



Roj: **STS 3700/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3700**

Id Cendoj: **28079119912018100032**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **13/11/2018**

Nº de Recurso: **3275/2017**

Nº de Resolución: **629/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CA 807/2017,**  
**STS 3700/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **PLENO**

#### **Sentencia núm. 629/2018**

Fecha de sentencia: 13/11/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3275/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/09/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE CÁDIZ SECCIÓN N. 5

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: AAV

Nota:

CASACIÓN núm.: 3275/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **PLENO**

#### **Sentencia núm. 629/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. José Antonio Seijas Quintana



D. Antonio Salas Carceller  
D. Francisco Javier Arroyo Fiestas  
D. Ignacio Sancho Gargallo  
D. Francisco Javier Orduña Moreno  
D. Rafael Sarazá Jimena  
D. Eduardo Baena Ruiz  
D. Pedro José Vela Torres  
D.ª M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 13 de noviembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por doña Juliana , representada por el procurador don Javier Campal Crespo, bajo la dirección letrada de doña M.ª Salud Luna Rodríguez , contra la sentencia dictada con fecha 13 de junio de 2017 por la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Cádiz en los autos de juicio ordinario n.º 561/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de DIRECCION004 . Ha sido parte recurrida don Marino , representado por el procurador don Francisco Fernández Rosa, bajo la dirección letrada de don Jesús Salido Valle.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-1.º-** El procurador don Manuel Azcarate Goded, en nombre y representación de don Marino , interpuso demanda de juicio declarativo ordinario, contra doña Juliana y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

"Para el caso de que se desestime el recurso de apelación ensayado de contrario contra el auto de fecha 18 de abril de 2011 dictado en el seno de los autos de ejecución forzosa n.º 116/2009 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de DIRECCION004 , se interesa la condena de la Sra. Juliana a:

"A. A abonar a mi mandante la suma de 19.226,51 € por las pensiones abonadas por el Sr. Marino a favor del menor Raúl en el periodo comprendido entre septiembre de 2.001 a junio de 2.009.

"B. A abonar a mi mandante la suma de 10.667,13 € por las pensiones abonadas por mi éste a favor del menor Raúl en el periodo comprendido entre julio de 2.003 a mayo de 2.013.

"C. A abono de la suma que se determine en ejecución de sentencia correspondientes a las cantidades que se devenguen desde el mes de junio de 2.013 hasta la fecha en que adquiera firmeza la sentencia que se habrá de dictar en los autos de modificación de medidas n.º 642/2012 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de esta ciudad.

"D. A abonar a mi mandante la suma de 522,88 € correspondientes al 50% de los gastos sufragados por el Sr. Marino para la realización de las pruebas de paternidad.

"E. A abonar a mi representado la suma de 70.000,00 € en concepto de daños morales y psicológicos irrogados por la demandada al Sr. Marino .

"F. Al abono de los intereses que devenguen las cantidades expresas anteriormente desde la fecha de presentación de la demanda.

"G. Al pago de las costas procesales causadas.

" ALTERNATIVA B.

"Para el caso de que se desestime el recurso de apelación ensayado de contrario contra el auto de fecha 18 de abril de 2.011 dictado en el seno de los autos de ejecución forzosa n.º 116/2009 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de DIRECCION004 , se interesa la condena de la Sra. Juliana a:

"A. Abonar a mi mandante la suma de 35.304,37€ por las pensiones abonadas por el Sr. Marino a favor del menor Raúl en el periodo comprendido entre septiembre de 2.001 a junio de 2.009.

"B. Abonar a mi mandante la suma de 10.667,13€ por las pensiones abonadas por el Sr. Marino a favor del menor Raúl en el periodo comprendido entre julio de 2.003 a mayo de 2.013.



"C. Al abono de la suma que se determine en ejecución de sentencia correspondientes a las cantidades que se devenguen desde el mes de junio de 2.013 hasta la fecha en que adquiera firmeza la sentencia que se habrá de dictar en los autos de modificación de medidas nº 642/2012 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de esta ciudad.

"D. A abonar a mi mandante la suma de 522,88 euros correspondientes al 50% de los gastos sufragados por el Sr. Marino para la realización de las pruebas de paternidad.

"E. A abonar a mi representado la suma de 70.000,00 euros en concepto de daños morales y psicológicos irrogados por la demandada al Sr. Marino .

"F. A abonar de los intereses que devenguen las cantidades expresadas anteriormente desde la fecha de presentación de la demanda.

"G . Al pago de las costas procesales causadas".

2.º- La procuradora doña María Dolores Sánchez Zambrano, en nombre y representación de doña Juliana , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

"se desestime íntegramente la demanda presentada de contrario con la expresa condena en costas a la parte actora".

**SEGUNDO.-** Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de DIRECCION004 , dictó sentencia con fecha 3 de mayo de 2015 cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

"que estimando la excepción de prescripción alegada, debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda interpuesta por el procurador don Manuel Azcarate Coded en nombre y representación de don Marino contra doña Juliana , correspondiéndole a la actora al pago de las costas del procedimiento".

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Marino . La Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, dictó sentencia con fecha 13 de junio de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Marino , contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de los de DIRECCION004 en los autos de que este rollo trae causa, debemos, revocar y revocamos íntegramente la misma, y en su consecuencia y estimando parcialmente, la demanda interpuesta por el citado D. Marino contra D.ª Juliana , debemos acordar y acordamos condenar a la misma a abonar al actor las, siguientes cantidades:

"1.º La cantidad de 45.971,56 euros por las pensiones alimenticias abonadas hasta el mes de mayo del 2013.

"2.º Asimismo deberá abonar la cantidad que se acreditará en ejecución de sentencia correspondiente a dicha pensión alimenticia del menor, que aparecía como su hijo, desde Junio del 2013 hasta que adquiera firmeza la sentencia de Modificación de Medidas, dictada. en los autos 642/12 del Juzgado de 1.ª Instancia de DIRECCION004 n.º 2.

"3.º Abonará asimismo como gastos la cantidad de 522,88 €.

"4.º Por daños morales abonará la cantidad de 15.000 €.

"5.º Se absuelve a la demandada, del resto de las pretensiones contra ella deducidas, todo ello sin hacer imposición de costas en ambas instancias, acordando la devolución del depósito constituido".

**CUARTO.-** Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación de doña Juliana con apoyo en los siguientes: Motivos:

Primero.- Infracción de los artículos 1968.2. y 1969 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el computo del plazo de prescripción de la acción ejercitada de responsabilidad civil extracontractual fundada en el art. 1902 CC.

Segundo.- Infracción del art. 1902 del Código Civil y de la jurisprudencia del Tribunal, Supremo que exige una conducta dolosa en la demandada para apreciar culpa extracontractual en las relaciones familiares, y jurisprudencia contradictoria de las Audiencia Provinciales.

Tercero.- Vulneración del art. 1902 del Código Civil y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la inexistencia de culpa extracontractual que determine la responsabilidad de la demandada y por tanto la



restitución de lo indebidamente cobrado en concepto de alimentos y jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

Cuarto.- Vulneración del art. 1902 del Código Civil y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la inexistencia de culpa extracontractual que determine la responsabilidad de la demandada y por tanto las acciones indemnizatorias por daño moral y psicológico y jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

**QUINTO.-** Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 31 de enero de 2018, se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

**SEXTO.-** Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador Francisco Fernández Rosa, en nombre y representación de don Marino, presentó escrito de impugnación al mismo.

**SÉPTIMO.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 30 de junio de 2018, se señaló para Pleno de la Sala el día 19 de septiembre y se continuó la deliberación el día 10 de octubre del presente.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Los antecedentes del caso son los siguientes:

1. Don Marino estaba casado con Doña Juliana. Durante la vigencia del matrimonio nacieron tres hijos llamados Inocencio, Raúl y Javier, nacidos los días NUM000 de 1992, NUM001 de 1994 y NUM002 de 1997. Por sentencia de 28 de junio de 2009, dictada en autos de divorcio, se decretó el divorcio con las medidas pertinentes, entre otras una prestación de alimentos en favor de los tres hijos de 700 euros mensuales y el pago por mitad del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda. Con anterioridad a la sentencia de divorcio ambos cónyuges se habían separado por sentencia de 1 de septiembre de 2001, en la que se aprobó un convenio regulador y se puso a cargo del padre, en concepto de alimentos a los tres hijos, el 45% de los haberes líquidos que pudiera percibir.

2. Tras un proceso de filiación, en el que se declaró la no paternidad de don Marino respecto del que había venido considerando como hijo suyo, Raúl, nacido el NUM001 de 1994, formuló una demanda frente a quien había sido su esposa, para reclamarle: a) 35.304,37 euros en concepto de pensiones de alimentos abonados a su hijo, en virtud de sentencias, primero de separación y luego de divorcio; b) la mitad de los gastos abonados para la determinación de la paternidad, y c) 70.000 euros en concepto de daños morales.

3. La parte demandada se opuso a tales pretensiones y planteó la excepción de prescripción de la acción de conformidad con el art. 1968.2 CC, que fue estimada por el Juzgado con el argumento de que había transcurrido más de un año desde que el actor supo que el menor Raúl no era su hijo biológico, esto es en el año 2008, fecha en la cual se interpuso la pertinente demanda sobre impugnación de la paternidad, y la presentación de la papeleta de conciliación, el 9 de noviembre de 2011, no siendo hasta el 13 de junio de 2013 cuando se presenta la demanda.

4. Formulado recurso de apelación por el actor, la Audiencia Provincial estimó el recurso y en parte la demanda:

(i) En primer lugar, considera que la acción no está prescrita, pues el plazo debe computarse desde que lo supo el agraviado, y ese momento se concreta cuando adquirió firmeza la sentencia en el procedimiento de filiación -9 de noviembre de 2010-, y posterior inscripción registral. Instado acto de conciliación el 9 de noviembre de 2011, la prescripción se interrumpió hasta la celebración de dicho acto -13 de junio de 2012-, por lo que al presentarse la demanda el 13 de junio de 2013, la acción ejercitada no estaba prescrita.

(ii) En segundo lugar, concluye que, acreditada la falta de paternidad por parte del actor, se ha producido una ocultación dolosa al marido con el propósito de beneficiarse de las cantidades que tenía obligación de abonar en concepto de alimentos, lo que determina que se deban devolver aquellos que pagó y que se le indemnice en 15.000 euros por los daños morales ocasionados ("dada la situación de clara frustración y desasosiego de quien durante mucho tiempo ha tenido relación, contacto y cariño con quien pensaba que era su hijo, para luego enterarse que se trataba de un hijo ajeno", lo que le habría influido hasta el punto de haber estado de baja por daños psicológicos).

5. La progenitora del menor ha interpuesto recurso de casación fundado en cuatro motivos:

(i) El primero se formula por infracción de los arts. 1968.2 y 1969 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial sobre el cómputo del plazo de prescripción, por entender que este debe iniciarse en el momento en que el actor supo que Raúl no era su hijo con los resultados del estudio genético al que se habría sometido privadamente en



el año 2008, y luego en el juicio de filiación donde se practicó una segunda prueba de paternidad en el Instituto Nacional de Toxicología de DIRECCION005, con fecha de 17 de agosto de 2010, fecha en la que nuevamente conoció que el menor no era hijo suyo, no siendo hasta el 9 de noviembre de 2011 cuando se interpuso la papeleta de conciliación y posteriormente, el día 13 de junio de 2013, cuando se formuló la demanda de la que trae causa el presente recurso.

(ii) El segundo por infracción del art. 1902 del Código Civil. Considera que no ha existido dolo por parte de la demandada, pues ésta tuvo conocimiento en el proceso de filiación, a resultas de la prueba biológica realizada, de que el segundo de los tres hijos biológicos habido constante el matrimonio no era de su marido, por lo que no habría existido engaño u ocultación y porque, en definitiva, la infidelidad que dio lugar al nacimiento del hijo no sería como tal indemnizable.

(iii) El tercero por infracción del art. 1902 Código Civil y de la jurisprudencia de esta sala sobre la inexistencia de culpa extracontractual que determine la responsabilidad de la demandada y, por tanto, la restitución de lo indebidamente cobrado en concepto de alimentos.

(iv) El cuarto por infracción del art. 1902 Código Civil y de la jurisprudencia de esta sala sobre la inexistencia de culpa extracontractual que determine la responsabilidad de la demandada y, por tanto, de las acciones indemnizatorias por daño moral y psicológico.

Para justificar el interés casacional cita, entre otras, las sentencias de esta sala del TS de 22 y 30 de julio de 1999, interpretada la primera de ellas, *a sensu contrario*, en el sentido de que sería precisa la concurrencia de una conducta dolosa para el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual en el supuesto enjuiciado, que es negada por la parte.

**SEGUNDO.-** El primer motivo, sobre prescripción de la acción formulada, se desestima. Es reiterada y pacífica doctrina de esta sala que la fijación de *dies a quo*, para computar el plazo prescriptivo de la acción, ha de determinarla el juez de instancia con arreglo a las normas de la sana crítica, siendo doctrina también reiterada que la determinación de este día inicial es función que corresponde en principio a la sala de instancia, y que su decisión al respecto, estrechamente ligada a la apreciación de los hechos, es cuestión perteneciente al juicio fáctico, no revisable en casación.

Es cierto, y también se ha dicho ( sentencias 6/2015, 13 de enero, 29/2015, 2 de febrero, 116/2015, 3 de marzo, entre otras), que el hecho de que la apreciación de la prescripción presente, junto al aspecto fáctico, una dimensión jurídica, ha permitido a esta sala revisar en algún caso la decisión de instancia por razones de correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables.

En la demanda se ejercitó una acción para exigir el cumplimiento de las acciones que nacen de culpa extracontractual, sujeta a la prescripción de un año, según el artículo 1968,2 del Código Civil, por lo que el problema se resuelve a partir del artículo 1902 del Código Civil. Y se resuelve en la forma que lo ha hecho la sentencia recurrida, y no como pretende la recurrente remitiendo el *dies a quo* al conocimiento que el demandante tuvo de que el segundo de los hijos no era suyo con los resultados del estudio genético al que se sometió privadamente, momento en que, a su juicio, nace la acción, sino al momento en que cesa la presunción de paternidad por sentencia de 9 de noviembre de 2010, y se practica la inscripción, dado que de otra forma la acción ejercitada sería inoperante; plazo luego interrumpido por la conciliación, por lo que la demanda se ha formulado en plazo.

**TERCERO.-** El segundo motivo se refiere a la improcedente devolución de los alimentos abonados para el sustento de un hijo, que dejó de serlo a partir de la acción de impugnación de la filiación.

Se estima.

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

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

a) El niño nace constante la relación de matrimonio y como tal se inscribe en el registro civil, por razón de la presunción de paternidad matrimonial que establecen los artículos 113 y 116 del Código Civil, reforzada por la presunción de convivencia del artículo 69, y desde entonces se aplican las normas de protección de la familia





a través de una suerte de medidas tanto personales como patrimoniales. Entre otras las que resultan de los artículos 111 y 154 del Código Civil, una de las cuales, los alimentos, se extrae del conjunto de obligaciones que integran la patria potestad para reclamar su devolución.

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

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

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

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

**CUARTO.-** El tercer motivo presenta mayor complejidad. Lo que plantea -responsabilidad civil por daños morales en el ámbito familiar, en el concreto supuesto de ocultación de la paternidad-, no es ajeno a esta sala, que ha dictado cuatro sentencias, todas ellas desestimatorias de la pretensión indemnizatoria de daños morales (687/1999, de 22 de julio; 701/1999, de 30 de julio; 445/2009, de 14 de julio, y 404/2012, de 18 de junio), aunque sin haber llegado a fijar doctrina jurisprudencial, en algún caso por no haber sido procedente el examen de la cuestión de fondo.

Constituye, sin duda, una de las cuestiones, no solo de mayor complejidad, sino de mayor actualidad del derecho de familia, tanto en el ámbito de la doctrina científica, como en el de las Audiencias Provinciales y en el derecho comparado, con posiciones contrarias sobre la aplicación de la normativa propia de la responsabilidad civil extracontractual a las relaciones de familia, algo que hasta hace no mucho tiempo ha sido ajeno al derecho de daños, posiblemente para preservar estas relaciones y porque no era fácil, como ocurre con los alimentos, encajarla en nuestro sistema.

El motivo se va a estimar.

1. El problema ha sido abordado directamente por esta sala en las sentencias 687/1999, de 22 de julio, y 701/1999, de 30 de julio con criterios distintos. Las otras dos apreciaron la existencia de prescripción en la acción ejercitada.

En la primera de ellas se deniega la responsabilidad por no ser dolosa la conducta de la esposa, que no conoció la verdadera paternidad del hijo hasta el tiempo de la interposición de la demanda de impugnación de la filiación. Ciertamente, dice la sentencia, "los supuestos que comportan la aplicación del artículo 1902 del Texto Legal sustantivo, vienen a originar, como consecuencia de esa aplicación, una reparación por el daño causado, que puede hacerse extensiva 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 la señora".

En la segunda se sostiene, sin embargo, que "el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro, no es susceptible de reparación económica alguna, lo cual, origina la imposibilidad de atribuir al Tribunal "a quo" haber infringido, en el aspecto estudiado, los artículos 67 y 68 del Código Civil, en relación en el 1101 del mismo...", pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial conllevaría indemnización.



2. Al daño moral se ha referido también la sentencia 512/2009, de 30 de junio, dictada en un supuesto subsiguiente a la crisis matrimonial en que se condena a la madre a indemnizar el daño moral ocasionado al padre por haberle privado del contacto con su hijo, por incumplimiento de una de las obligaciones impuestas a los progenitores titulares de la patria potestad en el artículo 160 CC, lo que nada tiene que ver con lo resuelto en el presente.

3. Esta sala mantiene en lo sustancial la doctrina sentada en la sentencia 701/1999, de 30 de julio, descartando la aplicación al caso del artículo 1902 del CC, por conducta dolosa del cónyuge que ocultó al otro la paternidad de uno de los hijos, que se hace en la sentencia 687/1999, de 22 de julio.

(i) No se niega que conductas como esta sean susceptibles de causar un daño. Lo que se niega es que este daño sea indemnizable mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual, a partir de un juicio de moralidad indudablemente complejo y de consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar.

(ii) Esta solución no deja sin aplicación el sistema general de la responsabilidad civil prevista en el artículo 1902 del Código Civil ni, por supuesto, deja sin sancionar el daño generado por otra suerte de conductas propias del ámbito penal y de los derechos fundamentales. Simplemente, acota el daño indemnizable a supuestos que, en el marco de la relación de matrimonio rota por el divorcio, supuesto en el que tiene encaje el recurso formulado, no tienen su origen en el incumplimiento de los deberes propios del matrimonio, como es el deber de fidelidad del artículo 68 del Código Civil, sino en la condición de persona afectada por la acción culpable o negligente de quien lo causa.

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

(iii) Es cierto que la sentencia ha relacionado el daño no con la infidelidad matrimonial (normalmente oculta), sino con la ocultación de los efectos de la infidelidad, en este caso de un hijo que se ha tenido como tal sin serlo (los efectos pueden ser otros). Al margen de que lo que lleva a la ocultación es el incumplimiento del deber de fidelidad, razones análogas a las expuestas en relación con este incumplimiento, resultan de aplicación cuando la conducta generada causante del daño es la ocultación de la filiación.

**QUINTO.-** La estimación del recurso, conlleva lo siguiente: a) estimar en parte el recurso de apelación y dejar sin efecto la sentencia, con desestimación de demanda formulada, en lo que se refiere a la devolución de los alimentos prestados y daño moral, manteniéndola en lo demás, y b) no hacer especial declaración en cuanto a las costas de ninguna de las instancias, ni de las causadas por el recurso de casación, en correcta aplicación de los artículos 394 y 398 LEC, y dadas las dudas de derecho sobre las cuestiones planteadas.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.º-** Estimar el recurso de casación formulado por la representación legal de Doña Juliana, contra la sentencia de 13 de junio de 2017, dictada en la apelación 84//2017, de la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Cádiz.

**2.º-** Casar en parte la sentencia recurrida y dejar sin efecto los pronunciamientos de condena relativos a los alimentos del menor, Raúl, que aparecía como hijo del demandante, Don Marino, a la indemnización de daños morales, manteniéndola en todo lo demás.

**3.º-** No hacer especial declaración en cuanto a las costas de ninguna de las instancias ni de las causadas por el recurso de casación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.