y se les imposibilita legalmente para poder fijar su cuantificación, cuando efectivamente han concurrido ( Sentencias de 3-6-1991; 3-11-1995; 21-10-1996 y 19-10-2000 ) y a tales efectos 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 sustantiva para referirlo a dolor inferido, sufrimiento, tristeza, desazón o inquietud que afecta a la persona que lo padece.>>

También se analiza la materia en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2001, cuando nos dice: <<SEXTO.- En torno al Daño Moral existe ya un campo de doctrina y jurisprudencia que lo integra por todas aquellas manifestaciones psicológicas que padece o sufre el perjudicado -o persona allegada al mismo por vínculos afectivos o parentales-, por el acaecimiento de una conducta ilícita, y que por su naturaleza u ontología, no son traducibles en la esfera económica; en un intento de aproximación, y al amparo de una jurisprudencia que ha tratado progresivamente en acotar esas líneas integradoras: "...lo importante es que se demuestre o pruebe la realidad de tales daños tanto económicos como morales; y esta Sala ( Sentencia T.S. de 22 de mayo de 1995 ) no tiene sino que resaltar el acierto de sustantivar "nominatim" el Tribunal "a quo" para integrar la siempre dificultosa noción del daño moral en materia de una deficiente asistencia sanitaria, no sólo en el pacífico y singular evento o contingencia de siempre acontecida del sufrimiento o dolor inferido al paciente, sino en la denominada zozobra como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre por la que aquélla mala asistencia depara al enfermo al percibir por todo ello tanto que su mal no se le ataja o se le trata con la debida terapia, sino lo que más le desazona, que esa irregularidad intensificará aún más en el futuro la gravedad de su dolencia...".

Y puede en esa línea entenderse como daño moral, en su integración negativa toda aquella detracción que sufre el perjudicado damnificado y que supone una inmisión perturbadora de su personalidad que, por naturaleza, no cabe incluir, en los daños materiales porque éstos son aprehensibles por su propia caracterización y, por lo tanto, traducibles en su "quantum económico, sin que sea preciso ejemplarizar el concepto; tampoco pueden entenderse dentro de la categoría de los daños corporales, porque éstos por su propio carácter, son perfectamente sensibles, y también, por una técnica de acoplamiento sociocultural, traducibles en lo económico [...].

En cuanto a su integración positiva, hay que afirmar -siguiendo esa jurisprudencia-, que por daños morales habrá de entenderse categorías anidadas en la esfera del intimismo de la persona, y que, por ontología, no es posible emerjan al exterior, aunque sea factible que, habida cuenta la ocurrencia de los hechos (en definitiva, la conducta ilícita del autor responsable) se puede captar la esencia de dicho daño moral, incluso, por el seguimiento empírico de las reacciones, voliciones, sentimientos o instintos que cualquier persona puede padecer al haber sido víctima de una conducta transgresora fundamento posterior de su reclamación por daños morales. En esta idea cabe comprender aspectos tan difusos para su perceptibilidad jurídica, pero, sin lugar a dudas, de general acaecimiento y comprensión dentro del medio social, los siguientes:

1º) Toda la gama de sufrimientos y dolores físicos o psíquicos que haya padecido la víctima a consecuencia del hecho ilícito, (o hasta haber sido víctima de un ataque a su prestigio y reputación artística como en el caso enjuiciado por la Sentencia 21 de octubre de 1996 ); si por las características de la gravedad de la lesión, con su residuo de secuelas vitalicias, se origina un componente de desquiciamiento mental en el así lesionado, también es posible que ello integre ese daño moral.

Se podría intentar una línea de aproximación de supuestos fácticos, pero puede ser suficiente, que así como es comprensible la existencia de ese dolor físico en quien ha padecido cualquier tipo de mutilación o lesión corporal en su organismo, el dolor psíquico puede ser también relevante por ejemplo esa lesión corporal afectó cualquier elemento facial del cuerpo del dañado que, a su vez, produzca cualquier deformidad en sus aspectos estéticos más sobresalientes; déficit pues que le depare a la víctima dolor o desazón al verse privado en el futuro de una fisonomía corporal normal y análoga a la que antes ostentaba. ( SS. 22 mayo y 13 de noviembre de 1995 ).



2º) Puede ser también aspecto integrador de ese daño moral, 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, o por la situación deficitaria o de auténtica orfandad en que pueden quedar ciertas personas por las lesiones por la muerte de sus parientes más cercanos, por ejemplo, en el supuesto de una relación parental intensa, la pérdida del padre con respecto a los hijos, o a la inversa y demás parientes, o incluso, a veces, por relaciones de propia amistad o convivencia, o cuando dichas personas conviven tan estrechamente que se crean lazos pseudo-parentales; ahora bien, se puntualiza que en la integración de este daño moral, lo que se trata de incorporar a este concepto no son las privaciones materiales o alimenticias que, a consecuencia de dichas lesiones o muerte, pueden padecer las personas o supervivientes que estuviesen bajo la tutela, custodia o el estipendio económico del lesionado o fallecido, porque obvio es, que tales contingencias se ubicarán dentro del campo de los daños corporales en general, o materiales en su modalidad de perjuicios; y es que lo que se pretende sustantivar como daño moral es el dolor inferido o el sufrimiento, tristeza, angustia o soledad padecida por las personas que ante ese hecho ilícito, se ven privadas de la vida de esos seres tan allegados y con lazos tan intensos.

Cierto es que tanto en un aspecto como en otro, el problema del daño moral transitará hacia la realidad económica de la responsabilidad civil, por lo que habrá de ser -en lo posible- objeto de la debida probanza, demostración o acreditamiento por parte del perjudicado, aclarándose, ante la posible equivocidad derivada del anterior estudio, que si bien dentro del campo en que se subsume este daño moral, inicialmente, en la responsabilidad extracontractual, la carga de la prueba incumbe al dañador o causante del ilícito, que ha de acreditar su conducta exonerativa o que el ilícito no se ha producido por una conducta responsable, no debe olvidarse que en tema de daños y como criterio general rige que la carga de la prueba en concreto, en cuanto a su ocurrencia y cuantificación, incumbe siempre a la persona que pretende su resarcimiento, esto es, que tanto en una responsabilidad como en otra, la existencia del daño y su cuantía habrán de demostrarse de forma indiscutible o indubitada por la persona que reclama la correspondiente responsabilidad y resarcimiento; por tanto, dentro del daño moral será justamente la víctima quien acredite, o por lo menos, exponga o exteriorice la realidad de todos estos conceptos que han integrado el instituto: ese sufrimiento, ese dolor, esa zozobra, esa inquietud, esa desazón, esa ruptura de lazos afectivos, esa soledad, esa orfandad; y sin ubicar estas sensaciones dotadas de un intimismo indiscutible, de la suficiente cobertura jurídica para, incluso, con apoyo en una especie de estadística sociológica, poder cimentar su integración tangible en la responsabilidad de este vaporoso y discutible daño. Se decía al punto, entre otras, en Sentencia 21 de octubre de 1996 : "...Si bien es cierto que el precepto civil 1106 C.c., establece la forma normativa para regular los daños y perjuicios de condición exclusivamente material, no lo es menos ante la concurrencia de efectivos daños de no apreciación tangible -los llamados daños morales-, cuya valoración no puede obtenerse de una prueba objetiva, habiendo resuelto la jurisprudencia de esta Sala (desde la antigua S. 19-12-49 y posteriores de 22-4-83, 25-6-84, 3-6-91, 27-7-94 y 3-11-95, entre otras), que su cuantificación puede ser establecida por los Tribunales de Justicia teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes...">>.

NOVENO: En el presente caso, como así hace la sentencia de instancia, estimamos acreditado la producción de un daño moral, y para ello tomamos en consideración las manifestaciones de don David , psicólogo que trató al matrimonio en el año 2000, desde abril hasta septiembre, como consecuencia de una crisis conyugal pero advirtiendo <<que ambos cónyuges evidenciaban competencias en sus desarrollos personales para situar el ámbito de sus respuestas comportamentales dentro de la normalidad y por lo tanto de la libre opción>> por lo que excluyó una intervención terapéutica.

Posteriormente, en mayo de 2002, volvió a atender a don Matías , aquejado de un cuadro clínico compatible con "trastorno por estrés postraumático" como consecuencia de conocer la infidelidad de su esposa y ante la consecuencia, vivida como obsesiva, que la infidelidad pudiera tener sobre la paternidad de alguno de sus hijos, y que al ir agravándose esta situación le orientó a recibir tratamiento psiquiátrico. Al conocer la no-paternidad de tres de sus hijos, el 15 de octubre, desarrolló un cuadro de Trastorno por estrés agudo.

Este diagnóstico ha sido ratificado en la vista oral por don David .

También ha emitido su diagnóstico, que ha sido ratificado en la vista oral, don Jose Francisco , doctor en medicina y psiquiatra, haciendo constar que la primera visita se produjo en febrero de 2002; que durante los primeros meses posteriores al conocimiento de la infidelidad vive una experiencia <<límite, una vivencia poblada de un sufrimiento extremo con ansiedad, desasosiego, dudas [...] aparecen una serie de ideas y pensamientos fijos que cursan con gran ansiedad y un fondo depresivo>> y deterioro físico.



En octubre de 2002, cuando confirma que ninguno de los tres hijos menores es de él, se <<potencia otro estado depresivo más agudo que el vivido con anterioridad y donde se plantea seriamente el suicidio>>, aumentando su deterioro físico.

Y, concreta, que <<después del informe sobre la paternidad se instaura en el paciente un nuevo síndrome>>, de trastorno de Estrés Agudo, que se ha cronificado, superando la duración de cuatro semanas y dando lugar a la aparición de un Trastorno por Estrés Postraumático de Naturaleza Crónica.

Partiendo de estos dos informes, corroborados por el diagnóstico de doña Lourdes , estimamos que ha quedado probado el padecimiento que ha sufrido el demandante como consecuencia del conocimiento de la no-paternidad de los 3 menores que creía sus hijos, y la pérdida de su contacto, y de los lazos afectivos que mantenía con ellos, que según todos los facultativos que han depuesto, genera un sufrimiento que puede ser superior al de la muerte de los menores al no poder elaborar el duelo como respuesta a la pérdida sufrida.

Frente a estas manifestaciones, obra en autos el testimonio de don Ángel Jesús y doña Consuelo , quienes niegan la entidad de las afecciones psicológicas sufridas por el Sr. Matías , pero admiten que no le han sometido a ningún tipo de pruebas, limitándose a criticar los informes incorporados a las actuaciones.

A todo ellos debemos añadir que, la parte demandada, pese a conocer los tres informes obrantes en autos, de quienes han tratado profesionalmente al demandante, no han solicitado que se someta, durante el procedimiento, a pruebas psiquiátricas para determinar la verdadera y real afección.

Por todo lo cual, y siendo cierto que existen discrepancias entre los distintos expertos que han depuesto sobre la denominación de la afección psicológica del Sr. Matías , y su entidad, en nuestra opinión, tras el examen de todos los informes, llegamos a la conclusión que ha existido una dolencia que ha sido muy grave, con riesgo para su vida, por sus ideas de suicidio, y todo generado, no por la separación matrimonial, sino por la pérdida de los que consideraba sus hijos, con una entidad semejante a la de la pérdida física de éstos.

Frente a esto, estimamos que la manifestación externa de las dolencias psicológicas, y la capacidad de recuperación del demandante, no puede restar importancia a sus padecimientos psicológicos que, según los expertos que han depuesto, han existido y subsisten y son graves.

Por todo ello consideramos que la indemnización concedida por la sentencia de instancia debe incrementarse, porque a la negligencia propia de engendrar a los tres hijos, que así reconoce la sentencia de instancia, hay que sumar el dolo en el ocultamiento de la paternidad verdadera al actor, por ello fijamos como indemnización la suma de 100.000.- Euros, que deberán satisfacer, solidariamente, ambos demandados, pues el dolo en el ocultamiento de la no-paternidad, puede ser reprochable moralmente, en mayor medida a la que era su esposa, pero jurídicamente lo es a los dos por igual.

Y, determinamos esta suma porque, como afirma la sentencia, los padecimientos del demandante, no pueden imputarse solo al descubrimiento de su no-paternidad sino, en gran medida, al conocimiento de la infidelidad de su esposa, siendo el acontecimiento que ahora analizamos el que determina el agravamiento de sus dolencias anteriores.

Todo ello, aceptando las dificultades que entraña la valoración de un daño moral con graves repercusiones física y psicológicas.

DÉCIMO: Respecto del resto de las cantidades reclamadas, no estimamos acreditado la existencia de dolencias físicas, independientes de las derivadas de su padecimiento psicológico, del estrés postraumático, dado que no se ha aportado a autos ningún informe médico que verse, de forma específica sobre tales extremos.

Por lo que a los daños morales derivados del deterioro de su fama, honor, intimidad y prestigio profesional, estimamos, que si bien puede ser cierto que su no-paternidad fuera un hecho conocido y comentado en los círculos sociales y profesionales en los que se desenvolvía el demandante, no podemos considerar acreditado que tales hechos hayan afectado, en la realidad, a su honor, fama o reputación personal o profesional, pues no son susceptibles de dañar al buen nombre, o a la consideración que las demás personas puedan tener de él, sin perjuicio de que su estado psicológico le hay impedido llevar una vida personal y social similar a la que desarrollaba con anterioridad.

Por lo que a los daños patrimoniales se refiere, estimamos acertada la decisión de la juzgadora de instancia, dado que los alimentos de los hijos, no pueden ser objeto de restitución, ni aún respecto del Sr. Carlos José . A los razonamientos de la sentencia de instancia debemos añadir, que si bien el matrimonio Matías Montserrat , se regían por el régimen de separación absoluta de bienes, la demandada carecía de todo tipo de ingresos o rentas, siendo el Sr. Matías quien atendía a todas las necesidades de la familia. Por ello, si bien estimamos que el supuesto regulado en el artículo 1362 del Código Civil no es directamente aplicable, sí que entre dicho



precepto y la situación real vivida en el seno de esta familia Matías Montserrat existe una identidad de razón, por ello consideramos que la alimentación y educación de los hijos de uno sólo de los cónyuges, que convivían en el hogar familiar, correría a cargo de la economía doméstica, en el presente caso, del dinero que aportaba el Sr. Matías para el sostén de la familia, en el ámbito del deber conyugal de ayuda y socorro mutuo. Todo ello sin perjuicio de las acciones que correspondan al demandante en virtud del reconocimiento de deuda suscrito por la Sra. Montserrat .

También estimamos, que no procede resarcir al demandante de los gastos ocasionados por las pruebas biológicas de paternidad dado que los mismos no eran necesarios para este procedimiento, en todo caso, lo serían, para el de impugnación de la paternidad, corroborando los razonamientos de la sentencia de instancia.

DECIMOPRIMERO: Si bien hemos considerado que la concepción de los tres hijos por los demandados ha de considerarse un hecho negligente, y que el ocultamiento de la paternidad biológica al demandante es un hecho doloso, al carecer nuestro ordenamiento jurídico de normas específicas que regulen el nacimiento de la responsabilidad en estos supuestos, compartimos el criterio de la juzgadora de instancia, y que también recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1999 , cuando nos dice que la aplicación del artículo 1902 puede originar una reparación del daño causado que puede hacerse extensiva al doble ámbito patrimonial y moral, y que los perjuicios que reclama el actor deben ser resarcidos al amparo de este precepto.

DECIMOSEGUNDO: Por todo lo expuesto debemos concluir con la estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por don Matías y la desestimación de interpuesto por doña Montserrat y el formulado por don Carlos José .

En materia de costas, como se estima en parte la demanda, se estima en parte uno de los tres recursos formulados, y dada la complejidad de la materia sometida a la consideración de esta Sala que genera serias dudas de derecho, debemos concluir no haciendo expresa condena al pago de las costas generadas en ninguna de las dos instancias, según permiten los artículo 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 .

Al estimarse en parte el recurso, la cantidad indemnizatoria fijada devengará los intereses que establece el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 desde la fecha de la presente resolución.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

#### **FALLAMOS :**

Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación de don Matías contra la Sentencia de fecha 24 de abril de 2004 dictada en los autos número 1076/03 por el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Valencia , resolución que revocamos en el pronunciamiento relativo a la indemnización a percibir por el demandante que ciframos en 100.000.- Euros. Esta cantidad devengará los intereses legales correspondientes desde la fecha de la presente resolución.

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por doña Montserrat .

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por don Carlos José .

No hacemos expresa condena al pago de las costas causadas en ambas instancias.

Y a su tiempo, devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia para su ejecución y debido cumplimiento.

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

PUBLICACION.- Doy fe: Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilma. Sra. Magistrada Ponente estando celebrando audiencia pública la Sección Séptima de la Ilma. Audiencia Provincial, en el mismo día de su fecha. Valencia a dos de noviembre de dos mil cuatro.