



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

¿Es la ocultación de la paternidad biológica
un daño indemnizable?

Autor/es

MERCEDES TORRES MARCO

Director/es

LORETO CARMEN MATE SATUÉ

Facultad de Derecho / Universidad de Zaragoza

Año académico 2020-2021

ÍNDICE

ABREVIATURAS	3
1. INTRODUCCIÓN	4
1.1. Cuestión tratada en el TFG y modalidad del TFG escogida.....	4
1.2. Razón de elección del tema del TFG y justificación de su interés	5
1.3. Objetivos básicos de investigación a desarrollar	6
1.4. Metodología de trabajo	6
2. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES Y EL DERECHO DE DAÑOS	7
2.1. La filiación: clases, determinación y acciones de filiación.....	7
2.2. Aspectos generales sobre el Derecho de daños	16
3. EXPOSICIÓN DE LAS POSTURAS JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE DAÑOS POR OCULTACIÓN DE LA PATERNIDAD BIOLÓGICA.....	22
3.1. Fundamentos a favor del reconocimiento de daños al progenitor por ocultación de la verdadera paternidad	23
3.1.1. La ruptura del vínculo biológico	25
3.1.2. La actuación negligente de la madre	27
3.2. Fundamentos para rechazar el reconocimiento de daños por ocultación de la paternidad biológica.....	30
3.2.1. La ausencia de conducta dolosa o negligente en la actuación de la madre	31
3.2.2. La imposibilidad de considerar un daño indemnizable la manutención del hijo.....	33
3.2.3. La dificultad de considerar un daño moral la declaración de que no es un hijo biológico.....	36
3.2.4. La prescripción de la acción del artículo 1902 del Código Civil y su <i>dies a quo</i>	38
4. VALORACIÓN CRÍTICA: ¿ES LA OCULTACIÓN DE LA PATERNIDAD UN DAÑO MORAL INDEMNIZABLE?	41

4.1.	Una aproximación al concepto de daño moral.....	41
4.2.	La dificultad de cuantificar el daño moral: breve referencia	47
4.3.	La ocultación de la paternidad como un daño moral indemnizable.....	50
5.	CONCLUSIONES	56
6.	BIBLIOGRAFÍA.....	59
7.	RESOLUCIONES JUDICIALES ANALIZADAS	63

ABREVIATURAS

Art., arts.	Artículo, artículos.
ATS	Auto del Tribunal Supremo.
Cc.	Código civil.
CDFA	Código del Derecho Foral de Aragón.
CE	Constitución Española de 1978.
FJ, FFJJ	Fundamento Jurídico, Fundamentos Jurídicos.
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
LO	Ley Orgánica.
LRC	Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.
LRCSCVM	Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.
PETL	<i>Principles of European Tort Law</i> (Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil).
SAP	Sentencia Audiencia Provincial.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS, SSTS	Sentencia del Tribunal Supremo, Sentencias del Tribunal Supremo.
TFG	Trabajo Fin de Grado.
TC	Tribunal Constitucional.
TS	Tribunal Supremo.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Cuestión tratada en el TFG y modalidad del TFG escogida

En el presente trabajo, se van a estudiar los argumentos doctrinales y jurisprudenciales a favor y en contra de la indemnización de daños morales por la ocultación de la paternidad no biológica. Nuestro análisis se centrará en la conceptualización del daño moral en aras a responder a la pregunta de si la ocultación de la verdadera paternidad constituye un daño moral indemnizable.

Las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 687/1999, de 22 de julio (RJ 1999\5721) y 701/1999, de 30 de julio (RJ 1999\5726) abrieron el debate sobre la posibilidad de indemnizar el daño moral causado por ocultación de la verdadera paternidad, es decir, sobre la aplicación del Derecho de daños a las relaciones familiares. Este planteamiento acogido por un sector de la doctrina y la jurisprudencia menor ha sido rechazado por la reciente Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) 629/2018, de 13 de noviembre (RJ 2018\5158).

Esta cuestión también se ha planteado en países de nuestro entorno. Mientras que el *Derecho alemán* rechaza la utilización de las normas de responsabilidad extracontractual en el ámbito familiar porque su Derecho de familia cuenta con normas específicas que lo regulan (artículos 1359 y 1664 del Código civil alemán), en el *Derecho francés*, la existencia de algunas normas que reconocen el derecho a reparar las consecuencias dañosas derivadas del divorcio, justifica que se plantee la posibilidad de indemnizar otros daños diferentes al amparo de la cláusula general de responsabilidad del artículo 1382 de su Código civil. Del mismo modo, el *Derecho italiano* admite la aplicación de la cláusula general del artículo 2043 del Código civil italiano al ámbito familiar a partir de la Sentencia del Tribunal de Casación de 26 de mayo de 1995. Por su parte, en el *Derecho anglosajón*, se observa una progresiva admisión de estos daños, rechazando el principio de inmunidad entre los cónyuges y reconociendo legitimación a cada uno de ellos para interponer acciones contra el otro por los daños ocasionados¹.

¹ PARDILLO HERNÁNDEZ, A., «Responsabilidad civil en el ámbito familiar: indemnización por ocultación de la verdadera paternidad (Comentario a la Sentencia 629/2018, de 13 de noviembre, del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo)», en *Diario La Ley* nº 9316, 2018, p. 3 (según numeración del pdf).

Por ello, la modalidad elegida para este trabajo tiene una orientación investigadora compuesta por tres partes. En primer lugar, desde una dimensión teórica, realizaremos una revisión de la bibliografía sobre las relaciones paternofiliales y el Derecho de daños, instituciones sobre las que subyace el objeto del trabajo y que es preciso exponer con carácter previo. Seguidamente, desde una perspectiva más práctica, estudiaremos la doctrina jurisprudencial sobre la cuestión, comentando los pronunciamientos de mayor interés. Concluida esta labor, estaremos en condiciones de realizar una valoración crítica que nos lleve a posicionarnos sobre si existe un daño moral por ocultación de la paternidad.

1.2. Razón de elección del tema del TFG y justificación de su interés

La disparidad de pronunciamientos sobre la responsabilidad civil derivada de la ocultación de la paternidad ha motivado la realización de este trabajo, con la finalidad de conocer el estado de la cuestión en España mediante el estudio de la doctrina jurisprudencial sobre la materia, así como reconsiderar los planteamientos del Tribunal Supremo, pues la existencia de una pluralidad de modelos familiares en la actualidad da lugar a situaciones que escapan de dicha doctrina. Ello se debe a que, durante mucho tiempo, el fundamento de la responsabilidad extracontractual en este ámbito de las relaciones familiares se encontraba en el incumplimiento del deber de fidelidad, que no encaja con los principios del actual Derecho de Familia ni con la función eminentemente resarcitoria de nuestro Derecho de daños.

Asimismo, el aumento de demandas en la materia viene motivado, por un lado, por la eficacia y popularización de las pruebas de ADN, que permiten que aquellos hombres que dudan de su paternidad respecto de los hijos nacidos constante matrimonio o convivencia de hecho descubran la verdad biológica e inicien un proceso de impugnación de la paternidad, en el que, con frecuencia, subyacen otras reclamaciones, como la devolución de los gastos desembolsados en concepto de alimentos o los daños morales que han ocasionado tanto la ocultación de la paternidad como la pérdida de la condición de padre². Por otro lado, este cambio de paradigma puede explicarse también por el abandono del *principio de inmunidad conyugal*, pues la realidad social está impulsando los derechos individuales de cada miembro de la familia y potenciando la autonomía privada de cada

² ESPÍN ALBA, I., «Daño moral por ocultación de la verdadera paternidad y responsabilidad parental», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n° 758, 2016, p. 3461.

uno, de manera que, por el mero hecho de estar casados o constituir una pareja estable, el hombre y la mujer no dejan de responder por los daños causados en el otro.

1.3. Objetivos básicos de investigación a desarrollar

Nuestro principal objetivo es examinar los distintos argumentos doctrinales y jurisprudenciales a favor y en contra de la indemnización de daños morales por ocultación de la verdadera paternidad que nos permitan determinar si tal ocultación es realmente, en nuestro Derecho, un daño moral indemnizable y, en su caso, cuál es la vía más adecuada para reclamar su resarcimiento.

Para la consecución del objetivo principal, nos hemos planteado los siguientes objetivos secundarios: En primer lugar, analizar el contenido de las instituciones del Derecho de familia y Derecho de daños, a cuyo propósito se ha comenzado exponiendo unas consideraciones preliminares sobre las relaciones paternofiliales, la filiación, clases, determinación y acciones, así como sobre el Derecho de daños, pues son la base teórica de la cuestión tratada. En segundo lugar, estudiar los argumentos jurisprudenciales y doctrinales sobre si la ocultación de la paternidad es un daño indemnizable. A este respecto, se han extraído y expuesto, por un lado, los argumentos jurisprudenciales a favor del reconocimiento de los daños morales derivados de la ocultación de la paternidad, tales como la ruptura del vínculo biológico y la actuación negligente de la madre, y, por otro, los argumentos en contra de tal reconocimiento, como son la ausencia de conducta dolosa o negligente de la madre, la imposibilidad de considerar un daño tanto la manutención del hijo como la determinación de que no es un hijo biológico y la prescripción de la acción del artículo 1902 del Código civil, con especial referencia al *dies a quo* del cómputo del plazo de dicha acción. Finalmente, se ha realizado una valoración crítica en la que respondemos a la cuestión de si es la ocultación de la paternidad un daño moral indemnizable. Para ello, ha sido preciso hacer previamente una aproximación al concepto de daño moral, incluyendo una mención específica a la controvertida cuantificación de la indemnización de daños morales.

1.4. Metodología de trabajo

Para la realización de este trabajo, se ha seguido la siguiente metodología:

Por un lado, para el tratamiento de las relaciones familiares y de la filiación -clases, determinación, acciones y efectos-, así como de los aspectos generales sobre el Derecho

de daños, se han estudiado monografías y artículos de revistas científicas sobre la materia. Por otro lado, para el análisis jurisprudencial, más que necesario en materia de Derecho de daños, pues son los Tribunales los que, en este ámbito, marcan la pauta interpretativa, se ha utilizado la base de datos de Aranzadi, seleccionando las sentencias más significativas del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) y de diversas Audiencias Provinciales que han resuelto recursos de casación o de apelación sobre el objeto de nuestro trabajo.

Además, la exposición de los argumentos jurisprudenciales, a favor y en contra de si la ocultación de la no paternidad es un daño moral indemnizable, se ha acompañado de la opinión doctrinal de estudiosos en la materia que han expuesto sus opiniones en monografías jurídicas y revistas científicas.

Esta metodología me ha permitido extraer argumentos sólidos con los que poder fundamentar, al final del trabajo, mi postura sobre si la ocultación de la paternidad puede constituir un daño moral indemnizable.

2. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES Y EL DERECHO DE DAÑOS

2.1. La filiación: clases, determinación y acciones de filiación

La filiación es un acontecimiento con trascendencia jurídica: es la relación *biológica* existente entre progenitores e hijos y de la que deriva la relación *jurídica* de filiación - paternidad y/o maternidad-, que enlaza con los derechos, deberes y funciones propios de las relaciones paternofiliales³. El principal efecto jurídico que tiene la declaración de filiación es la atribución, con carácter general, de la patria potestad de los progenitores (arts. 154 y 156 Cc.) y los deberes inherentes a ella⁴.

La reforma operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial, comportó un cambio en la concepción de la patria potestad, que ya no se presenta como el poder del

³ LACRUZ MANTECÓN, M. L., «Lección 5: La filiación (I)», en *Derecho civil: Familia y Sucesiones*, 1ª edición, Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2018, pp. 131-133.

⁴ En el Derecho aragonés, se denomina «autoridad familiar» (arts. 63 a 93 CDFA), concebida como una función inexcusable que ejercen personalmente ambos progenitores, sin excluir la colaboración de otras personas, y siempre en interés del hijo. Así lo expone SERRANO GARCÍA en «Relaciones entre ascendientes y descendientes», en BAYOD LÓPEZ, C. y SERRANO GARCÍA J. A. (coordinadores), *Manual de Derecho Foral Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2021, pp. 180-185.

padre sobre los hijos, sino como una función de ambos progenitores sobre los hijos menores de edad⁵.

Esta responsabilidad parental comprende una serie de deberes y facultades que se ejercitan siempre en interés de los hijos⁶. Conforme al artículo 154 Cc., les corresponde velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, así como representarlos y administrar sus bienes. Pero los hijos también tienen unos deberes respecto de sus progenitores, que son recogidos en el artículo 155 Cc.: obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, respetarles siempre y contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella⁷.

Nuestro sistema de filiación ha sido calificado como *realista*, pues, excepto en los casos de filiación adoptiva o cuando se han utilizado técnicas de reproducción asistida, se intenta que la filiación jurídica coincida con la realidad biológica. De manera que, en virtud del *principio de veracidad*, existe la posibilidad de ejercitar las acciones de filiación, que permiten la determinación de los verdaderos orígenes biológicos, aceptándose, en nuestro ordenamiento jurídico, todos los tipos de prueba admitidos en Derecho y, en su caso, se permite impugnar la filiación previamente declarada o reclamar la no declarada.

Esta posibilidad fue reconocida ya en la Constitución Española de 1978, pues el artículo 39.2 permite la libre investigación de la paternidad, que ha sido después objeto de desarrollo en el artículo 767.2 LEC, admitiéndose una gran variedad de pruebas, incluidas las biológicas, para la determinación judicial de la verdadera filiación. No obstante, esta libre investigación de la paternidad exige que la demanda se plantee con un principio de prueba de los hechos en los que se funda la solicitud de determinación o impugnación de la filiación como requisito para su admisión a trámite, con el objetivo de evitar un uso malintencionado o torticero de este tipo de procedimientos. Por tanto, en la demanda,

⁵ LACRUZ MANTECÓN, M. L., «Lección 6: Filiación (II). Relaciones entre ascendientes y descendientes», en *Derecho civil: Familia y Sucesiones*, 1ª edición, Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2018, pp. 160-161.

⁶ LACRUZ MANTECÓN, M. L., «Lección 6...» *cit.*, 2018, pp. 164-167.

⁷ El artículo 65 CDFA señala como contenido básico de la «autoridad familiar» el deber de «crianza y educación de los hijos», y comprende igualmente una serie de derechos y deberes: tenerlos en su compañía, proveer a su sustento, habitación, vestido y asistencia médica, educarlos y procurarles una formación integral, y corregirlos de forma proporcionada, razonable y moderada, respetando plenamente su dignidad y sin imponer sanciones humillantes ni que atenten contra sus derechos. Así en SERRANO GARCÍA en «Relaciones entre...» *cit.*, 2021, pp. 180-189.

deben relatarse las circunstancias de las que pueda deducirse la existencia o no de la filiación demandada, citando, a modo de ejemplo, relaciones sexuales ocasionales con otras personas, convivencia de los cónyuges, posesión de estado, etc., así como acompañarse de los documentos que justifiquen ese principio de prueba o solicitar la práctica de pruebas que resulten admitidas en el proceso civil⁸ o que se puedan practicar, incluso, en la vista oral⁹.

El *principio de libre investigación de la paternidad* está supeditado al *principio de interés y protección del hijo* -también consagrado en el artículo 39.2 CE-. En otras palabras, se permite la libre investigación de la paternidad en atención a las obligaciones que los padres tienen para con sus hijos, pues los fines constitucionalmente protegidos que sustentan esta investigación son «*la protección integral de los hijos, la igualdad de éstos ante la ley y el deber de asistencia de todo orden que compete a los padres respecto de sus hijos*»¹⁰.

Conforme al artículo 108 Cc., la filiación puede determinarse por naturaleza y por adopción, distinguidas, respectivamente, por la existencia o no del hecho biológico, pero ambas surten los mismos efectos¹¹. A su vez, la filiación por naturaleza puede ser matrimonial o no matrimonial.

La filiación es matrimonial cuando, en el momento del nacimiento, los progenitores están casados entre sí, pero también cuando contraen matrimonio con posterioridad. Es la llamada *matrimonialización* de la filiación (art. 119 Cc.). Tal y como indica el artículo 115 Cc., su determinación es posible mediante la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres o por sentencia firme. Determinar la maternidad es sencillo, pues se exige que concurren el parto y la identidad del hijo. En cambio, la de la paternidad obliga a que entren en juego las presunciones cuando la concepción ha tenido lugar constante matrimonio. El artículo 116 Cc. establece que «*se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges*». Pero,

⁸ Véase artículo 299 LEC.

⁹ QUICIOS MOLINA, M. S., *Determinación e Impugnación de la filiación*, 1ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 203-247.

¹⁰ QUICIOS MOLINA, M. S., *Determinación... cit.*, 2014, p.33.

¹¹ Esta situación no siempre fue así, pues es con la Constitución Española de 1978 cuando se consagra el principio de igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación (arts. 14 y 39.2 CE). En Aragón, la total equiparación entre la filiación adoptiva y la biológica es establecida por la Ley 3/1988, de 25 de abril, sobre la equiparación de los hijos adoptivos, y queda reflejado en el artículo 56 CDFA. Así en SERRANO GARCÍA en «*Relaciones entre...*» *cit.*, 2021, pp. 173-175.

cuando haya tenido lugar antes del enlace y el hijo haya nacido dentro de los ciento ochenta días posteriores al mismo, el artículo 117 Cc. indica que el marido podrá destruir la presunción mediante una declaración en contrario dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del nacimiento, excepto cuando hubiese reconocido la paternidad expresa o tácitamente o hubiese conocido el embarazo con anterioridad a la celebración del matrimonio, salvo que, en este último supuesto, la declaración auténtica se hubiera formalizado con el consentimiento de ambos, antes del matrimonio o después del mismo, dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del hijo.

La filiación es, en cambio, no matrimonial cuando los progenitores no están casados entre sí. El artículo 120 Cc. indica los mecanismos para su determinación, pudiendo hacerse: por declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial en el momento de la inscripción del nacimiento; por reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público (arts. 121 a 126 Cc.); por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil (art. 44.7.2º párrafo LRC); por sentencia firme; y, respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro Civil (arts. 44.4.2º párrafo y 48 LRC).

Esta distinción es importante a efectos del ejercicio de las distintas acciones de filiación, cuya regulación se contiene en los artículos 131 a 141 Cc. y 764 a 768 LEC, y que pueden ser definidas, como apunta el Profesor LACRUZ MANTECÓN, como *«aquéllas que tienen como objetivo el obtener de un órgano jurisdiccional una declaración acerca de la existencia o inexistencia de una filiación biológica»*¹². Atendiendo a su finalidad y a las clases de filiación, existen cuatro tipos de acciones que conviene estudiar por separado: de *reclamación* de la filiación matrimonial o no matrimonial y de *impugnación* de la filiación matrimonial o no matrimonial. Además, existe otro tipo, la *acción mixta*, para cuando se impugna y reclama en un mismo procedimiento la filiación. Teniendo en cuenta el objeto de estudio de este trabajo, vamos a centrarnos en la reclamación e impugnación de la paternidad, aunque la maternidad también puede ser impugnada por la mujer, como indica el artículo 139 Cc., *«justificando la suposición del parto o no ser cierta la identidad del hijo»*.

¹² LACRUZ MANTECÓN, M. L., «Lección 5...» *cit.*, 2018, pp. 139-150.

- La **acción de reclamación de la filiación matrimonial** se distingue dependiendo de si hay posesión de estado¹³ o no. En el primer caso, conforme al artículo 131 Cc., «*cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado*», excepto cuando la filiación que se reclame contradiga otra determinada legalmente. No se señala plazo de prescripción, por lo que se entiende que es imprescriptible. En el segundo caso, el artículo 132 Cc. señala que esta acción solo pueden ejercitarla el padre, la madre y el hijo, siendo igualmente imprescriptible. En ambos casos, se debe probar la maternidad de la madre, la vigencia del matrimonio con el padre en el momento de nacimiento del hijo y la vigencia de la presunción de paternidad.

- La **acción de impugnación de la filiación matrimonial** tiene distinta legitimación activa, pues la paternidad puede ser impugnada tanto por el marido como por el hijo. En primer lugar, en virtud del artículo 136.1 Cc., el marido -y sus herederos si éste fallece antes de que transcurra el plazo- disponen de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil, plazo que no correrá mientras se ignore el nacimiento. Sin embargo, cuando lo que ignore el marido sea su falta de paternidad biológica, el segundo párrafo del artículo 136 Cc. indica que el plazo de prescripción comenzará cuando descubra tal circunstancia. En segundo lugar, si hay posesión de estado, el artículo 137 Cc. establece que el hijo -y sus herederos si éste fallece antes de que transcurra el plazo- pueden impugnar la paternidad en el plazo de un año desde la inscripción en el Registro Civil, salvo que sea menor o tenga la capacidad modificada judicialmente, en cuyo caso el plazo comienza a contar desde que alcance la mayoría de edad o recupere capacidad suficiente. Si el hijo desconoce que la persona que aparece inscrita como su progenitor no lo es realmente, el plazo de un año se cuenta desde el momento en que lo conozca (art. 137.2 Cc.). Si no hay posesión de estado, no hay plazo para ejercitar esa acción (art. 137.4 Cc.). En este sentido, puede apreciarse que la legitimación activa se

¹³ LACRUZ MANTECÓN, M. L., «Lección 5...» *cit.*, 2018, p. 137, define la posesión de estado como «una situación fáctica que se produce cuando se observa entre dos personas una conducta paterno-filial, es decir, que el progenitor se comporta como tal y el hijo recibe el trato y la consideración de hijo». Exige la demostración de tres elementos: «*nomen*, consistente en el uso por parte del hijo de los apellidos del o de los progenitores; *tractatus*, que consiste en el comportamiento propio y típico de una relación paterno-filial observado por el o los progenitores y el hijo; y *fama* o *reputatio*, que socialmente estas personas sean consideradas como progenitor o progenitores e hijo».

restringe con el fin de dar estabilidad a las relaciones familiares y evitar que un proceso así pueda incoarse por voluntad de cualquier interesado¹⁴.

Por su parte, la legitimación pasiva se especifica en el artículo 766 LEC. Cuando se reclame la determinación de la filiación, serán parte demandada las personas a las que se atribuya la condición de progenitores e hijo; cuando se impugne, lo serán quienes aparezcan como progenitores e hijo en virtud de la filiación legalmente determinada¹⁵.

- La **acción mixta** se prevé en los artículos 134 Cc. y 764.2 LEC para que pueda reclamarse una filiación no matrimonial e impugnarse una filiación matrimonial simultáneamente¹⁶, si bien también cabe ejercitarla para impugnar una filiación no matrimonial. Ostentan legitimación activa el hijo durante toda su vida, el progenitor en cualquier momento si hay posesión de estado -si no la hay, no puede reclamar-, y los herederos del actor para continuar las acciones ya entabladas, en virtud del artículo 765.2 LEC.

No obstante, antes de continuar con la filiación no matrimonial, conviene señalar que el artículo 136.1 Cc. fue declarado inconstitucional por las Sentencias del Tribunal Constitucional (Pleno) 138/2005, de 26 de mayo (RTC 2005\138), y 156/2005, de 9 de junio (RTC 2005\156) en relación con el *dies a quo* establecido para el cómputo del plazo de caducidad de la acción de impugnación de la filiación, por entender que vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 CE y la posibilidad de investigar la paternidad que recoge el artículo 39.2 CE. El precepto determinaba el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil o desde que el marido conociese el nacimiento, lo que generaba un problema para la fijación del *dies a quo* cuando lo que desconocía el marido no era el nacimiento, sino su falta de paternidad.

Así, el FJ 4º de la STC 138/2005, de 26 de mayo señaló que «*el art. 136 Cc. cercena el acceso a la jurisdicción del padre que descubre no serlo una vez transcurrido un año desde la inscripción registral de la filiación, sin que esa limitación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) guarde proporcionalidad con la finalidad perseguida de dotar de seguridad jurídica a la filiación matrimonial. La imposición al marido de una*

¹⁴ PASCUAL FRANQUESA, E., *La impugnación de la filiación matrimonial* (Vol. II), Consejo General del Poder Judicial, Fundación Wellington, Madrid, 2008, pp. 48-53.

¹⁵ PASCUAL FRANQUESA, E., *La impugnación... cit.*, 2008, pp. 53-66.

¹⁶ PASCUAL FRANQUESA, E., *La impugnación... cit.*, 2008, pp. 66-70.

paternidad legal que, sobre no responder a la realidad biológica, no ha sido buscada (como ocurre en los casos de adopción y de inseminación artificial) ni consentida conscientemente, sino impuesta por una presunción legal (art. 116 CC), que siendo inicialmente iuris tantum (Auto del Tribunal Constitucional 276/1996, de 2 de octubre, FJ4º) sin embargo, transcurrido un año desde la inscripción de la filiación, conocido el nacimiento, se transforma en presunción iuris et de iure, resulta incompatible con el mandato constitucional de posibilitar la investigación de la paternidad (art. 39.2 CE) y, por extensión, con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), así como con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su dimensión de acceso a la jurisdicción».

En aquel momento, se declaró la inconstitucionalidad del precepto, pero no su nulidad porque ello generaría un vacío legal. En este sentido, el propio TC señaló en el FJ 6º que inconstitucionalidad y nulidad no están necesariamente vinculadas siempre, «y así ocurre cuando la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión»¹⁷. Esta resolución fue una llamada al legislador para que reformase el precepto¹⁸, como así ocurrió con la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que modificó la redacción del artículo 136 Cc., en cuyo párrafo segundo se indica que, cuando a pesar de estar inscrito como hijo suyo el marido desconozca su falta de paternidad biológica, el cómputo del plazo de un año comenzará a contar desde que tuviera tal conocimiento. Por ello, tal y como se ha indicado al tratar la acción de impugnación de la filiación matrimonial, se concede legitimación al marido aunque haya transcurrido más de un año desde la inscripción del nacimiento en el Registro Civil, cuando la cuestión sea que la verdad biológica no se adecúa a la verdad legal, principio que informó la reforma del Código Civil en materia de filiación de 13 de mayo de 1981¹⁹.

- **La acción de reclamación de la filiación no matrimonial** también distingue si hay posesión de estado o no. En el primer caso, se aplica, como en la filiación matrimonial, el artículo 131 Cc., de manera que cualquier persona con interés legítimo puede reclamar la filiación, salvo cuando contradiga otra determinada legalmente, siendo esta acción igualmente imprescriptible. Si no hay posesión de

¹⁷ En el mismo sentido se pronuncian las SSTC (Pleno) 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 7º (RTC 1992\222); 96/1996, de 30 de mayo, FJ 22º (RTC 1996\96); y 235/1999, de 16 de diciembre, FJ 13º (RTC 1999\235).

¹⁸ PASCUAL FRANQUESA, E., *La impugnación... cit.*, 2008, pp. 184-188.

¹⁹ PASCUAL FRANQUESA, E., *La impugnación... cit.*, 2008, p. 141.

estado, pueden ejercitarla tanto los hijos durante toda su vida, como los progenitores en el plazo de un año, contado desde que conocieren los hechos en que basar la reclamación, como indica el artículo 133 Cc.

El primer párrafo de este precepto también fue declarado inconstitucional por las Sentencias del Tribunal Constitucional (Pleno) 273/2005, de 27 de octubre (RTC 2005\273), y 52/2006, de 16 de febrero (RTC 2006\52), por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva del progenitor (art. 24.1 CE), por cuanto no le permitía ejercitar la acción de reclamación de la filiación a la que tiene derecho con base en el principio de libre investigación de la paternidad consagrado en el artículo 39.2 CE, sin declararse su nulidad. Esta cuestión fue igualmente corregida por el legislador en la Ley 26/2015, de 28 de julio, concediendo legitimación al progenitor en el sentido indicado en el párrafo anterior, esto es, en el plazo de un año contado desde que tenga conocimiento de los hechos en que deba basar su reclamación.

- La **acción de impugnación de la filiación no matrimonial** se contiene en el artículo 140 Cc.: cuando exista posesión de estado, la acción corresponde a aquellos a quienes perjudique, siendo imprescriptible, pues no se señala ningún plazo de caducidad. Cuando no exista posesión de estado, corresponde «*a quien aparece como hijo o progenitor y a quienes por la filiación puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos*», teniendo un plazo de caducidad de cuatro años desde que el hijo, una vez inscrita la filiación en el Registro Civil, goce de la posesión de estado correspondiente.

Sobre esta cuestión, QUICIOS MOLINA²⁰ distingue entre esta acción, que es la que procede cuando falta veracidad en la determinación de la paternidad, y la del artículo 141 Cc., aplicable cuando ha habido algún vicio del consentimiento en el reconocimiento²¹, por remisión del artículo 138 Cc., que prevé la impugnación cuando el reconocimiento se haya realizado mediando error, violencia o intimidación. Esta acción corresponde únicamente a quien haya otorgado tal reconocimiento, puesto que el vicio solo puede ser alegado por quien verdaderamente lo ha sufrido o por sus herederos si hubiese fallecido

²⁰ QUICIOS MOLINA, M. S., *Determinación... cit.*, 2014, p. 163.

²¹ Cualquier declaración de voluntad asumiendo la paternidad del nacido de mujer casada con el reconocedor (arts. 118 y 119 Cc.).

antes del transcurso del plazo de caducidad, que es de un año desde el reconocimiento o desde que cesó el vicio.

Una prueba de la diferencia entre estas dos acciones es que, en caso de que sea la madre quien interponga la acción de impugnación de la filiación al amparo del artículo 140 Cc. y el demandado considere que el reconocimiento se hizo mediando un vicio de su consentimiento, éste deberá plantear procesalmente una reconvención a la demanda²², para que el órgano judicial pueda valorar la acción prevista en el artículo 141 Cc., pues estas acciones tienen, claramente, un fundamento distinto.

Diferente a los supuestos anteriores, son los denominados *reconocimientos de complacencia*²³, es decir, aquéllos otorgados a sabiendas de que el reconocedor no es el progenitor biológico y, aun así, consiente en que se determine su paternidad. Estos reconocimientos pueden ser impugnados tanto por la vía del artículo 140 Cc., cuando falte veracidad en la determinación de la filiación, distinguiendo igualmente si hay posesión de estado o no, como por la vía del artículo 141 Cc., cuando haya incurrido en algún vicio del consentimiento.

En definitiva, la consecuencia no jurídica que genera que el Juez declare que quien se tenía como padre no es el padre biológico es, dejar sin efecto una relación familiar que se ha mantenido durante un periodo de tiempo de mayor o menor duración²⁴. Es una situación en la que colisiona la estabilidad de las relaciones familiares y el derecho a la tutela judicial efectiva de la persona que descubre que quien creía su hijo no lo es realmente. Por tanto, vamos a fijar la mirada en la impugnación de la filiación en general, tanto matrimonial como no matrimonial, pues, como se ha mencionado, ambas producen los mismos efectos y la distinción solo es relevante a efectos de las distintas acciones reconocidas en el Código civil. Este tipo de reclamaciones se produce, con frecuencia, en momentos de ruptura matrimonial o de separación de pareja -tras el descubrimiento de la infidelidad conyugal y, por tanto, la sospecha de que los hijos nacidos constante matrimonio o convivencia de hecho no son de la pareja- y, en ocasiones, incluso después

²² La reconvención es una acción independiente que ejercita el demandado en un proceso -en el escrito de contestación a la demanda- frente al demandante, para que se sustancie en el mismo proceso y se decida en la misma sentencia que resolverá la demanda inicial. Supone la ampliación del objeto procesal introduciendo uno nuevo de signo contrario (arts. 406 y ss. LEC).

²³ QUICIOS MOLINA, M. S., *Determinación... cit.*, 2014, pp. 166-202.

²⁴ PASCUAL FRANQUESA, E., *La impugnación... cit.*, 2008, p. 15.

de años desde la materialización de la ruptura, en los que el progenitor ha estado abonando una manutención a favor del que consideraba su hijo.

Esta situación nos obliga a plantearnos si, efectivamente, el progenitor que ha considerado como hijo biológico a una persona que finalmente no lo es y que, como consecuencia de los deberes inherentes a la patria potestad, ha incurrido en una serie de gastos, y sufre la ruptura de un vínculo emocional con quien consideraba que era su hijo, ha sufrido un «daño jurídicamente indemnizable», esto es, si tiene derecho a algún tipo de indemnización por parte de la progenitora que ha ocultado la no filiación al progenitor no biológico. Para poder abordar esta cuestión, resulta necesario realizar unas consideraciones previas sobre el Derecho de daños.

Ante todo, cabe señalar que nuestro Derecho de daños se incardina dentro del Derecho de obligaciones, adoleciendo de una cierta *asistematicidad* que, como se ha puesto de relieve por algunos autores, genera «*confusión, inseguridad jurídica, indefinición de conceptos y, por ello, insatisfacción de los ciudadanos a quienes se dirigen las normas*»²⁵. Al respecto, señala el Profesor LLAMAS POMBO que desde hace varias décadas se viene reclamando la construcción de su propio sistema, en el que imperen principios y reglas comunes a cada tipo de responsabilidad -contractual, extracontractual y *ex delicto*-, sin perjuicio de que se establezcan reglas concretas y específicas para cada variante del fenómeno dañoso²⁶.

2.2. Aspectos generales sobre el Derecho de daños

El daño puede definirse como el «*perjuicio que puede derivar del incumplimiento del contrato, o de la lesión causada a través de acciones u omisiones que tengan como base una intención de dañar*», o como «*aquellos daños ocasionados o que sean consecuencia del ejercicio de actividades que provocan un riesgo*»²⁷. De esta forma, en nuestro ordenamiento jurídico, se distingue entre responsabilidad civil contractual y extracontractual, según derive del incumplimiento de un contrato o no. En este sentido, el artículo 1089 Cc. afirma que «*las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi*

²⁵ En este sentido, podemos destacar, entre otros, LLAMAS POMBO, E., *Las formas de prevenir y reparar el daño*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 27-28.

²⁶ LLAMAS POMBO, E., *Las formas... cit.*, 2020, p. 30.

²⁷ ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños. Textos y materiales*, 8ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p.17.

contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia».

La responsabilidad civil contractual se encuentra regulada en los artículos 1101 y ss. del Cc. Cuando alguna de las partes del contrato incumple las obligaciones asumidas en virtud del principio de autonomía de su voluntad en el contrato, incurriendo en dolo, negligencia o morosidad, se genera una responsabilidad de la que deriva la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que tal incumplimiento haya causado. En contraposición, la responsabilidad civil extracontractual *ex* artículo 1902 del Cc. surge por el hecho de haberse producido un daño en las condiciones previstas por la Ley; esto es, la obligación de indemnizar nace sin que exista una relación contractual previa, pero siempre que intervenga culpa o negligencia²⁸.

A nuestro objeto de estudio no resulta de aplicación la regulación de la responsabilidad civil contractual porque, por un lado, las obligaciones de las relaciones paternofiliales no derivan de un contrato entre las partes. Y, por otro, porque no hay ningún precepto que establezca un supuesto específico de indemnización por daños derivados del resultado de la acción de filiación, como sí se prevé, por ejemplo, con la indemnización de promesa de matrimonio (arts. 42 y 43 Cc.) o los supuestos de responsabilidad específicos previstos en la responsabilidad extracontractual, como la de los padres por los daños causados por sus hijos (art. 1903 Cc.) o la del poseedor de animales por los perjuicios que éstos causen (art. 1905 Cc.). A ello, se añade que los deberes conyugales no son coercibles, en el sentido de que no puede exigirse su cumplimiento forzoso²⁹, pues en el Código civil no se prevé ninguna consecuencia para el caso de su incumplimiento.

Son tres las funciones que, fundamentalmente, se atribuyen al Derecho de daños. En primer lugar, la función **reintegradora o resarcitoria**, sobre la base de que esta rama del Derecho pretende restablecer la situación alterada al mismo estado en que se encontraba antes de la producción del daño o resarcir el daño producido, pues nadie tiene la obligación de soportar los daños causados por otros. Se persigue compensar al perjudicado, reparar o enmendar un daño, ya sea mediante la reparación en forma específica o *in natura*, o mediante el pago de una indemnización, que, en todo caso,

²⁸ ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho... cit.*, 2020, pp. 49-65.

²⁹ PÉREZ GÁLLEGO, R., «Nuevos daños en el ámbito del Derecho de Familia: Los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica», en *Revista de Derecho Civil* vol. II, núm. 3, 2015, p. 143.

deberá adecuarse al daño concreto que pretende repararse -patrimonial o moral-³⁰. La primera forma procura borrar los efectos del daño y la segunda, compensarlos, mediante la determinación de una cantidad de dinero que permita a la víctima procurarse otras satisfacciones que permitan paliar el daño sufrido.

En segundo lugar, se alude a la función **sancionadora o punitiva** del Derecho de daños, que se ampara en que la obligación de reparar el daño causado supone una sanción a la contravención del principio *alterum non laedere* y en la distinción que hace el artículo 1107 Cc., dentro de la responsabilidad civil contractual, entre el deudor doloso y el deudor de buena fe. Esta función, que encuentra su origen en los *punitive damages* del *Common law* -también conocidos como «daños punitivos»- está «*dirigida a reprochar, reprimir o castigar los comportamientos dañosos una vez que éstos han tenido lugar*»³¹. De esta forma, se entiende que lo antijurídico es la conducta del agente y lo punitivo, la indemnización, pues supone «*condenar al responsable de daños y perjuicios al pago de una indemnización que llega más lejos de la mera finalidad reparadora [...], que no se concede en concepto de compensación por el daño sufrido, sino que persigue un objetivo afflictivo muy similar a la pena privada*»³². La atribución de esta función al Derecho Civil constituye una invasión al Derecho Penal.

Por último, la función **disuasoria o preventiva** del Derecho de daños se ampara en que la eventual obligación de reparar el daño tiene como objetivo último desalentar de la producción de un perjuicio. Se pretende «*evitar o minimizar los costes de los accidentes mediante el incentivo de comportamientos eficientemente precavidos*»³³, ya sea mediante la prohibición o la imposición de realizar determinadas conductas. Esta función es reclamada por un importante sector de la doctrina al fijar la mirada en la víctima en lugar de en el dañador, concediéndole a aquélla un derecho subjetivo a la indemnidad. No obstante, es difícil llamar responsabilidad a algo distinto a la reparación del daño, pues la responsabilidad siempre es posterior, es la consecuencia jurídica de un daño, y la idea de prevención es anterior al mismo³⁴.

La esencia del artículo 1902 Cc. es, por tanto, resarcir. La potestad sancionadora o punitiva debe ser descartada, pues, en nuestro ordenamiento jurídico, se atribuye al

³⁰ LLAMAS POMBO, E., *Las formas... cit.*, 2020, p. 217.

³¹ LLAMAS POMBO, E., *Las formas... cit.*, 2020, p. 58.

³² LLAMAS POMBO, E., *Las formas... cit.*, 2020, pp. 60-63.

³³ LLAMAS POMBO, E., *Las formas... cit.*, 2020, p. 57.

³⁴ LLAMAS POMBO, E., *Las formas... cit.*, 2020, pp. 83-95.

Derecho Penal. La función preventiva no se excluye por completo, en la medida en que se reconoce como finalidad del Derecho de daños con carácter subsidiario³⁵.

Este propósito resarcitorio responde al *principio de reparación íntegra*, en el sentido de lograr la reparación de todo el daño y la adecuada satisfacción del perjudicado, al *deber de mitigación del daño*, derivado del principio general de actuación conforme a las exigencias de la buena fe del artículo 7 Cc., pues deben paliarse los daños ocasionados e impedir su agravación, y a la *compensación de lucros y daños*, ya que, en ocasiones, un mismo hecho genera un daño y un beneficio para la víctima, de manera que la reparación del perjuicio sumado a la ventaja que haya obtenido no puede suponerle un incremento patrimonial³⁶.

Para que nazca en el agente dañoso la obligación de reparar el daño causado *ex* artículo 1902 Cc., es necesaria la concurrencia de dolo o culpa para atribuir el daño a un sujeto concreto. Por ese motivo, se considera que se trata de una responsabilidad de corte subjetivo³⁷:

El Derecho de daños español previsto en el Código civil, como se deduce de lo indicado anteriormente, establece un sistema de responsabilidad subjetiva. Sin embargo, se está evolucionando hacia una cierta objetivación del Derecho de daños, que se describe de forma muy ilustrativa en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, Sección 1ª) 924/2007, de 5 de septiembre (RJ 2007\5439), al enumerar las distintas fases jurisprudenciales de dicha evolución hacia la objetividad, así como los criterios utilizados para ello, corrigiendo la rígida interpretación del artículo 1902 Cc.: en primer lugar, destaca la inversión de la carga de la prueba, que se traslada del demandante al demandado, quien debe probar su diligencia para excluir su responsabilidad; en segundo lugar, se alude a la elevación del nivel de diligencia o juicio de previsibilidad, debiendo probar que se ha actuado con toda la diligencia necesaria para evitar el daño; por último, hace referencia a la introducción del criterio del riesgo, en el sentido de que quien crea

³⁵ ROCA TRÍAS, en *Derecho... cit.*, 2020, pp.17-18, hace una breve referencia a las distintas regulaciones del Derecho de daños en los países europeos, pues esta diversidad de sistemas se ha reflejado en los grupos europeos creados para la armonización del Derecho de responsabilidad civil. Una de las propuestas sobre la regulación extracontractual aparece en los *Principles of European Tort Law (PETL)*, que reconocen una finalidad preventiva con carácter subsidiario al Derecho de daños en su artículo 10:101.

³⁶ LLAMAS POMBO, E., *Las formas... cit.*, 2020, p. 222-232.

³⁷ ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho... cit.*, 2020, pp. 18-25.

un riesgo con su actividad debe asumir las consecuencias del mismo y, ante un daño, debe probar que actuó diligentemente.

No obstante, esta objetivación no ha llegado a sustituir a la culpa como criterio de imputación del daño, que sigue siendo el principal, aunque no exclusivo y, por *ende*, la aplicación de los criterios de atribución de responsabilidad objetiva se limita a aquellos casos legalmente previstos, como por ejemplo, los supuestos de los artículos 1905 a 1910 del Código civil -daños causados por animales y responsabilidad por cosas- o, fuera del mencionado texto normativo, los daños causados por la circulación de vehículos a motor³⁸, por la energía nuclear³⁹ o la responsabilidad medioambiental⁴⁰, entre otros⁴¹.

La víctima tiene la carga de probar en el proceso la autoría del daño, el hecho dañoso y la relación de causalidad. Para que nazca la obligación de resarcir, es necesario que concurren los siguientes requisitos⁴²: que se haya cometido una acción u omisión voluntaria, que se constate un daño indemnizable, y que ese daño sea consecuencia de dicha acción u omisión, es decir, que haya una relación de causalidad entre la conducta y el daño resultante -Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 902/2000, de 9 de octubre (RJ 2000\9184); 656/2001, 29 de junio (RJ 2002\1468) y 581/2002, 7 de junio (RJ 2002\5216)-. A ellos se añade el criterio de imputación ya mencionado, en el que se basa el sistema de responsabilidad extracontractual⁴³, exigiéndose intencionalidad o negligencia⁴⁴. La intencionalidad se refiere a haber actuado dolosamente, con la conciencia y voluntad de provocar un daño. Con el comportamiento negligente, el resultado dañoso no se ha buscado intencionadamente, pero se deriva de una conducta descuidada del responsable.

³⁸ Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

³⁹ Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos.

⁴⁰ Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental.

⁴¹ ROCA TRÍAS, en *Derecho... cit.*, 2020, pp.17-18: Los *Principles of European Tort Law (PETL)* parten de la superación de la culpa como único criterio de imputación.

⁴² Estos requisitos se exigen tanto para la responsabilidad subjetiva como para la objetiva.

⁴³ ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho... cit.*, 2020, pp. 111-137.

⁴⁴ El artículo 1104 Cc. define la culpa o negligencia como «la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar» y, cuando no se exprese esa diligencia, «se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia». Este último inciso significa que se exige actuar prudente y razonablemente, previendo el resultado dañoso y con la reflexión suficiente para evitarlo.

Existen dos formas de reparación del daño, a elección del perjudicado, salvo que la Ley establezca una de ellas⁴⁵. Puede optarse por el resarcimiento en forma específica, que consiste en la restitución de la situación a su estado anterior a la producción del daño, eliminando la causa que lo provocó, o por la indemnización de daños y perjuicios, que consiste en la entrega de una cantidad de dinero, ya sea mediante una renta periódica o una suma al alza.

El plazo de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual es de un año (art. 1968 Cc.). Este plazo es aplicable a todas las acciones indemnizatorias que no tengan un plazo específico establecido por la ley. No obstante, el principal problema que plantea este plazo es la determinación del inicio de su cómputo, pues hay casos en los que es difícil determinar el momento en que se conoció el daño, por ejemplo, en los daños continuados, cuestión que se tratará al estudiar los argumentos jurisprudenciales en contra del reconocimiento de daños morales en la impugnación de la paternidad.

Pero *¿qué daños deben repararse?* Nuestro ordenamiento no recoge una lista cerrada de los intereses jurídicamente relevantes que no deben ser lesionados. Sin embargo, sí que se diferencian clases de daños en función de distintos criterios. Para nuestro estudio, interesa la distinción entre daños *materiales* y *morales*⁴⁶. Los primeros recaen sobre bienes tangibles, afectando a la esfera patrimonial de la persona. Los segundos son definidos por el Profesor DÍEZ-PICAZO como «*sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico en el ámbito de la persona*»⁴⁷. La valoración de los daños morales es harto complicada, pues no se produce una exteriorización del perjuicio, ni el artículo 1902 Cc. ni la LEC establecen reglas para fijar el *quantum* indemnizatorio, por lo que es una facultad que corresponde al juzgador.

Una vez expuestas las cuestiones anteriores, vamos a valorar si el daño generado por la ocultación de la filiación que sufre el padre -no biológico- es o no indemnizable, para lo cual vamos a comenzar estudiando los argumentos que, a favor y en contra, se establecen en la Jurisprudencia y la doctrina y que servirán de base para realizar una valoración crítica sobre la cuestión.

⁴⁵ ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho... cit.*, 2020, pp. 263-302.

⁴⁶ Sobre la clasificación de los daños, puede verse la realizada por ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho... cit.*, 2020, pp. 233-261. La distinción entre daños materiales y morales se advierte normativamente en el artículo 110.3 del Código Penal.

⁴⁷ DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 328-329.

Como adelanto, cabe mencionar que es en las SSTS 687/1999, de 22 de julio, y 701/1999, de 30 de julio, en las que se plantean las primeras reclamaciones por el sufrimiento que la infidelidad conyugal implica, el daño moral derivado de la ocultación de la paternidad y el coste de los alimentos proporcionados a unos hijos que resultan no ser del marido. El artículo 1107 Cc. prevé el resarcimiento de *todos* los daños causados por una acción dolosa y es el precepto que sirve de base para la exigencia de responsabilidad extracontractual en los supuestos que nos ocupan, a pesar de encontrarse el artículo en sede de responsabilidad contractual. Por tanto, es importante que se pruebe el comportamiento negligente o doloso por parte del responsable del daño -en este caso, la madre- para que se cumplan los requisitos de la acción resarcitoria.

3. EXPOSICIÓN DE LAS POSTURAS JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE DAÑOS POR OCULTACIÓN DE LA PATERNIDAD BIOLÓGICA

Los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre el daño moral por ocultación de la paternidad fueron las ya citadas SSTS 687/1999, de 22 de julio, y 701/1999, de 30 de julio, en las que no se reconoció el derecho a la indemnización por daños morales. A partir de ahí, se han ido creando diversas corrientes en la jurisprudencia menor que admiten la posibilidad de indemnizar. Si bien, *a priori*, la STS 629/2018, de 13 de noviembre, cercenó la puerta a la resarcibilidad de los daños morales por ocultación de la paternidad, lo cierto es que, con posterioridad a esta resolución, algunas Audiencias Provinciales, como la de Madrid, en su Sentencia (Sección 8ª) 231/2019, de 24 de mayo (JUR 2019\214532) la ha reabierto de nuevo, de manera que podemos afirmar que el debate jurídico sobre la cuestión no ha concluido⁴⁸.

En este apartado, se van a estudiar los distintos argumentos doctrinales y jurisprudenciales en los que se fundamenta el reconocimiento o no de la indemnización de daños morales por ocultación de la paternidad. En otras palabras, debemos analizar los argumentos sobre si es posible resarcir el perjuicio causado al progenitor no biológico por

⁴⁸ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., «Daño moral por ocultación de la paternidad: Hacia la puesta en valor de la relación paterno-filial», en *Revista de Derecho Civil* vol. VIII, núm. 1, 2021, p. 284. Contrariamente a la doctrina sentada por la STS 629/2018, reconoce una indemnización por daño moral -estimando indemnizable el daño psicológico generado por la pérdida de la relación paterno-filial- porque el supuesto de hecho es distinto: la pareja no estaba casada en el momento de la concepción, por lo que no puede hablarse de incumplimiento del deber de fidelidad y no es aplicable la doctrina del TS.

la vía de la responsabilidad civil. La doctrina tradicional⁴⁹ ha considerado que el Derecho de daños no debe invadir las relaciones familiares, de manera que debe desvincularse el daño moral del deber de fidelidad conyugal. Sin embargo, una doctrina más moderna ha ido desarrollando una incipiente conexión entre ambas disciplinas en los casos más graves, sin que pueda llegar a afirmarse como una generalización⁵⁰. La razón que ha propiciado este cambio de criterio ha sido la evolución del concepto clásico de Familia hacia una visión más moderna. Se configura un modelo «*basado en el principio de igualdad de los cónyuges y en el respeto de los derechos fundamentales e intereses legítimos de los miembros de la familia*»⁵¹, además, «*se busca potenciar los derechos individuales de las personas en el ámbito familiar [...] y la autonomía privada en la determinación de las relaciones conyugales*»⁵².

3.1. Fundamentos a favor del reconocimiento de daños al progenitor por ocultación de la verdadera paternidad

En la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, se aprecia una línea favorable a la admisión de responsabilidad civil extracontractual *ex* artículo 1902 Cc. al constatar daños morales en la impugnación de la paternidad, si bien con pronunciamientos contradictorios sobre los criterios de imputación requeridos. Los motivos en los que amparan su estimación son, por un lado, la ruptura del vínculo biológico -Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7ª) 597/2004, de 2 de noviembre (AC 2004\1994) y 466/2007, de 5 de septiembre (JUR 2007\340366)- y, por otro, la actuación *negligente o culpable* de la madre, ya sea por haber mantenido relaciones sexuales extramatrimoniales sin protección u ocultado la verdadera paternidad -Sentencia de la Audiencia Provincial

⁴⁹ Véase, entre otros, BARCELÓ DOMENECH, J., «Responsabilidad civil en las relaciones familiares: La experiencia española». Universidade Lusófona do Porto, Faculdade de Direito, 2015, p. 139; RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M., Responsabilidad Civil en el derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales, Civitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2009; MARTÍN CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J., «Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 110/2019, 2019; UREÑA MARTÍNEZ, M., «La ocultación de la paternidad matrimonial no genera daño moral ni patrimonial resarcible *ex* art. 1902 CC.», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 110/2019, 2019.

⁵⁰ Véase, entre otros, ROMERO COLOMA, A., «Indemnizaciones entre cónyuges y su problemática jurídica», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 715, p. 2441; DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «La responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares en España», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 4, julio 2016, p. 222; FERRER RIBA, J., «Relaciones familiares y límites del derecho de daños», en *InDret*, 4/2001, octubre 2001, p. 3.

⁵¹ PARDILLO HERNÁNDEZ, A., «Responsabilidad...» *cit.*, 2018, p. 1.

⁵² BERROCAL LANZAROT, A.I., «Daños en el derecho de familia: la ocultación de la paternidad no biológica del hijo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n.º 778, 2020, p. 1157.

de Barcelona (Sección 18ª) 27/2007, de 16 de enero (JUR 2007\323682), Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 8ª) 88/2014, de 16 de mayo (JUR 2014\203955)- o *dolosa* en la ocultación de la verdadera filiación de forma continuada -Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 1ª) 39/2009, de 30 de enero (JUR 2009\192431), Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9ª) 222/2014, de 9 de mayo (AC 2014\1397), Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17ª) 261/2016, de 30 de mayo (JUR 2016\213288)-.

Del mismo modo, un sector doctrinal⁵³ acepta la aplicación del Derecho de daños al ámbito familiar al considerar que el Derecho de familia «*no es un conjunto de normas absolutamente cerrado y de aplicación excluyente y exclusiva, sino que se puede aplicar el Derecho de daños, cuando éstos efectivamente tengan lugar y proceder a su reparación*»⁵⁴, además de que ningún precepto del Código civil excluye tal posibilidad.

Así, el Tribunal Supremo admite por primera vez la aplicación del Derecho de daños en el ámbito familiar en su Sentencia 512/2009, de 30 de junio (RJ 2009\5490), considerando como daño la lesión del derecho al respeto de la vida familiar, que es un bien protegido constitucionalmente⁵⁵. Reconoce, con carácter general, la resarcibilidad «*del daño moral sufrido por el progenitor, guardador o mero visitador, que ha sido indebidamente privado de la compañía de sus hijos por el otro progenitor y, a su vez, sujeta la responsabilidad del progenitor incumplidor al régimen ordinario del artículo 1902 Cc., sin exigir la concurrencia de dolo*»⁵⁶. Para algunos autores, esta sentencia supone una manifestación de la aceptación de la función punitiva de la responsabilidad extracontractual⁵⁷.

⁵³ Como doctrina favorable a la aplicación del Derecho de daños al ámbito familiar, pueden citarse, entre otros, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., «Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales», en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coord.), *Daños en el Derecho de Familia*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 147-148; BARCELÓ DOMENECH, J., «El criterio de imputación de la responsabilidad civil en el ámbito familiar», en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (coord.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 81-83. En la orientación contraria, cabe destacar, RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M., Responsabilidad Civil en el derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales, Civitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 33-100; MARTÍN-CASALS, M., y RIBOT, J., «Daños en Derecho de Familia: un paso adelante, dos atrás», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXIV, Fascículo II, abril-junio 2011.

⁵⁴ BERROCAL LANZAROT, A.I., «Daños...» *cit.*, 2020, p. 1156.

⁵⁵ PÉREZ GÁLLEGO, R., «Nuevos daños...» *cit.*, 2015, pp. 156-157.

⁵⁶ MARÍN GARCÍA, I., «Comentario a la sentencia de 30 de junio de 2009», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 84/2010, 2010, p. 5.

⁵⁷ MARÍN GARCÍA, I., «Comentario...» *cit.*, 2010, pp. 7-9.

Asimismo, se reconoce la indemnización del daño moral, en estos casos, como una consecuencia jurídica del incumplimiento de los deberes conyugales de los artículos 67 y 68 Cc. Para MARÍN GARCÍA DE LEONARDO⁵⁸, el deber de fidelidad no es únicamente de carácter sexual y/o afectivo, sino que se trata de no traicionar en un sentido amplio⁵⁹. Este sector doctrinal⁶⁰ considera los «deberes conyugales» como auténticos deberes jurídicos, cuyo incumplimiento puede ocasionar un daño resarcible teniendo en cuenta que, al haber sido eliminado su incumplimiento como causa de separación o divorcio, debe posibilitarse su resarcibilidad si no se quiere privar de su trascendencia jurídica⁶¹.

Respecto a los daños resarcibles, ya se ha hecho alguna referencia a que son objeto de indemnización los *daños morales* -que serán examinados de una forma más detallada al tratar la imposibilidad de considerar un daño moral la determinación de que no es un hijo biológico-. Aunque corresponde al Juez su cuantificación atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, la doctrina y jurisprudencia han fijado algunos criterios para determinar el *quantum* indemnizatorio: «*el número de hijos extramatrimoniales, los años que ha durado el engaño o la ocultación, el tiempo que ha perdurado la convivencia con el hijo o los hijos que creía suyos, la posibilidad o no de mantener un vínculo paternofilial con ellos en un futuro, y la gravedad de los daños*»⁶². Si bien, en alguna ocasión, también han resultado resarcibles *daños patrimoniales* (reembolso de gastos pagados en concepto de alimentos, el coste de realización de la prueba de paternidad, o los tratamientos médicos y psicológicos derivados de la situación).

3.1.1. La ruptura del vínculo biológico

Esta ruptura se produce cuando se resuelve el proceso de impugnación de la paternidad o de reclamación por el padre biológico, de forma que el punto de partida es una sentencia

⁵⁸ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales, en *Daños en el Derecho de Familia*, J.R. de Verda y Beamonte (coord.), Navarra, Thomson Aranzadi, 2006, p. 151.

⁵⁹ BERROCAL LANZAROT, A.I., «Daños...» *cit.*, 2020, p. 1163.

⁶⁰ Véase, además, GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al artículo 68 del Código civil», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, T. II, ALBADALEJO GARCÍA, M. (dir.), Edersa, Madrid, 1982, p. 196; GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del C., Comentario al artículo 67 del Código civil, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, p. 322; ATIENZA NAVARRO, M.^a L., La incidencia de las reformas de 2005 en materia de efectos personales del matrimonio, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia de 2005*, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (dir.), Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, p. 160.

⁶¹ BERROCAL LANZAROT, A.I., «Daños...» *cit.*, 2020, p. 1163.

⁶² BERROCAL LANZAROT, A.I., «Daños...» *cit.*, 2020, p. 1170.

firme que declara una filiación inexistente. Como ya se ha indicado, este tipo de reclamaciones tiene lugar en momentos de separación de la pareja o del matrimonio -tras el descubrimiento de la infidelidad conyugal y, por tanto, la sospecha de que los hijos nacidos constante matrimonio o convivencia estable no son del marido o pareja- y, en ocasiones, incluso después de años desde la materialización de la ruptura, en los que el progenitor ha estado abonando una manutención a favor del que consideraba su hijo. Con este presupuesto, el marido entabla una acción de responsabilidad civil contra la madre en exclusiva o contra ésta y el verdadero padre⁶³.

El daño que genera la ruptura del vínculo biológico se subsume en un daño moral, que, a partir de la conceptualización que hizo la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 139/2001, de 22 de febrero (RJ 2001\2242), es definido como «*dolor inferido, sufrimiento, tristeza, desazón o inquietud que afecta a la persona que lo padece*». Por tanto, ese dolor generado por la desaparición de tal vínculo se materializa en los diferentes padecimientos que sufre el marido como consecuencia de conocer que no es el padre biológico -entre otros, trastorno depresivo, ansiedad, o pérdida de actividad laboral-.

Una de las resoluciones más importantes en este punto es la SAP de Valencia 597/2004, de 2 de noviembre⁶⁴, pues es la primera sentencia de la jurisprudencia menor que admite la indemnización de daño moral al amparo del artículo 1902 Cc., rompiendo con el *principio de inmunidad en el ámbito de las relaciones familiares*⁶⁵. La Audiencia Provincial valenciana considera negligente, la concepción de los hijos de forma extramatrimonial y, dolosa, la ocultación de la verdadera filiación al marido, fundamentando la estimación de la indemnización por daños morales en la ruptura del vínculo biológico. A pesar de que la sentencia de instancia considera que no puede equipararse la pérdida de la relación paternofilial a la muerte traumática de un hijo, por cuanto la impugnación de la paternidad no conlleva automáticamente la ruptura radical de los lazos afectivos, la Sentencia de apelación sí que lo estima comparable, en el sentido de que la pérdida de los que consideraba sus hijos le ha generado un sufrimiento de entidad semejante a la pérdida física de éstos (FJ10º). El Magistrado PÉREZ GÁLLEGO

⁶³ COLÁS ESCANDÓN, A. M.^a, «Consecuencias derivadas del incumplimiento del régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos. Especial referencia al resarcimiento de los daños morales», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 6/2011, 2011, p. 3.

⁶⁴ En el mismo sentido se pronuncia la SAP de Valencia (Sección 7ª) 466/2007 de 5 de septiembre de 2007 (JUR 2007/340366).

⁶⁵ PÉREZ GÁLLEGO, R., «Nuevos daños...» *cit.*, 2015, p. 150.

coincide con esta sentencia en que «ya no se dará un normal desarrollo de las relaciones afectivas y sociales, sino, por el contrario, la imposibilidad psicológica y social de que ello ocurra, al menos, hasta que todos los implicados, incluso los menores, superen el impacto emocional que la situación ha generado, pero que no alteraría el ya padecido»⁶⁶.

Es por eso que, haciendo una interpretación *sensu contrario* de la STS 687/1999, 22 de julio, aplica el artículo 1902 Cc. y condena al pago de una indemnización tras la valoración de los informes periciales aportados. Sin embargo, en este supuesto, lo que realmente está indemnizando no deja de ser un daño patrimonial porque cifra la indemnización del daño moral en «el coste de los tratamientos psicológicos o médicos, servicios de atención, etc.»⁶⁷.

La SAP de Barcelona 27/2007, de 16 de enero, considera igualmente la ruptura del vínculo biológico como un daño indemnizable, pero de compleja valoración, pues afecta a un bien de difícil sustitución -la integridad psíquica del marido-. A este respecto, la Profesora FARNÓS AMORÓS opina que quizás por ese motivo se tiende a equiparar a efectos indemnizatorios a la pérdida definitiva de un hijo⁶⁸, unido al hecho de que, al no existir jurisprudencia sobre la materia, los tribunales suelen decidir con base en el rechazo social que este tipo de conductas generan.

3.1.2. La actuación negligente de la madre

Como consideración previa, es preciso diferenciar los distintos criterios de imputación de la responsabilidad que existen en nuestro ordenamiento jurídico. Por un lado, el *dolo* es definido como la conciencia y voluntad de producir un resultado antijurídico. En el Derecho penal, se reconoce también el *dolo eventual*, cuando el sujeto ha previsto la posibilidad de que, junto al fin que persigue, se produzca un determinado efecto adicional lesivo, el cual asume, y cuyo posible riesgo acepta. Por otro, la *negligencia* es la omisión de la diligencia debida, ya sea por inacción, descuido o acción incorrecta, inadecuada o insuficiente, que implica incurrir en culpa.

⁶⁶ PÉREZ GÁLLEGO, R., «Nuevos daños...» *cit.*, 2015, p. 151.

⁶⁷ FARNÓS AMORÓS, E., «El precio de ocultar la paternidad. Comentario a la SAP Valencia, Sec. 7ª, 2.11.2004», en *InDret, Revista para el Análisis del Derecho* 2/2005, 2005, p. 7.

⁶⁸ FARNÓS AMORÓS, E., «Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad. Comentario a la SAP Barcelona, Sec. 18ª, 16.1.2007», en *InDret, Revista para el Análisis del Derecho* 4/2007, 2007, p. 9.

Teniendo esto presente, en las demandas objeto de nuestro estudio, se considera *dolosa* la ocultación que hace la madre a su cónyuge o pareja estable de la verdadera paternidad, y *negligente* la forma de concepción, bien por no utilizar métodos anticonceptivos o bien por utilizarlos, pero que no fuesen efectivos, así como mantener relaciones sexuales simultáneamente con el marido o pareja y con un tercero, de manera que, teniendo dudas sobre la paternidad, la madre -y, a veces, el progenitor biológico- no hacen nada para determinar la auténtica filiación. La representación de la posible paternidad de otro también podría equipararse al *dolo eventual*⁶⁹. En todo caso, se trata de una responsabilidad de corte subjetivo.

La jurisprudencia menor tiende a admitir, si logra probarse la conducta dolosa de la esposa, la responsabilidad extracontractual y, por tanto, la indemnización por daño moral. Como la constatación del dolo plantea dificultades probatorias, hay Audiencias Provinciales que han relajado esta exigencia, considerando que basta una actitud negligente -como se verá seguidamente- para que proceda la indemnización. De esta forma, nos encontramos con pronunciamientos contradictorios sobre el criterio de imputación requerido.

La citada SAP de Valencia 597/2004, de 2 de noviembre, también se pronuncia sobre la negligencia en la concepción de los hijos, el dolo en la ocultación y la infidelidad no indemnizable. Considera negligente la actuación de la madre y del verdadero padre porque no actuaron con la diligencia necesaria para evitar tal procreación, y dolosa porque conocieron la verdad biológica en todo momento y la ocultaron al marido. La pretensión del demandante se estimó por alegar directamente el dolo y prescindir de la referencia al incumplimiento de los deberes conyugales de los artículos 67 y 68 Cc., que no son coercibles. De esta forma, al existir un daño, una actuación negligente y dolosa y una relación de causalidad entre el daño y la conducta, nace la responsabilidad y la obligación de indemnizar. Además, dado que los daños que sufre el marido se consideran «*independientes respecto del interés en el mantenimiento del matrimonio y del respeto a sus reglas*»⁷⁰, no pueden quedar al margen de la responsabilidad, de manera que, tal y como apunta la Sentencia, constituye «*una excepción a la regla general de inmunidad en el ámbito de las relaciones familiares y conyugales*» (FJ8º).

⁶⁹ BELHADJ BEN GÓMEZ, C., «Ocultación de paternidad y daños morales», en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 4/2015, 2015, p. 4.

⁷⁰ FARNÓS AMORÓS, E., «El precio...» *cit.*, 2005, p. 8.

No obstante, algunos autores critican esta resolución por cuanto no resulta lógico que, si el daño moral consecuencia de la infidelidad conyugal no es indemnizable, se tenga en cuenta dicha infidelidad para valorar la indemnización⁷¹.

En la misma línea que la Audiencia Provincial de Valencia, se pronuncia también la SAP de Barcelona 27/2007, de 16 de enero, determinando la responsabilidad de la madre por ocultación negligente de la paternidad. Por un lado, la Sala rechaza que este tipo de reclamaciones tenga cabida en la responsabilidad contractual, dada la incoercibilidad de los deberes conyugales del artículo 68 Cc. y, en concreto, del deber de fidelidad. Anteriormente, el incumplimiento de los mismos era considerado legalmente una causa de separación o divorcio, pero, en la actualidad, no tiene ninguna relevancia jurídica⁷². Además, si se admitiese esta vía de reclamación, se incrementaría indiscriminadamente el número de demandas⁷³. Por otro lado, exige la concurrencia de dolo en la madre para que sea subsumible en la responsabilidad extracontractual. Atendiendo al contexto social y las circunstancias concurrentes, el Tribunal considera que, si se ha actuado negligentemente, también es aplicable el artículo 1902 Cc., estableciendo, por tanto, un concepto más amplio que el del dolo. En el caso enjuiciado, la negligencia consiste en no haber actuado con la diligencia debida al no haber tomado las medidas necesarias para determinar la verdadera paternidad, ya que podía sospecharse perfectamente que el marido no era el padre biológico por haber mantenido relaciones sexuales extramatrimoniales. De esta forma, la responsabilidad civil extracontractual nace de la ocultación de la paternidad biológica al marido y la indemnización *«pretende reparar un daño autónomo del que pueda haber causado la infidelidad, que no es indemnizable»*⁷⁴.

⁷¹ FARNÓS AMORÓS, E., «El precio...» *cit.*, 2005, p. 6.

⁷² Hasta la reforma del Código Civil por la Ley 30/1981, de 7 de julio, la separación era contemplada como una sanción a emplear por uno de los cónyuges contra el otro por el incumplimiento de los deberes matrimoniales. Tras dicha reforma, la separación podía solicitarse por ambos cónyuges de mutuo acuerdo pasado un año desde la celebración del enlace, o por uno de ellos siempre que concurriese una causa de separación prevista legalmente (abandono injustificado del hogar, violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos, condena a pena privativa de libertad superior a 6 años, entre otras). Además, se introduce el divorcio como un remedio a las situaciones de quiebra matrimonial irreparables, procediendo solo por causas tasadas (entre otras, cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación, condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes). No obstante, con la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, tanto la separación como el divorcio dejan de ser causales, admitiéndose por la mera voluntad de cualquiera de los cónyuges, sin necesidad de alegar causa, transcurridos 3 meses desde la celebración del matrimonio.

⁷³ FARNÓS AMORÓS, E., «Indemnización...», *cit.*, 2007, p. 6.

⁷⁴ FARNÓS AMORÓS, E., «Indemnización...», *cit.*, 2007, p. 20.

Equiparando también la ruptura del vínculo familiar a la pérdida definitiva de un hijo, se entendió que el daño moral causado al demandante cabe en el concepto de daño moral dado por la STS 139/2001, de 22 de febrero, valorándolo en consideración a las circunstancias del caso -dado que no puede hacerse de forma objetiva-, concretamente: los años transcurridos entre el nacimiento y el conocimiento de la verdad biológica y la entidad de la pérdida sufrida por el demandante, basándose en los documentos acreditativos del tratamiento psiquiátrico al que se sometió⁷⁵. Esta forma de cuantificar el daño moral evidencia la necesidad de establecer criterios objetivos para su valoración.

3.2. Fundamentos para rechazar el reconocimiento de daños por ocultación de la paternidad biológica

Hay sentencias que desestiman tal indemnización por considerarla improcedente, ya sea porque no queda suficientemente probada la actuación *dolosa* de la madre en la ocultación de la verdadera paternidad -Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia (Sección 1ª) 213/2007, de 11 diciembre (JUR 2008\148138); Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª) 597/2008, de 31 octubre (AC 2009\93); Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 3ª) 424/2010, de 8 noviembre (AC 2010\2303)- ni *negligente* - Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 3ª) 46/2009, de 10 de febrero (AC 2009\346), SAP de A Coruña 424/2010, de 8 de noviembre-, porque *no hay un daño* - Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón 46/2009, de 10 de febrero-, porque las cantidades desembolsadas en concepto de alimentos no pueden considerarse como *cobro de lo indebido*, pues los alimentos debidos entre padres e hijos son irretroactivos -Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) 202/2015, de 24 abril (RJ 2015\1915) y 629/2018, de 13 de noviembre (RJ 2018\5158), SAP de Cádiz 88/2014, de 16 de mayo, Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) 121/2019 de 14 de marzo (AC 2019\956)-, o, sin entrar en el fondo del asunto, porque la acción de responsabilidad extracontractual ha *prescrito* al amparo del artículo 1968.2º Cc. -Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 445/2010, de 14 de julio (RJ 2010\5152)-.

Esta postura encuentra su fundamento en la general aceptación de que la infidelidad conyugal y la ocultación de la verdadera paternidad son conductas susceptibles de causar un daño, pero éste no es indemnizable económicamente mediante el ejercicio de las

⁷⁵ FARNÓS AMORÓS, E., «Indemnización...» *cit.*, 2007, p.7.

acciones de responsabilidad civil -tanto contractual como extracontractual-, pues, como se ha mencionado anteriormente, los deberes matrimoniales de los artículos 67 y 68 Cc. son incoercibles⁷⁶, en línea con la doctrina antes mencionada sobre la exclusión de la aplicación del Derecho de daños al ámbito familiar.

En el mismo sentido se ha pronunciado recientemente la STS 629/2018, de 13 de noviembre. El reconocimiento constitucional del principio de igualdad y la consideración del matrimonio y de la familia como un ámbito en el que cada uno de sus miembros desarrolla su personalidad han supuesto la irrupción del Derecho de daños en la familia, pero ello no implica que toda lesión sufrida por un cónyuge en su esfera personal como consecuencia de la conducta ilícita del otro deba ser resarcida⁷⁷. El TS mantiene que este tipo de problemas tienen respuesta en el propio Derecho de familia, mediante la separación o el divorcio, y no contempla la indemnización por daño moral causado al cónyuge por una infidelidad y la consecuente ocultación de la paternidad y pérdida del hijo. De hecho, al desaparecer las causas de separación y divorcio con la reforma operada en el Código civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 15/2005, de 8 de julio, desaparecen también las consecuencias jurídicas del incumplimiento de los deberes conyugales. Ello implica el retorno al principio de inmunidad entre los cónyuges⁷⁸.

3.2.1. La ausencia de conducta dolosa o negligente en la actuación de la madre

Como se ha indicado, las sentencias pioneras en la denegación de indemnización de daños morales por ocultación de la paternidad -SSTS 687/1999, de 22 de julio, y 701/1999, de 30 de julio-, lo fueron bajo este argumento. En la primera, se alude expresamente a la inexistencia de una conducta dolosa en la esposa en la ocultación de la verdadera filiación. La segunda, también desestimatoria de la pretensión indemnizatoria, considera que es innegable el reproche ético y social que merece el incumplimiento del deber de fidelidad conyugal, pero no es indemnizable económicamente por la vía de la responsabilidad contractual, puesto que los deberes conyugales no son deberes jurídicos, sino meras

⁷⁶ LÓPEZ DE LA CRUZ, L., «Responsabilidad civil por los daños morales ocasionados en el ámbito familiar a causa de la ocultación de la paternidad», en *Revista de Derecho Patrimonial* núm. 48/2019, 2019, p. 1.

⁷⁷ LÓPEZ DE LA CRUZ, L., «Responsabilidad civil...» *cit.*, 2019, p. 6.

⁷⁸ UREÑA MARTÍNEZ, M., «La ocultación de la paternidad matrimonial no genera daño moral ni patrimonial resarcible ex art. 1902 CC.», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 110/2019, 2019, p. 8.

pautas de comportamiento dentro del matrimonio y, por tanto, incoercibles. De lo contrario, se estimaría que *«cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial obligaría a indemnizar»* (STS 701/1999, de 30 de julio, FJ3º).

La Profesora MARTÍNEZ ESCRIBANO considera que el planteamiento de esta última resolución seguiría vigente en la actualidad, pues *«imponer una sanción para el caso de incumplimiento, como si de auténticos deberes jurídicos se tratara, casa mal con la idea de libertad que debe presidir las relaciones personales y de pareja y excedería de la función propia del Derecho de daños»*⁷⁹.

Asimismo, en el comentario que hacen a la citada STS 629/2018, de 13 de noviembre, MARTÍN CASALS y RIBOT IGUALADA señalan las posibles razones para excluir la responsabilidad de la madre⁸⁰. Por un lado, hacen referencia a la función de demarcación de responsabilidad civil y los intereses protegidos. Esta función alude a que no deben tomarse en consideración únicamente los intereses de la víctima que ha sufrido un daño, sino también los del causante del mismo, así como a la distinción entre «daño», que es la lesión de un interés jurídicamente protegido, y «perjuicio», la consecuencia de la lesión de tal interés. Esta precisión se hace para comprobar si corresponde reconocer tutela aquiliana al marido frente a su mujer por haber ocultado ésta la verdadera paternidad y, por tanto, determinar si los perjuicios morales y patrimoniales que ello ha causado deben ser resarcidos o no. Para ello, no solo debe atenderse a los intereses lesionados del marido, sino también a los derechos de libertad de la esposa⁸¹. Como apuntan estos autores, el interés del marido sería conocer la verdadera filiación de sus supuestos hijos, relacionado con el deber de la mujer de informar sobre la paternidad o sus dudas, así como la confianza derivada de la relación entre las partes. Este interés forma parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad, en la vertiente de tener un proyecto de vida familiar, y debe ser ponderado con el de la esposa que es, igualmente, el libre desarrollo de su personalidad y el derecho fundamental a la intimidad, vinculado este último con *«la revelación de los actos llevados a cabo en ejercicio de su derecho a la autonomía personal en el plano*

⁷⁹ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., «Daño moral...» *cit.*, 2021, p. 278.

⁸⁰ MARTÍN CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J., «Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 110/2019, 2019, pp. 11-25.

⁸¹ MARTÍN CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J., «Exclusión...» *cit.*, 2019, pp. 12-13.

sexual»⁸². Si bien esta ponderación da lugar a situaciones difíciles de conciliar, pues, inevitablemente, los intereses de uno se ven afectados por los del otro.

Por otro lado, señalan que, para atribuir la responsabilidad, debe comprobarse que se cumplen todos los elementos requeridos para generarla: una acción u omisión sujeta a responsabilidad dolosa o culposa, un daño y la relación de causalidad entre conducta y daño⁸³.

Además de la infidelidad sexual, se requiere tener un hijo fruto de esa relación extramatrimonial y ocultarlo al marido o pareja estable, partiendo de que la madre conoce que el hijo no es de éste. Si lo desconoce, la posible responsabilidad es más dudosa, pues no se produce ocultación en tanto que no puedes ocultar algo que desconoces -aunque sí podría apreciarse, en ciertos casos, una conducta descuidada de la madre por no haber utilizado métodos anticonceptivos en la relación sexual o por no haber adoptado medidas, si éstos fallaron, de modo que la concepción de un niño fuera de la pareja era una opción posible y no remota-. Asimismo, si la responsabilidad deriva de esa ocultación, por su propia naturaleza es intencional o dolosa, por lo que no cabe la responsabilidad por negligencia.

Respecto a la ruptura del vínculo biológico, por un lado, no puede alegarse si el marido nunca ha tenido relación con quien creía su hijo, pues no puede desaparecer aquello que nunca ha existido. Por otro, si ha habido relación, la extinción del vínculo legal «*no impide una futura recuperación de la relación*»⁸⁴ que, atendiendo a las circunstancias de cada caso, podría mantenerse.

3.2.2. La imposibilidad de considerar un daño indemnizable la manutención del hijo

Dentro del deber de asistencia entre padres e hijos, conforme a los artículos 154 y ss. Cc., se encuentra la obligación de prestar alimentos⁸⁵, cuya finalidad es ayudar a la satisfacción de las necesidades vitales tanto de ascendientes como de descendientes para vivir una vida digna. Es una función que, por tanto, deriva de la patria potestad (art. 154 Cc.), si bien, aunque no la ostenten, el padre y la madre están obligados a velar por sus

⁸² MARTÍN CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J., «Exclusión...» *cit.*, 2019, p. 15.

⁸³ MARTÍN CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J., «Exclusión...» *cit.*, 2019, pp. 19-24.

⁸⁴ ATS de 9 de septiembre de 2014 (JUR 2014\245986).

⁸⁵ Artículos 143.2º Cc. y 58 CDFA.

hijos y a prestarles alimentos (arts. 110 y 143 Cc.). La razón que justifica la imposición de esta obligación legal es la situación de necesidad en que se encuentran determinadas personas -por su edad, salud física o psíquica, circunstancias socioeconómicas, etc.- y que implica reconocerles un derecho subjetivo a obtener los medios necesarios para vivir dignamente⁸⁶. En otras palabras, su fundamento es la solidaridad familiar.

Sobre la devolución de los alimentos satisfechos tras la impugnación de la filiación se han pronunciado las SSTS 202/2015, de 24 de abril y 629/2018, de 13 de noviembre. En la primera de ellas, el TS hizo referencia a las distintas posibilidades para reclamar los alimentos pagados por quien resultó no ser el verdadero progenitor, basándose en los criterios utilizados por las Audiencias Provinciales⁸⁷: algunas resoluciones sostienen la vía del cobro de lo indebido del artículo 1895 Cc.⁸⁸; otras, el cauce de la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 Cc.⁸⁹; y otras que, hasta que no se declare la no paternidad del marido, no es aplicable el cobro de lo indebido, pues los alimentos eran debidos hasta ese momento⁹⁰. En la segunda sentencia, se decanta por la última postura por las siguientes razones⁹¹.

En primer lugar, el hijo nació constante matrimonio y se inscribió como tal, de manera que se trata de un *deber* para aquellos que ostentan la patria potestad, conforme al artículo 154 Cc., y debe cumplirse aunque luego resulte que no es tu hijo, por lo que no procede su devolución. De esta forma, se establece la irretroactividad de los alimentos pagados, pues han sido consumidos para satisfacer las necesidades vitales de los descendientes.

Asimismo, los alimentos son un *derecho* del hijo nacido constante matrimonio, aunque haya sido bajo la apariencia de paternidad. «*Los pagos se hicieron como consecuencia de una obligación legalmente impuesta [...] y es efectiva hasta que se destruye esta realidad biológica mediante sentencia dictada en proceso de impugnación de la filiación*

⁸⁶ RIBOT IGUALADA, J., «El fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes», en *Anuario de Derecho civil*, vol. 51, núm. 3, 1998, pp. 1108-1109.

⁸⁷ PÉREZ GÁLLEGO, R., «Nuevos daños...» *cit.*, 2015, p. 168.

⁸⁸ Sentencias de la Audiencia Provincial de León (Sección 1ª) 3/2007 de 2 de enero (JUR 2007\82209), y de Cádiz (Sección 2ª) 125/2008 de 3 de abril (JUR 2008\234675).

⁸⁹ Sentencias de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 3ª) 392/2006 de 20 de septiembre (JUR 2006\279201), Barcelona (Sección 18ª) 27/2007 de 16 enero (JUR 2007\323682), y Valencia (Sección 7ª) 466/2007 de 5 de septiembre (JUR 2007\340366).

⁹⁰ Sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 2ª) 396/2002 de 7 de noviembre (JUR 2003\42414), y de Ciudad Real (Sección 2ª) 52/2012 de 29 de febrero (AC 2012\359).

⁹¹ MAGRO SERVET, V., «Inexistencia de daño moral indemnizable ante descubrimiento de hijo consecuencia de infidelidad matrimonial», en *Actualidad Civil* n°11, 2018, pp. 4-5.

matrimonial»⁹². No nos encontramos ante la típica situación prevista por el artículo 1895 Cc., en la que «*el pago indebido genera un derecho de crédito a favor del pagador a la devolución de lo indebidamente satisfecho*»⁹³, pues no puede concederse legitimación activa al alimentante para que reclame la restitución de los alimentos pagados a un hijo, aunque resulte no ser suyo, porque ese dinero no se recibe para integrarlo en un concreto patrimonio, sino para aplicarlo a la manutención del hijo en común. No supone un enriquecimiento injusto ni hubo error al pagarlos al responder a una obligación legalmente impuesta.

Por último, la ruptura de la relación existente es una decisión personal, pero no puede retrotraerse como si no hubiese existido. Durante el cumplimiento de la obligación, el padre lo hizo teniéndolo por hijo, disfrutando, por tanto, también de sus derechos como padre. Además, el acreedor de los alimentos no es la madre, sino el hijo, por lo que no se pretende un enriquecimiento por parte de aquella ni se beneficia propiamente de las cantidades que el marido debe pagar⁹⁴.

Todo ello se debe a que la protección del *interés superior del menor* se prioriza sobre la coincidencia de la verdad biológica con la verdad legal. La presunción de paternidad despliega todos sus efectos, aunque no se corresponda con la verdadera filiación, en tanto no quede desvirtuada. «*Por tanto, nacido el hijo en el seno del matrimonio, se garantiza su mantenimiento y protección por quien formalmente consta como padre por aplicación de la presunción legal de paternidad, y esta protección se mantiene aunque el matrimonio se disuelva. Una vez determinada la nueva filiación, ésta tendrá carácter retroactivo (art. 112 Cc.), pero esa retroactividad no alcanza a los alimentos, por su naturaleza consumible, como tampoco al resto de atribuciones realizadas al hijo en virtud del art. 154 Cc.*»⁹⁵.

En la jurisprudencia menor, si bien las SSAP de Valencia 597/2004, de 2 de noviembre, y de Barcelona 27/2007, de 16 de enero, estiman la indemnización de daños morales por ruptura del vínculo biológico, también consideran improcedente la restitución de las cantidades pagadas en concepto de alimentos porque éstos son un derecho-deber y

⁹² MAGRO SERVET, V., «Inexistencia...» *cit.*, 2018, p. 5.

⁹³ PÉREZ GÁLLEGO, R., «Nuevos daños...» *cit.*, 2015, pp. 168-169.

⁹⁴ Como se ha indicado, la obligación de alimentos deriva de la relación paternofilial, de manera que el acreedor de los alimentos es el hijo (arts. 110 y 154 Cc.).

⁹⁵ LÓPEZ DE LA CRUZ, L., «Responsabilidad civil...» *cit.*, 2019, p. 5.

reclamar su devolución es contrario a la naturaleza de los mismos y al principio del interés superior del menor (arts. 142 y ss. Cc.)⁹⁶.

En caso de que se hubiese impugnado la paternidad y probado la actuación dolosa o negligente de la madre, sí que cabe la restitución de las cantidades percibidas por ella «*a partir de la sentencia firme de separación o divorcio en concepto de pensión alimenticia al “hijo”*» por la vía del cobro de lo indebido *ex* artículo 1895 Cc. No obstante, no pueden reclamarse las cantidades que la madre haya recibido antes de la sentencia de separación o divorcio, en tanto en cuanto se entiende que ha contribuido a los gastos del mantenimiento de la familia durante el matrimonio según lo dispuesto en los artículos 1362 o 1438 Cc., dependiendo del régimen económico matrimonial -sociedad de gananciales o separación de bienes, respectivamente-⁹⁷.

Por último, aunque hipotéticamente es posible entablar la acción de enriquecimiento injusto contra el padre biológico, su viabilidad se encuentra con obstáculos insalvables, como son conocer su identidad y que tenga la condición de padre legal obligado a prestar alimentos. En su caso, debe determinarse previamente su paternidad -tras el ejercicio por el padre biológico de la correspondiente acción de reclamación de la filiación extramatrimonial- para que el marido o pareja pueda reclamar el reembolso de los pagos abonados en concepto de alimentos no desde el nacimiento, sino desde la interposición de la demanda de alimentos⁹⁸, conforme lo declarado por el TS (Sala de lo Civil, Sección Pleno) en Sentencias 573/2016, de 29 de septiembre (RJ 2016\4457) y 574/2016, 30 de septiembre (RJ 2016\4844).

3.2.3. La dificultad de considerar un daño moral la declaración de que no es un hijo biológico

Han sido varias Audiencias Provinciales las que han desestimado la indemnización de daño moral por ocultación de la verdadera paternidad por no haber quedado debidamente probado el daño moral supuestamente causado, como las SAP de Castellón 46/2009, de 10 de febrero, SAP de A Coruña 424/2010, de 8 de noviembre, o Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6ª) 343/2017, de 16 de octubre (AC

⁹⁶ En el mismo sentido se pronuncian la STS 687/1999, de 22 de julio, y la SAP de Toledo 396/2002, de 7 de noviembre.

⁹⁷ FARNÓS AMORÓS, E., «Indemnización...», *cit.*, 2007, p. 15.

⁹⁸ MARTÍN CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J., «Exclusión...» *cit.*, 2019, p. 28, y BERROCAL LANZAROT, A.I., «Daños...» *cit.*, 2020, p. 1176-1177.

2018\1076). Sin embargo, sin ninguna duda, la más importante ha sido la STS 629/2018, de 13 de noviembre, que, partiendo de las SSTS 687/1999, de 22 de julio y 701/1999, 30 de julio, considera que no hay derecho a la indemnización por daño moral en situaciones de ruptura.

En primer lugar, tal y como indica su FJ4º, no se niega que la ocultación de la verdadera paternidad tras el incumplimiento del deber de fidelidad sea susceptible de causar un daño, pero sí que se rechaza *«que este daño sea indemnizable mediante las acciones propias de la responsabilidad civil, ya sea contractual, ya extracontractual, a partir de un juicio de moralidad indudablemente complejo y de consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar»*. Es evidente que existe una conducta reprochable que ha causado un daño, pero no lo es que ese daño sea indemnizable por la vía de la responsabilidad civil, ya que queda relegado al ámbito privado de las relaciones familiares⁹⁹. Dada la escasa justificación que hace el Tribunal Supremo sobre la no resarcibilidad de los daños, MARTÍN CASALS y RIBOT IGUALADA han interpretado que este resultado parte de la necesidad de analizar y ponderar los intereses en juego¹⁰⁰. Consideran que, a pesar de que *a priori* ambos merecen la misma tutela, el interés del hombre en conocer la verdadera filiación no puede coartar el libre desarrollo de la personalidad de la madre. El hecho de que el interés del marido prevaleciese sobre el de la mujer implicaría *«una grave intromisión en el derecho fundamental a la intimidad de ésta»*¹⁰¹.

En segundo lugar, no está prevista en nuestro ordenamiento la indemnización de daños morales en el caso de infidelidad, pues los deberes matrimoniales de los artículos 67 y 68 Cc. no son, como se viene reiterando, coercibles¹⁰². El daño causado tiene una repercusión más ética o moral que jurídica.

Ahora bien, uno de los problemas que plantea la consideración de la ocultación de la paternidad como daño moral indemnizable es la controversia en torno a la noción de «daño moral». Cabe adelantar que la definición más generalizada es la que hace la STS 139/2001, de 22 de febrero, como *«zozobra, sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre»* (FJ6º). Si bien, la abundante y diversa

⁹⁹ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., «Daño moral...» *cit.*, 2021, p. 282.

¹⁰⁰ MARTÍN CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J., «Exclusión...» *cit.*, 2019, p. 31.

¹⁰¹ MARTÍN CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J., «Exclusión...» *cit.*, 2019, p. 31.

¹⁰² MAGRO SERVET, V., «Inexistencia...» *cit.*, 2018, p. 7.

jurisprudencia que ha ido perfilando el concepto ha provocado una deformación del mismo, de manera que se aprecia un cierto margen de discrecionalidad de los jueces y tribunales para que estimen la existencia de daños morales en muy variados casos: desde la afectación de derechos de la persona -honor, libertad, intimidad, etc.- y lesiones corporales, hasta su consideración como *pretium doloris* que, partiendo de la definición dada por la citada STS, es entendido como el dolor psicofísico experimentado por la víctima de una lesión y que debe ser indemnizado¹⁰³.

Por ello, una de las cuestiones a las que tiene que dar respuesta la jurisprudencia es cuáles son los concretos daños morales resarcibles en casos de ocultación de la verdadera paternidad, pues existen diversas soluciones que no permiten establecer un criterio general de identificación del daño y, aun estando de acuerdo en que existe tal daño moral indemnizable, difieren en su fundamentación.

3.2.4. La prescripción de la acción del artículo 1902 del Código Civil y su *dies a quo*

Una cuestión importante tratada en la Jurisprudencia es la prescripción de la acción de reclamación de indemnización por daños morales del artículo 1902 Cc. en virtud del artículo 1968.2º Cc., que establece el plazo de prescripción de un año. Sin embargo, la controversia estriba en el *dies a quo* considerado por distintos tribunales para el inicio del cómputo del plazo de prescripción. Si bien es cierto que existe cierta unanimidad en considerar que el plazo se inicia desde la fecha de firmeza de la sentencia que resuelve el proceso de impugnación de la filiación -entre otras, STS 445/2010, de 14 de julio, Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17ª) 503/2011, de 27 de octubre (JUR 2015\4436), o de Cádiz (Sección 5ª) 441/2012, de 21 de septiembre (JUR 2012\353634)-, algunos tribunales lo computan desde el conocimiento del resultado de la prueba biológica -por ejemplo, Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 597/2004, de 2 de noviembre (AC 2004\1994) o de Girona (Sección 2ª) 171/2018, de 19 de abril (JUR 2018\114596)- o desde que se tienen dudas razonables sobre la paternidad -Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª) 404/2018, de 10 de julio (JUR 2018\312234)-¹⁰⁴.

¹⁰³ VICENTE DOMINGO, E., «El daño», en *Nuevos Clásicos. Tratado de Responsabilidad Civil*, REGLERO CAMPOS, L. F. y BUSTO LAGO, J. M. (coordinadores), Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 46.

¹⁰⁴ BERROCAL LANZAROT, A.I., «Daños...» *cit.*, 2020, p. 1179.

La STS 445/2010, de 14 de julio, establece como fecha de comienzo el momento de firmeza de la sentencia de impugnación de la paternidad¹⁰⁵. Conforme a doctrina jurisprudencial, el cómputo del plazo de prescripción de la acción no se inicia «*hasta la producción del definitivo resultado*», pero solo cuando «*no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida*» -SSTS de 15 de marzo de 1993 (RJ 1993\2284), de 5 de junio de 2003 (RJ 2003\4124), y de 20 de noviembre de 2007 (RJ 2008\19), entre otras-, que sí que cabe en el caso enjuiciado en la citada STS, al tratarse de daños permanentes, ya que se distingue una serie de etapas o fases en los sucesos, desde la separación del matrimonio hasta el empeoramiento de salud del recurrente, en relación con los diferentes conceptos indemnizatorios que solicita en la demanda inicial (FJ5º). De esta forma, para cada concepto hay un plazo de prescripción.

El TS hace referencia a la distinción entre *daños permanentes* y *daños continuados*¹⁰⁶ porque, en el caso enjuiciado, los daños son permanentes, pero no duraderos, y el recurrente no aludió a las distintas fases al considerar que todos los daños que había sufrido -patrimoniales, físicos y psicológicos- eran consecuencia de la infidelidad de su esposa, por lo que había continuidad en el tiempo y, por ello, no había prescrito la acción. No obstante, el Tribunal no lo comparte porque se han apreciado distintos hitos (separación, impugnación de la filiación, reclamación de la pensión, etc.) que tienen su propio plazo de prescripción, de manera que no hay una continuidad. Por tanto, como se pueden diferenciar varias etapas, el concepto por el cual pide la indemnización -daños morales- tiene su propio plazo de prescripción, que es desde la firmeza de la sentencia de impugnación de la paternidad (marzo de 2003), dando lugar a que la acción esté prescrita en el momento de interposición de la demanda (noviembre de 2005).

Conforme a la SAP de Valencia (Sección 6ª) 343/2017, de 16 de octubre, el cómputo del plazo de prescripción comienza no «*desde que lo supo el agraviado*» como indica el artículo 1968.2º Cc. -que sería desde la fecha del resultado de la prueba de paternidad-, sino «*desde el día en que pudieron ejercitarse*», en virtud del artículo 1969 Cc. -que es desde el día de la firmeza de la sentencia de impugnación de la paternidad- (FJ2º). Además, cabe destacar un matiz del caso de la SAP de Santa Cruz de Tenerife 121/2019,

¹⁰⁵ ÁLVAREZ OLALLA, M.ª P., «Prescripción de la acción ejercitada por el marido contra su ex mujer por daños sufridos al determinarse judicialmente la filiación extramatrimonial de una hija, previamente inscrita como matrimonial», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 9/2011, 2011.

¹⁰⁶ Los daños *permanentes* se mantienen en el tiempo, mientras que los daños *continuados* no solo se mantienen, sino que se van agravando en cuanto su causa productora no cesa.

de 14 de marzo, pues, cuando el demandante solicita el derecho a la asistencia jurídica gratuita, el plazo de un año se interrumpe hasta que se resuelve sobre el reconocimiento o la denegación de tal derecho, momento en el que se reanuda el cómputo del plazo de prescripción de la acción (FJ2º).

La STS 629/2018, de 13 de noviembre, determinó que el conocimiento por el agraviado de los hechos en que se basa su pretensión no es el conocimiento por pruebas biológicas de que el hijo no es suyo, sino la firmeza de la sentencia que pone fin al procedimiento de filiación, la «*expresa declaración judicial firme de la valoración de esas pruebas*»¹⁰⁷. Es este el momento en que cesa la presunción de paternidad y el *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción de la acción que, en el caso examinado, no estaba prescrita. De otra forma, la acción sería inoperante.

Con esta sentencia, el TS corroboró el inicio del cómputo del plazo que había fijado la jurisprudencia menor en el momento en que deviene firme la sentencia de impugnación de la paternidad, pues, hasta ese momento, sigue operando la presunción de paternidad matrimonial.

Cabe apuntar que, en este tipo de casos, los demandantes suelen pretender escindir la acción de responsabilidad civil en tantas acciones como perjuicios -patrimoniales y morales-, de manera que para cada tipo de daños existe un *dies a quo* distinto. Para los daños patrimoniales, es el momento de cesación de la obligación legal de alimentos por la estimación de la impugnación de la filiación. Para los daños morales, como se ha indicado, es el momento en que deviene firme la sentencia de impugnación de la paternidad. MARTÍN CASALS y RIBOT IGUALADA consideran que señalar una fecha de inicio distinta para cada uno de los perjuicios que provienen del mismo hecho no parece la solución adecuada, pues «*supone confundir el daño como interés jurídico protegido que justifica otorgar tutela aquiliana en estos casos con los perjuicios o concretas partidas resarcitorias que son consecuencia del daño y escindir la acción en tantas acciones como perjuicios resarcibles*»¹⁰⁸. Además, contrariamente a la doctrina fijada por el TS, estos autores estiman que el plazo comienza a transcurrir «*a partir del día en que el agraviado dispone de todos los elementos necesarios para reclamar todos*

¹⁰⁷ MAGRO SERVET, V., «Inexistencia...» *cit.*, 2018, p. 4.

¹⁰⁸ MARTÍN CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J., «Exclusión...» *cit.*, 2019, p. 11.

los perjuicios que derivan del daño»¹⁰⁹. Por ello, es esencial, para ellos, determinar cuál es el daño o interés jurídico protegido.

4. VALORACIÓN CRÍTICA: ¿ES LA OCULTACIÓN DE LA PATERNIDAD UN DAÑO MORAL INDEMNIZABLE?

4.1. Una aproximación al concepto de daño moral

La controversia sobre el concepto del daño moral surge porque los artículos 1101 y 1902 Cc. no hacen referencia expresa al mismo. Si bien, cuando el artículo 1107 Cc. señala que «todos» los daños deben ser resarcidos, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Única) 1163/2003, de 9 de diciembre (RJ 2003\8643) indica que, aunque el Código Civil no contemple como tal la indemnización de daños morales, la jurisprudencia casacional civil ha incluido en ese precepto los daños morales, debiendo estudiar las circunstancias concurrentes caso por caso para poder cuantificarlos, pues no se trata de reparar el patrimonio, sino de ayudar «a sobrellevar el dolor y angustia de las personas perjudicadas por el actuar injusto, abusivo o ilegal de otro» (FJ2º)¹¹⁰. Lo mismo ocurre con el artículo 1902 Cc. bajo la cláusula general de reparar el daño causado.

Por su parte, el artículo 1106 Cc. se refiere al daño emergente -definido como «la disminución del patrimonio de la víctima causada por el evento dañoso»¹¹¹- y al lucro cesante -«el valor o importe de la ganancia, utilidad o interés que se ha dejado de obtener»¹¹²- con respecto a los daños patrimoniales, pues el acto ilícito debe afectar, en todo caso, a bienes o derechos patrimoniales. ¿Cabe decir lo mismo en relación con los daños morales? Nuestro sistema de responsabilidad civil aspira a la total reparación del daño, pero no opera con la misma intensidad en los daños patrimoniales y en los no patrimoniales, pues, respecto a los primeros, la reparación puede ser prácticamente

¹⁰⁹ MARTÍN CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J., «Exclusión...» *cit.*, 2019, p. 11.

¹¹⁰ En este mismo sentido, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 217/2012, de 13 de abril (RJ 2012\5902) apunta que «el daño moral se identifica con las consecuencias no patrimoniales representadas por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en algunas personas pueden producir ciertas conductas, actividades e incluso resultados, con independencia de la naturaleza, patrimonial o no, del bien, derecho o interés que ha sido infringido, y se indemniza junto al daño patrimonial, bien mediante la aplicación de reglas específicas, como la del artículo 1591 del Código Civil, bien mediante las generales de responsabilidad contractual o extracontractual de los artículos 1101 y 1902 del mismo texto legal» (FJ5º).

¹¹¹ Artículo 20:201 PETL.

¹¹² DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993, p. 365.

íntegra, al ser evaluables económicamente, mientras que los segundos no son susceptibles de evaluación económica, por lo que es difícil lograr una reparación completa¹¹³.

En efecto, la expresión «daño moral» es ambigua e imprecisa¹¹⁴, dado que no identifica su contenido, unido a la sobreabundancia de tesis no coincidentes. Si queremos dilucidar si los daños morales deben ser indemnizados o no, es preciso determinar previamente qué son los daños morales¹¹⁵.

Ya hemos definido el *daño* como la lesión de un interés jurídico relevante, de manera que al *daño moral* se le añade algún elemento especial que lo cualifique.

Existen dos corrientes que han ido perfilando el concepto de daño moral: una *positiva*¹¹⁶, que describe los posibles bienes jurídicos objeto de protección, y una *negativa*¹¹⁷, que destaca los elementos ausentes en el mismo, definiéndolo, básicamente, como todo lo que no sea patrimonial o material¹¹⁸. En la jurisprudencia, también contamos con pronunciamientos divergentes.

La STS 139/2001, de 22 de febrero, hace una conceptualización del daño moral como «*zozobra, sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre*» (FJ6º). Además, incluye las dos categorías de definiciones. En su integración *negativa*, el daño moral puede entenderse como la «*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*» (FJ6º). En su integración *positiva*, se refiere a «*categorías anidadas en la*

¹¹³ ABEL LLUCH, X., «La prueba de la indemnización de los daños y perjuicios: daño emergente, lucro cesante y daño moral», en *Práctica de Tribunales* nº109, 2014, p. 5.

¹¹⁴ El Profesor LLAMAS POMBO (LLAMAS POMBO, E., *Las formas... cit.*, 2020, p. 200.) considera más adecuada la distinción entre *daño al patrimonio* y *daño a la persona*, pues este último se refiere «tanto al cuerpo humano y todo lo que rodea al mismo (la integridad física, la estética, la funcionalidad, la salud en general) como a los sentimientos», de manera que abandona la confusa idea del «daño moral».

¹¹⁵ LLAMAS POMBO, E., *Las formas... cit.*, 2020, p. 199.

¹¹⁶ Entre otros, ZOIDO ÁLVAREZ, J. I., «Valoración de la vida y de la integridad física», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 165 y ss.; GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1990, p. 80.

¹¹⁷ Entre otros, GÓMEZ POMAR, F., «El daño moral», en *InDret* 1/00, 1999, pp. 1 y ss.; DE ANGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de Responsabilidad Civil*, 3ª edición, Civitas, Madrid, 1993, p. 675; ROCA TRÍAS, E., *Derecho de Daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 125; y el artículo 10:301 de los PETL, aunque sin definirlo.

¹¹⁸ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P., «El daño moral. Una aproximación a su configuración jurídica», en *Revista de Derecho Privado*, abril, 2006, p. 31.

esfera del intimismo de la persona, y que, por ontología, no es posible emerjan al exterior, [...] toda la gama de sufrimientos y dolores físicos o psíquicos que haya padecido la víctima a consecuencia del hecho ilícito, [...] 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 pseudoparentales» (FJ6º).

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 810/2006, de 14 de julio (RJ 2006\4965) hace referencia, en su FJ3º, a las diversas nociones que ha ido haciendo la jurisprudencia: sufrimiento o padecimiento psíquico -SSTS (Sala de lo Civil) 474/1995, de 22 de mayo (RJ 1995\4089), 818/1996, 19 de octubre (RJ 1996\7508) y 766/1999, 24 de septiembre (RJ 1999\7272)-, impacto o sufrimiento psíquico o espiritual -STS (Sala de lo Civil) de 23 de julio de 1990 (RJ 1990\6164)-, impotencia, zozobra, ansiedad, angustia -STS (Sala de lo Civil) de 6 de julio de 1990 (RJ 1990\5780)-, trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente -STS (Sala de lo Civil) 47/1998, de 27 de enero (RJ 1998\551)-. Apunta también que la idea del daño moral aparece representada *«por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cual si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad (ofensas a la fama, al honor, honestidad, muerte de persona allegada, destrucción de objetos muy estimados por su propietario, etc.)»* (FJ3º).

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 217/2012, de 13 de abril (RJ 2012\5902) lo identifica *«con las consecuencias no patrimoniales representadas por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en algunas personas pueden producir ciertas conductas, actividades e incluso resultados, con independencia*

de la naturaleza, patrimonial o no, del bien, derecho o interés que ha sido infringido, y se indemniza junto al daño patrimonial» (FJ5º).

Estos distintos planteamientos hacen que varíe el tratamiento que Jueces y Tribunales dispensan al daño moral, lo que atenta contra el principio de seguridad jurídica¹¹⁹. Sin embargo, hay leyes que reconocen expresamente el daño moral, como la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, o el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, así como el artículo 10:301 PETL, que reconoce la compensación del «daño no patrimonial».

En definitiva, el concepto se ha deformado. Dado que nuestro sistema de responsabilidad es abierto y no se identifican bienes jurídicos concretos objeto de indemnización, se advierte una tendencia en los Jueces y Tribunales a reconocerlos en muy variados casos, siendo los más habituales la afectación de derechos de la persona -honor, libertad, intimidad, etc.-, las lesiones corporales o en su consideración como *pretium doloris*, que, como se ha indicado, se entiende como el dolor psicofísico que sufre la víctima de una lesión¹²⁰.

- A) Por lo que se refiere a la *lesión de derechos de la persona*, la LO 1/1982 no ofrece una definición sobre el daño moral, pero sí que lo incluye como objeto de indemnización cuando se produzca una intromisión ilegítima en los derechos fundamentales a los que se refiere la Ley. Su artículo 9.3 establece que la correspondiente indemnización derivada del menoscabo de tales derechos se extiende al daño moral, para cuya valoración debe atenderse a *«las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido»*. De esta forma, son dos los criterios a seguir para fijar el *quantum* indemnizatorio: uno subjetivo, que se refiere a la reputación de la víctima y sus circunstancias personales, tales como la edad o el sexo, y otro

¹¹⁹ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P., «El daño...» *cit.*, 2006, p. 36.

¹²⁰ Sobre las categorías de daño moral, puede verse: MATE SATUÉ, L. C., «La delimitación del concepto de daño moral: un estudio de la cuestión en el ordenamiento jurídico español», en *Revista Boliviana de Derecho* n°32, 2021 -pendiente de publicación en julio-.

objetivo, que alude a la divulgación del medio a través del cual se ha producido la intromisión ilegítima¹²¹.

Además, junto a la indemnización, el artículo 9.2 LO 1/1982 prevé la adopción de todas las medidas necesarias para reestablecer al perjudicado el pleno disfrute de sus derechos, el cese inmediato de la intromisión sufrida, la publicación de la sentencia condenatoria, la prevención de ulteriores injerencias y *«la apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos»*.

- B) En cuanto a las *lesiones corporales*, se trata de un supuesto de indemnización por daños a la integridad física de las personas. Son indemnizables las que ocasionan enfermedad, pérdida de algún miembro o secuelas que provocan una discapacidad, sea permanente o no. La indemnización incluye el sufrimiento hasta la curación, la imposibilidad de desarrollar la vida de la misma forma que se hacía antes del hecho lesivo, el daño sexual y el daño estético¹²².

De forma orientativa, se siguen los criterios establecidos por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (LRCSCVM), cuyo artículo 93.1 define las secuelas permanentes como *«las deficiencias físicas, intelectuales, orgánicas y sensoriales y los perjuicios estéticos que derivan de una lesión y permanecen una vez finalizado el proceso de curación»*. En cambio, conforme al artículo 134 LRCSCVM, son lesiones temporales *«las que sufre el lesionado desde el momento del accidente hasta el final de su proceso curativo o hasta la estabilización de la lesión y su conversión en secuela»*.

Por su parte, el artículo 10:301 (3) PETL identifica el daño no patrimonial, en los casos de daño corporal, con *«el sufrimiento de la víctima y el perjuicio de su salud física o psíquica»*.

- C) Respecto al *pretium doloris*, hay que partir de la idea de daño moral como *«sufrimiento o padecimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden*

¹²¹ ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho... cit.*, 2020, p. 243.

¹²² ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho... cit.*, 2020, p. 241.

*ocasionar determinadas conductas o actividades que impliquen una agresión directa a bienes integrantes de su acervo tanto material como de índole extrapatrimonial»*¹²³. Trasladado a nuestro objeto de estudio, se trata de ponerle un precio al dolor que padece el padre que descubre que quien ha considerado su hijo no lo es realmente. El problema surge porque no encontramos en nuestro ordenamiento jurídico una regulación expresa como la de los dos supuestos anteriores.

Con anterioridad, se ha precisado que la infidelidad conyugal *per se* no es una causa generadora de responsabilidad civil para el cónyuge incumplidor. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia (Sección Única) 186/2003, de 30 de septiembre (JUR 2003\244422), ante la reclamación por la esposa de una indemnización por el sufrimiento padecido tras el abandono del hogar por su marido, señaló que, «*a pesar de la proliferación de supuestos en que se considera indemnizable el daño moral por la jurisprudencia actual [...], entre tales supuestos no se encuentran los daños causados por infidelidades, abandonos o ausencia de lealtad en las relaciones personales, amistosas o amorosas, pues tales supuestos entran en el terreno de lo extrajurídico*» (FJ2º) y solo son contemplados como causa de separación, divorcio y desheredación.

No obstante, la situación cambia cuando la infidelidad va acompañada de la procreación de un hijo extramatrimonial, con la consiguiente reclamación de daños morales por el marido tras descubrir la verdadera paternidad, y así lo evidencia la línea jurisprudencial que tiende a admitir la responsabilidad de la esposa en estos casos¹²⁴. Atendiendo a las circunstancias de cada asunto y sirviéndose, fundamentalmente, de los parámetros establecidos por la LRCSCVM, se da cierto margen a Jueces y Tribunales para fijar la indemnización.

Podemos sintetizar lo dicho hasta aquí en que la necesidad de fijar un concepto de daño moral conduce a solucionar el problema de determinar el umbral del daño moral «*a partir del cual es razonable y justo poner en funcionamiento el mecanismo resarcitorio*»¹²⁵. No

¹²³ CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., «El daño moral. Su dificultad probatoria y el problema de su cuantificación», en *Actualidad Civil* nº6, 2018, p. 3.

¹²⁴ ECHEVARRÍA DE RADA, T., «Responsabilidad civil por infidelidad conyugal», en *Diario La Ley* nº8, 2015, pp. 2-3 (según numeración del pdf).

¹²⁵ LLAMAS POMBO, E., *Las formas... cit.*, 2020, p. 210.

se discute que la víctima haya sufrido un daño. Lo que se discute es cuándo ese sufrimiento, esa zozobra, inquietud o pesadumbre debe ser imputada al causante y cuándo no. Como indica el Profesor LLAMAS POMBO, considero que el daño debe tener cierta gravedad, en el sentido de que la perturbación debe afectar de manera directa a la personalidad. En otras palabras, debe haber una conexión entre el daño moral y la lesión de los bienes esenciales de la personalidad¹²⁶.

A estos efectos, se distinguen dos aspectos: uno *interno*, que se refiere a la esfera íntima del sujeto, a los sentimientos de dolor, preocupación, angustia, y otro *externo*, que alude a «la disminución de las posibilidades de relación con el mundo exterior»¹²⁷. Deben darse ambos, pues, de lo contrario, no cabe que el Derecho intervenga en daños cuantitativamente mínimos (*de minimis praetor non curat*).

Del estudio doctrinal y jurisprudencial efectuado sobre la ocultación de la verdadera paternidad, ha quedado probado que el marido o pareja ve lesionados sus derechos - derecho al libre desarrollo de la personalidad, en la vertiente de tener un proyecto de vida familiar, e integridad psíquica-, de manera que el aspecto interno del daño moral es claro. El aspecto externo es el que plantea problemas, pues podría venir motivado por el escarnio social vinculado al conocimiento social de que quien ha sido tratado como hijo no lo es y que esa afectación impida o dificulte al progenitor desenvolverse en el entorno social.

4.2. La dificultad de cuantificar el daño moral: breve referencia

La especial naturaleza de los daños morales plantea dificultades respecto de su cuantificación y, consecuentemente, la determinación de la forma de resarcir. Una posibilidad es la reparación *in natura* o en forma específica, que supone restaurar la realidad anterior a la producción del daño. Sin embargo, su admisión es dudosa, pues puede eliminarse la causa que provocó el daño, pero no los perjuicios producidos¹²⁸. Otra posibilidad es la reparación mediante equivalente pecuniario, es decir, el pago de una indemnización, encontrándonos con el problema de valoración del daño moral¹²⁹.

En nuestro ordenamiento jurídico, existen algunos supuestos en los que una ley ha fijado el *quantum* indemnizatorio. Es el caso, por ejemplo, de los daños ocasionados a las

¹²⁶ LLAMAS POMBO, E., *Las formas... cit.*, 2020, p. 211.

¹²⁷ LLAMAS POMBO, E., *Las formas... cit.*, 2020, p. 211.

¹²⁸ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P., «El daño...» *cit.*, 2006, p. 40.

¹²⁹ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P., «El daño...» *cit.*, 2006, p. 42.

personas en accidentes de circulación, regulados en la citada LRCSCVM, en cuyo anexo se establecen unos baremos para evaluar la indemnización. O el caso de vulneración de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, pues el artículo 9.3 LO 1/1982 fija las bases para su cuantificación: circunstancias del caso, gravedad de la lesión efectivamente producida, difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido y beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.

Sin embargo, lo habitual es que no exista previsión legal ni siquiera sobre las bases para su cuantificación, de manera que el Juzgador determina la indemnización a su «*prudente arbitrio*», «*en función de las circunstancias concurrentes*» o «*atendiendo a la cuantía reclamada*»¹³⁰. De esta forma, se aprecia un amplio margen de discrecionalidad en la valoración del daño moral, sin que implique arbitrariedad por parte del Tribunal, pues, en todo caso, está sometido a determinados criterios imperativos -pero que, de todos modos, repercute negativamente en el principio de seguridad jurídica-¹³¹: en primer lugar, la obligatoria fundamentación o motivación de su decisión; en segundo lugar, el deslinde de los distintos intereses en juego, diferenciando las lesiones que no presentan una relevancia significativa de las que sí resultan merecedoras de compensación; en tercer lugar, desglosar los distintos perjuicios que comprende el daño moral merecedor de compensación, pues solo así puede lograrse una adecuada valoración del mismo; y, por último, la sujeción a criterios legales, como la referencia al artículo 1106 Cc. (daño emergente y lucro cesante) o a las leyes que establecen bases indemnizatorias¹³².

Respecto a los criterios legales, es importante el sistema de valoración establecido en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que, mediante unas tablas, establece la cuantía de la indemnización para distintos perjudicados -en función de varios factores, como su edad, ingresos netos o años de duración del matrimonio- y distintos conceptos indemnizatorios -perjuicios personales y perjuicios patrimoniales-. De este modo, el baremo responde al principio de vertebración, pues se contemplan por

¹³⁰ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P., «El daño...» *cit.*, 2006, p. 47.

¹³¹ LLAMAS POMBO, E., *Las formas... cit.*, 2020, pp. 324-326.

¹³² Además de la LO 1/1982 y la LRCSCVM, también establecen bases para cuantificar la indemnización el artículo 47 de la Ley de Expropiación Forzosa, el artículo 140.2.a) de la Ley de Propiedad Intelectual, el artículo 74.2.a) de la Ley de Patentes, el artículo 43.2.b) de la Ley de Marcas, o el artículo 141.b) del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

separado el daño patrimonial (daño emergente y lucro cesante) y el daño moral y, dentro de cada categoría, se desglosan distintos conceptos con la finalidad de evitar vacíos y solapamientos¹³³.

La objeción que cabe hacer a este sistema es que se trata de un modelo abstracto y el principio de reparación íntegra exige un sistema concreto de valoración del daño que atienda a las circunstancias concurrentes de cada caso. Por ello, se cuestiona la posibilidad de configurar un baremo que sea capaz de ajustar la indemnización a cada daño y a cada dañado¹³⁴.

Aun así, Jueces y Tribunales utilizan el baremo de la Ley 35/2015 como criterio orientativo para valorar las circunstancias de cada caso que sirven de base para cuantificar la indemnización. Pero ello no quiere decir que pueda aplicarse por analogía. El TS se ha pronunciado sobre este extremo en la Sentencia 58/2006, de 10 de febrero (RJ 2006\674) apuntando que, para que quepa la aplicación analógica del artículo 4.1 Cc., debe haber necesariamente una laguna legal, circunstancia de la que no puede hablarse respecto al daño moral, pues lleva mucho tiempo resolviéndose conforme al criterio judicial. Por tanto, cabe su utilización únicamente como criterio hermenéutico¹³⁵.

Centrándonos en nuestro objeto de estudio, la STS 810/2006, de 14 de julio, señala los elementos a considerar para cuantificar la indemnización por daños morales derivados de la ocultación de la paternidad: «*afectación psicológica sufrida por el actor y que consta en el informe pericial, pérdida de relaciones paternofiliales con el menor, años de convivencia del actor con el menor, conducta dolosa de la demandada y las secuelas sufridas por el actor*» (FJ3º), a los que se unen los criterios enumerados por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 2ª) 112/2018, de 23 de abril (AC 2018\1384): «*vínculo afectivo creado, grado de participación familiar, coste emocional y psicológico*» y «*los años de duración del matrimonio y de la convivencia con los menores*» (FFJJ 17º y 19º).

En definitiva, dada la especial naturaleza del daño moral, su resarcimiento no pretende restablecer la situación al estado anterior a la producción del daño, sino compensarlo mediante una indemnización, cuya cuantificación corresponde efectuar al Juzgador

¹³³ LLAMAS POMBO, E., *Las formas... cit.*, 2020, pp. 330-338.

¹³⁴ LLAMAS POMBO, E., *Las formas... cit.*, 2020, p. 327.

¹³⁵ LLAMAS POMBO, E., *Las formas... cit.*, 2020, pp. 343-344.

discrecionalmente. No existe una armonización sobre los criterios utilizados en la jurisprudencia para su valoración, pero sí que es generalmente aceptada la aplicación de los baremos establecidos en la Ley 35/2015 como criterio orientador.

4.3. La ocultación de la paternidad como un daño moral indemnizable

En primer lugar, debemos descartar la manutención del hijo como un daño, ya sea reclamada tanto por la vía del cobro de lo indebido como por la vía de la responsabilidad extracontractual. Ha quedado probado que, al nacer el hijo constante matrimonio e inscribirse como tal, los alimentos son un *deber* para aquellos que ostentan la patria potestad -o autoridad familiar en Aragón- y un *derecho* para el hijo. Lo mismo sucede cuando nace el hijo no matrimonial si el progenitor reconoce su paternidad. Se trata de una obligación legalmente impuesta, aunque sea bajo la apariencia de paternidad, pues la presunción de paternidad despliega todos sus efectos en tanto no quede desvirtuada. De esta forma, la obligación de alimentos es efectiva hasta que se destruye la realidad biológica mediante sentencia dictada en un proceso de impugnación de la filiación.

De ello se infiere que los alimentos pagados son *irretroactivos*, ya que han sido consumidos por los hijos para satisfacer sus necesidades vitales. Reclamar su devolución es contrario a la naturaleza de los mismos y al *principio del interés superior del menor*.

En segundo lugar, hemos apreciado la evolución jurisprudencial hacia el abandono del *principio de inmunidad conyugal*. Partimos de las SSTS 687/1999, de 22 de julio, y 701/1999, de 30 de julio, en las que no se reconoce la procedencia de la indemnización de daños morales -en la primera, porque no se da una conducta dolosa en la demandada; en la segunda, porque se reconoce el reproche ético y social que merece la infidelidad conyugal, pero no que sea indemnizable económicamente-.

En los años posteriores, varias Audiencias Provinciales han dictado diversas sentencias en las que sí reconocen la procedencia de la indemnización argumentando que, efectivamente, la infidelidad conyugal no es susceptible de indemnización económica, pero sí lo es ocultar la procreación de un hijo extramatrimonial. Si bien, divergen en los criterios de imputación de la responsabilidad, pues algunas consideran que debe darse una conducta *dolosa* en la demandada, mientras que, para otras, basta con una conducta *negligente* o *culpable*. Como ya se ha puesto de relieve, esta diversidad de pronunciamientos genera inseguridad jurídica.

En el año 2018, la STS 629/2018, de 13 de noviembre, ha confirmado el rechazo de la indemnización al marido tanto del daño moral causado por la ocultación de la verdadera paternidad como del abono de alimentos a quienes consideraba sus hijos. Con esta resolución, el TS establece que el Derecho de daños debe quedar fuera del Derecho de familia, de manera que los daños que se produzcan en el ámbito familiar no sean resarcidos por la vía de la responsabilidad contractual ni extracontractual.

No obstante, la SAP de Madrid (Sección 8ª) 231/2019, de 24 de mayo, ha vuelto a abrir la posibilidad de resarcir los daños morales por ocultación de la paternidad *ex* artículo 1902 Cc. Ello supone que el debate sobre la cuestión, como se ha anticipado al comienzo de este trabajo, no ha concluido. Esta sentencia considera que la doctrina del TS sobre dar respuesta a este tipo de situaciones con la normativa matrimonial -mediante la separación o el divorcio- y que no contempla la resarcibilidad de los daños generados a uno de los cónyuges por el otro no es aplicable al supuesto enjuiciado, pues no se trata de una relación matrimonial, sino de noviazgo, de manera que, al no existir regulación legal expresa sobre la misma, no rigen los deberes matrimoniales de los artículos 67 y 68 Cc. y el miembro de la pareja que cause un daño al otro es responsable del mismo¹³⁶.

Por tanto, se observa el progresivo abandono de los privilegios de inmunidad entre los cónyuges, de manera que, por el mero hecho de estar casados, no dejan de ser responsables de los daños causados entre ellos. Ello se debe, por un lado, a que, en la actualidad, prima la autonomía individual de cada uno de los integrantes de la familia respecto al grupo. *«El sujeto familiar es, sobre todas las cosas, una persona y no existe ninguna prerrogativa familiar que permita que un miembro de la familia cause daño doloso o culposamente a otro y se exima de responder en virtud del vínculo familiar»*¹³⁷. Por otro lado, el silencio del legislador no puede ser un argumento en contra de la reparación del daño, puesto que tampoco existe ninguna norma que lo prohíba. De hecho, tras la reforma del Código civil operada por la Ley 15/2005, que instaura el divorcio sin causa, se rechaza el principio de especialidad, conforme al cual las consecuencias del incumplimiento de los deberes conyugales solo pueden ser las que determina el Derecho

¹³⁶ DE LA IGLESIA MONJE, M. I., «La ocultación de la madre de sus dudas sobre la paternidad y el daño moral», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n° 777, 2020, pp. 467-468.

¹³⁷ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Mª. T., «¿Cabe la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales?», en *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia*, LASARTE ÁLVAREZ, C. et al. (coordinadores), 2004, p. 2.

de familia¹³⁸. Además, el Derecho de daños en nuestro Código civil establece una cláusula abierta, de modo que este supuesto de hecho de ocultación de la paternidad podría tener encaje en el artículo 1902 Cc.

En línea con lo expuesto por la Profesora MARÍN GARCÍA DE LEONARDO¹³⁹, no se trata de introducir criterios de culpabilidad en la separación o en el divorcio, sino de determinar si existe realmente un daño indemnizable porque el cónyuge ha visto lesionados sus derechos e intereses. No es válido rechazar el resarcimiento argumentando que ello supondría volver a la consideración de la separación y el divorcio como una sanción -es decir, restituir el sistema anterior a la reforma del Código civil de 2005-, pues, por un lado, ya hemos confirmado que el Derecho de daños es esencialmente resarcitorio, descartando la función punitiva de la responsabilidad civil y, por otro, implicaría no proporcionar una protección adecuada a una persona que sufre un daño.

No obstante, sí que es cierto, como indica el Profesor LLAMAS POMBO, que la admisión del Derecho de daños en el ámbito familiar da lugar a una hipertrófica aplicación de la responsabilidad civil, es decir, a una proliferación de demandas¹⁴⁰, pero eso no obsta a que deba excluirse su indemnización, sino que pone de relieve la necesidad de establecer los criterios por los que esta cuestión puede dar lugar a indemnización.

Llegados a este punto, debemos valorar los argumentos doctrinales y jurisprudenciales estudiados en los que se fundamenta el reconocimiento de la indemnización de daños morales por ocultación de la paternidad.

En contra de la configuración de la ocultación como un daño indemnizable, se alega que no se ha producido una ruptura del vínculo biológico, bajo la máxima de que no puede desaparecer aquello que nunca ha existido. La relación padre-hijo genera unos vínculos afectivos que, tras conocer que no está amparada en una realidad biológica, se resiente. En este sentido, no es el mismo supuesto el caso en el que un padre no biológico es consciente de esta circunstancia y decide acompañar, velar y educar a un niño, pues se trata de una decisión libre y voluntaria, que aquél que realiza las mismas actuaciones bajo la errónea concepción de que se trata de un hijo biológico, por lo que no puede obviarse el apego del padre hacia el hijo, que se ve obligado a desvincularse.

¹³⁸ PÉREZ GÁLLEGO, R., «Nuevos daños...» *cit.*, 2015, pp. 145-146.

¹³⁹ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a. T., «¿Cabe...?» *cit.*, 2004, p. 9.

¹⁴⁰ LLAMAS POMBO, E., *Las formas...* *cit.*, 2020, pp. 23-27.

Si bien no tiene por qué desaparecer ese arraigo o sentimiento por completo, hay que atender a la edad del hijo y a la voluntad de la madre. Si se revela la verdadera filiación cuando el hijo tiene cierto grado de madurez, es probable que éste quiera mantener la relación con quien ha considerado su padre hasta ese momento. Sin embargo, si se hace cuando el hijo es muy pequeño, no tendrá la suficiente capacidad para comprenderlo y, seguramente, la madre no querrá que su ex marido o ex pareja mantenga contacto con el menor, de manera que el vínculo sí que se romperá definitivamente.

Junto a ello, hay que tener en cuenta el sentimiento de engaño, que puede comprometer las futuras relaciones del marido o pareja dada la desconfianza que la infidelidad genera, así como la afectación a nivel externo, por un lado, al tener que revelarlo al resto de la familia, que también había considerado a ese hijo como un nieto, un sobrino, etc., y, por otro, el estigma social que puede implicar, dado que estas personas eran consideradas socialmente como progenitor e hijo.

En síntesis, dependerá de las circunstancias de cada caso, pero es indiscutible que puede suponer una pérdida de la relación paternofilial traumática, irreversible y definitiva. Como se ha dicho, el daño moral entendido como *pretium doloris*, como lesión a la integridad psicofísica, está constituido tanto por los daños causados esencialmente a la salud psíquica, como por los daños existenciales derivados de cambios producidos «*en la realidad cotidiana del cónyuge dentro del ámbito en el que se desenvuelve*»¹⁴¹.

Respecto a la conducta dolosa o negligente, es cierto que, hasta la obtención de los resultados de la prueba de paternidad, no puede saberse con total seguridad quién es el verdadero padre. No obstante, si se han mantenido simultáneamente relaciones sexuales con el marido o pareja y con otra persona distinta -sin utilizar anticonceptivos o siendo éstos ineficaces-, pueden sospecharse dudas razonables sobre quién es el progenitor biológico del hijo que espera. Esta circunstancia es considerada en varias sentencias de la jurisprudencia menor como una conducta negligente, entendida como la falta de la diligencia debida al no adoptar las medidas necesarias para determinar la verdadera filiación, relajando la exigencia de concurrencia de dolo para estimar la responsabilidad extracontractual y configurando la culpa o negligencia como un concepto más amplio que el de dolo o intención maliciosa. La conducta dolosa solo puede apreciarse cuando se

¹⁴¹ PÉREZ GÁLLEGO, R., «Nuevos daños...» *cit.*, 2015, p. 161.

conocía la verdadera paternidad y se ocultó intencionadamente. Quizás esta actuación no se da en todos los supuestos, pero el criterio de la negligencia será frecuente.

Por todo ello, debemos concluir que la ocultación de la paternidad debe ser reconocida como un daño moral indemnizable en nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, hay dos aspectos en relación con los argumentos alegados con frecuencia por los demandantes con los que, personalmente, discrepo. En primer lugar, no considero que pueda equipararse descubrir que quien creías que es tu hijo no lo es realmente a la muerte de un hijo. Este punto guarda relación con las denominadas *wrongful birth* y *wrongful life actions*¹⁴², en las que se plantea si la concepción de un hijo con una patología determinada puede equipararse, a efectos indemnizatorios, con la muerte de un descendiente. Así, Sentencias como las del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 1197/2007, de 23 de noviembre (RJ 2008\24) y 836/2007, de 19 julio (RJ 2007\4692) reconocen que el nacimiento de un niño con Síndrome de Down causa un daño moral a los progenitores por frustrar sus expectativas de tener un hijo «sano» y por privar a la madre de la posibilidad de interrumpir voluntariamente su embarazo de haber conocido las anomalías en el feto¹⁴³, considerando que tal daño debe ser indemnizado como si hubiera fallecido un hijo.

En mi opinión, ni el nacimiento con una enfermedad ni la declaración de que no es hijo biológico se pueden equiparar a la muerte, a efectos de indemnización, porque, efectivamente, el niño no ha fallecido y, en cierta medida, la concesión de la indemnización en estos casos implica cierto desprecio hacia las personas con discapacidad. En los casos de atribución indebida de la paternidad -que podrían denominarse *wrongful fatherhood*-, el daño no consiste en determinar una paternidad que no se corresponde con la verdad biológica, del mismo modo que en los casos de *wrongful birth* y *wrongful life* no lo es tener un hijo con discapacidad, pues ambas son circunstancias que el padre no biológico y la madre gestante, respectivamente, pueden asumir libremente. El daño radica «en la intromisión en la libertad individual que supone

¹⁴² VICENTE GÓMEZ, M. A., Trabajo Fin de Grado: *Las acciones wrongful birth y wrongful life en el ordenamiento jurídico español*, presentado en la Universidad de Salamanca, 2015, p. 3: Estas acciones son definidas como aquellas demandas que se interponen tras el nacimiento de un niño con algún tipo de discapacidad -física y/o psíquica- contra el facultativo que atendió a la madre y que no cumplió su labor adecuadamente u ocultó información sobre graves deficiencias en el feto que, de haber sido conocidas, habrían posibilitado que la mujer interrumpiese su embarazo.

¹⁴³ MAZZILLI, E., «La acción de Wrongful Life en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 10/2012, 2012, p. 10.

impedir la decisión a quien legítimamente le correspondía, y ello con independencia de que la decisión de la mujer hubiese podido ser la de llevar a término la gestación y la del hombre asumir legalmente la paternidad y los deberes que de ella derivan»¹⁴⁴.

En segundo lugar, tampoco considero apropiado fundamentar el daño en el abuso que la madre ha hecho de su derecho a la libertad sexual, pues es una faceta de su libertad individual que el Derecho no puede coartar, es decir, no puede sufrir ninguna restricción por el hecho de estar casada o tener pareja, siempre que se trate de relaciones sexuales consentidas y aceptadas por ambas partes. Sin embargo, si causa un daño a otra persona en ejercicio de dicho derecho, ese daño es susceptible de ser indemnizado, como ocurre en los casos de nuestro objeto de estudio, o en los supuestos de contagio de enfermedades de transmisión sexual, citando como ejemplo la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 4ª) 375/2020, de 29 de octubre¹⁴⁵.

Para finalizar, en relación con la necesidad de articular la ocultación de la paternidad como un daño indemnizable, considero necesario realizar las siguientes consideraciones. La actual realidad social y familiar nos lleva a mirar la cuestión desde otra perspectiva. Un aspecto a tener en cuenta es la pluralidad de modelos familiares existentes - matrimonios, parejas estables o de hecho, familias monoparentales, parejas del mismo sexo, etc.-, que no cuentan con la regulación de la que sí dispone el matrimonio, por lo que no resulta adecuado hablar, respecto a estos otros modelos, de un deber jurídico.

Otro aspecto a considerar, gracias a la progresiva igualdad de los cónyuges en las relaciones familiares, ya sean matrimoniales o no, es la mayor implicación del marido en el cuidado y la educación de los hijos, de manera que ya no se reclama como indemnizable una lesión al honor o el incumplimiento del deber de fidelidad, sino la pérdida de la relación paternofilial, que debe ser puesta en valor en sí misma¹⁴⁶.

En nuestro ordenamiento, este tipo de indemnizaciones no tienen ningún apoyo normativo, no hay un reconocimiento legal expreso a la indemnización de daño moral en casos de ocultación de la paternidad, pero ha quedado probado que tienen cabida en la

¹⁴⁴ NEVADO CATALÁN, V., « Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad», en *InDret, Revista para el Análisis del Derecho* 4/2018, 2018, p. 21.

¹⁴⁵ Se trata de una sentencia penal por un delito de abuso sexual y otro de lesiones. El sujeto activo sufría una enfermedad bacteriana de transmisión sexual, circunstancia que comunicó a su pareja sexual, accediendo ésta a mantener relaciones con él utilizando preservativo. En uno de sus encuentros, él simuló ponérselo y, como consecuencia, le contagió dicha enfermedad. De esta forma, además de cumplir las correspondientes penas, debe responder de la responsabilidad civil por el daño moral causado a la víctima.

¹⁴⁶ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., «Daño moral...» *cit.*, 2021, pp. 285-293.

cláusula general del artículo 1902 Cc., si se tiene en cuenta, además, la importancia del *principio constitucional de la verdad biológica* consagrado en el artículo 39.2 CE, pues la conducta de la madre que oculta la paternidad biológica no puede quedar, en todo caso, extramuros del Derecho de daños, sino que deben valorarse las circunstancias del caso concreto para valorar si procede la indemnización de los daños morales generados al progenitor.

Por ese motivo, es necesario delimitar las condiciones que deben concurrir para que proceda el resarcimiento de los daños morales en la ocultación de la paternidad. La indemnización debe estar completamente desvinculada del deber jurídico de fidelidad al que alude el Código civil en su artículo 68, pues éste solo tiene sentido dentro del matrimonio, pero no dentro del resto de los modelos familiares actuales, siendo objeto de reclamación no por la infracción de este deber, sino como consecuencia de la ruptura del vínculo paternofilial. Asimismo, debe apreciarse una actuación negligente de la madre, considerando como tal el haber mantenido simultáneamente relaciones sexuales con el marido o pareja y con otra persona distinta sin utilizar métodos anticonceptivos o siendo éstos ineficaces y, a pesar de las evidentes dudas sobre la verdadera paternidad, no haya adoptado las medidas necesarias para determinarla después del nacimiento del hijo. También será exigible cuando se aprecie una conducta dolosa, esto es, cuando la madre haya tenido un hijo extramatrimonial conociendo la verdadera filiación y ocultándola intencionadamente.

De esta forma, se posibilita la reclamación del daño moral causado sobre la base de la verdad biológica y el deber de información de la mujer, cuyos derechos fundamentales a la intimidad y a la libertad sexual no deben ocasionar a otra persona consecuencias jurídicas como es atribuir la condición de padre a quien no lo es. Se trata, en definitiva, de imponer la verdad biológica sobre la falsa paternidad.

5. CONCLUSIONES

Primera

La esencia del artículo 1902 Cc. y, por tanto, la principal función de nuestro Derecho de daños es resarcir. Se pretende compensar al perjudicado el daño que ha sufrido, ya sea patrimonial o moral, mediante la reparación en forma específica o *in natura*, o mediante el pago de una indemnización. La potestad sancionadora o punitiva queda descartada,

pues, en nuestro ordenamiento jurídico, se atribuye al Derecho Penal castigar los comportamientos antijurídicos. La función preventiva se reconoce como finalidad del Derecho de daños con carácter subsidiario, en el sentido de evitar o minimizar los perjuicios.

Segunda

Para el nacimiento de la responsabilidad extracontractual y poder atribuir el daño a un sujeto en concreto, es necesaria la concurrencia de dolo o culpa. En nuestro objeto de estudio, se considera dolosa la ocultación que hace la madre a su cónyuge o pareja estable de la verdadera paternidad, y negligente la forma de concepción, bien por no utilizar métodos anticonceptivos o bien por utilizarlos, pero que no fuesen efectivos, así como mantener relaciones sexuales simultáneamente con el marido o pareja y con un tercero, de manera que, teniendo dudas sobre la verdadera paternidad de su hijo, la madre no adopta medidas para determinar la auténtica filiación una vez producido el alumbramiento del hijo. La representación de la posible paternidad de otro también podría equipararse al *dolo eventual*. Se trata, en todo caso, de una responsabilidad de corte subjetivo.

Tercera

La reclamación de daños morales por ocultación de la verdadera paternidad se debe fundar en la ruptura del vínculo biológico y no en el incumplimiento del deber de fidelidad. El descubrimiento de la verdadera filiación puede tener como consecuencia la ruptura completa o el deterioro de las relaciones mantenidas con el que ha sido considerado hasta ese momento como hijo biológico.

De esta forma, la indemnización se desvincula de la infidelidad conyugal, aproximándose a la pérdida de lazos afectivos, pues ya ha quedado probado que ésta no es *per se* indemnizable, teniendo presente, además, que los deberes matrimoniales de los artículos 67 y 68 Cc. son incoercibles y, jurídicamente, previstos solo para el matrimonio.

Cuarta

Los gastos desembolsados en concepto de alimentos al que se tenía por hijo no constituyen un daño patrimonial indemnizable. Por un lado, el reconocimiento o determinación legal de la paternidad establece un deber para aquellos que ostentan la patria potestad, que debe cumplirse aunque luego se descubra que no es el padre biológico, de manera que se establece la irretroactividad de los alimentos pagados, que han sido consumidos para satisfacer las necesidades vitales de los descendientes. Por otro lado, constituyen un derecho del hijo, aunque haya nacido bajo la apariencia de paternidad. Estos pagos derivan de una obligación legalmente impuesta, que es efectiva hasta que se dicte sentencia en un proceso de impugnación de la filiación que desvirtúe la presunción de paternidad.

Quinta

El daño moral, generalmente definido como «*zozobra, sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre*», es un concepto amplio que abarca una gran variedad de casos, desde la afectación de derechos de la persona y las lesiones corporales, hasta su consideración como el precio del dolor por el sufrimiento psicofísico que padece la víctima de una lesión. En nuestro objeto de estudio, no es la infidelidad la que provoca el daño moral, sino la procreación de un hijo extramatrimonial ocultándolo al marido o pareja.

Este daño es indemnizable debido, en primer lugar, al abandono del principio de inmunidad conyugal, que nos permite aplicar el Derecho de daños en el ámbito familiar. Por el mero hecho de estar casados o constituir una pareja estable, el hombre y la mujer no dejan de ser responsables de los daños que se causen el uno al otro. En segundo lugar, el supuesto de hecho tiene cabida en el artículo 1902 Cc., pues deriva de la conducta *negligente* de la madre y, en algunos casos, *dolosa*, de manera que se cumple el criterio subjetivo de imputación de la responsabilidad extracontractual.

En relación con la prescripción de la acción de reclamación de indemnización de daños morales del citado precepto, el *dies a quo* para el inicio del cómputo de dicho plazo no es el conocimiento por pruebas biológicas de que el hijo no es suyo, sino la firmeza de la sentencia que pone fin al procedimiento de impugnación de la filiación, pues es el

momento en que cesa la presunción de paternidad, puesto que, de otra forma, la acción sería inoperante.

Por último, el fundamento de esta indemnización es la ruptura del vínculo biológico, pues, al descubrir que la relación padre-hijo no está amparada en una realidad biológica, los vínculos afectivos desarrollados se resienten. Si bien la relación no tiene por qué desaparecer completamente, puesto que depende de las circunstancias de cada caso, de la edad del hijo y de la voluntad de la madre, puede suponer una pérdida de la relación paternofilial traumática, irreversible y definitiva que justificaría la indemnización del daño moral como el *pretium doloris*.

6. BIBLIOGRAFÍA

ABEL LLUCH, X., «La prueba de la indemnización de los daños y perjuicios: daño emergente, lucro cesante y daño moral», en *Práctica de Tribunales* nº109, 2014 [consultado 17 de mayo de 2021].

ÁLVAREZ OLALLA, M.^a P., «Prescripción de la acción ejercitada por el marido contra su ex mujer por daños sufridos al determinarse judicialmente la filiación extramatrimonial de una hija, previamente inscrita como matrimonial», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 9/2011, 2011 [consultado 17 de marzo de 2021].

BELHADJ BEN GÓMEZ, C., «Ocultación de paternidad y daños morales», en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 4/2015, 2015 [consultado 18 de abril de 2021].

BERROCAL LANZAROT, A. I., «Daños en el derecho de familia: la ocultación de la paternidad no biológica del hijo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* nº 778, 2020, pp. 1154-1204 [consultado 25 de abril de 2021].

CARRASCO PERERA, A., «El precio de la infidelidad», en *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 666/2005, 2005 [consultado 17 de marzo de 2021].

CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., «El daño moral. Su dificultad probatoria y el problema de su cuantificación», en *Actualidad Civil* nº6, 2018 [consultado 15 de mayo de 2021].

COLÁS ESCANDÓN, A. M.^a, «Consecuencias derivadas del incumplimiento del régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos. Especial referencia al

resarcimiento de los daños morales», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 6/2011, 2011 [consultado 25 de abril de 2021].

DE LA IGLESIA MONJE, M. I., «La ocultación de la madre de sus dudas sobre la paternidad y el daño moral», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* nº 777, 2020, pp. 465-478 [consultado 24 de abril de 2021].

ECHEVARRÍA DE RADA, T., «Responsabilidad civil por infidelidad conyugal», en *Diario La Ley* nº8, 2015 [consultado 15 de mayo de 2021].

ESPÍN ALBA, I., «Daño moral por ocultación de la verdadera paternidad y responsabilidad parental», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* nº 758, 2016, pp. 3461-3482 [consultado 6 de junio de 2021].

FARNÓS AMORÓS, E.,

- «El precio de ocultar la paternidad. Comentario a la SAP Valencia, Sec. 7ª, 2.11.2004», en *InDret, Revista para el Análisis del Derecho* 2/2005, 2005 [consultado 5 de abril de 2021].
- «Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad. Comentario a la SAP Barcelona, Sec. 18ª, 16.1.2007», en *InDret, Revista para el Análisis del Derecho* 4/2007, 2007 [consultado 5 de abril de 2021].

LACRUZ MANTECÓN, M. L., «Lección 5: La filiación (I)» y «Lección 6: Filiación (II). Relaciones entre ascendientes y descendientes», en *Derecho civil: Familia y Sucesiones*, 1ª edición, Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2018.

LLAMAS POMBO, E., *Las formas de prevenir y reparar el daño*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

LÓPEZ DE LA CRUZ, L., «Responsabilidad civil por los daños morales ocasionados en el ámbito familiar a causa de la ocultación de la paternidad», en *Revista de Derecho Patrimonial* núm. 48/2019, 2019 [consultado 7 de abril de 2021].

MAGRO SERVET, V., «Inexistencia de daño moral indemnizable ante descubrimiento de hijo consecuencia de infidelidad matrimonial», en *Actualidad Civil* nº11, 2018 [consultado 5 de abril de 2021].

MARÍN GARCÍA, I., «Comentario a la sentencia de 30 de junio de 2009», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 84/2010, 2010 [consultado 24 de abril de 2021].

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a. T., «¿Cabe la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales?», en *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia*, LASARTE ÁLVAREZ, C. et al. (coordinadores), 2004 [consultado 15 de abril de 2021].

MARTÍN CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J., «Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 110/2019, 2019 [consultado 8 de abril de 2021].

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., «Daño moral por ocultación de la paternidad: Hacia la puesta en valor de la relación paterno-filial», en *Revista de Derecho Civil* vol. VIII, núm. 1, 2021, pp. 275-294 [consultado 1 de abril de 2021].

MATE SATUÉ, L. C., «La delimitación del concepto de daño moral: un estudio de la cuestión en el ordenamiento jurídico español», en *Revista Boliviana de Derecho* n°32, 2021 -pendiente de publicación en julio-.

MAZZILLI, E., «La acción de Wrongful Life en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 10/2012, 2012 [consultado 31 de mayo de 2021].

MURILLAS ESCUDERO, J.M., «La responsabilidad civil extracontractual por daños morales en la relación conyugal», *REDUR* 13, diciembre 2015, pp. 111-127 [consultado 3 de mayo de 2021].

NAVEIRA ZARRA, M. M., *El resarcimiento del daño en la Responsabilidad Civil Extracontractual*, Universidade da Coruña. Departamento de Dereito Privado, 2004.

NEVADO CATALÁN, V., « Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad», en *InDret, Revista para el Análisis del Derecho* 4/2018, 2018 [consultado 6 de junio de 2021].

PANIZA FULLANA, A., «Filiación impugnada: prescripción y daños continuados», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 9/2011, 2011 [consultado 16 de abril de 2021].

PARDILLO HERNÁNDEZ, A., «Responsabilidad civil en el ámbito familiar: indemnización por ocultación de la verdadera paternidad (Comentario a la Sentencia 629/2018, de 13 de noviembre, del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo)», en *Diario La Ley* nº 9316, 2018 [consultado 5 de abril de 2021].

PASCUAL FRANQUESA, E., *La impugnación de la filiación matrimonial* (Vol. II), Consejo General del Poder Judicial, Fundación Wellington, Madrid, 2008.

PÉREZ GÁLLEGO, R., «Nuevos daños en el ámbito del Derecho de Familia: Los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica», en *Revista de Derecho Civil* vol. II, núm. 3, 2015, pp. 141-175 [consultado 16 de abril de 2021].

QUICIOS MOLINA, M. S., *Determinación e Impugnación de la filiación*, 1ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2014.

RIBOT IGUALADA, J., «El fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes», en *Anuario de Derecho civil*, vol. 51, núm. 3, 1998, pp. 1105-1178 [consultado 18 de abril de 2021].

ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños. Textos y materiales*, 8ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P., «El daño moral. Una aproximación a su configuración jurídica», en *Revista de Derecho Privado*, abril, 2006, pp. 27-54. [consultado 2 de mayo de 2021].

SERRANO GARCÍA, J. A., «Relaciones entre ascendientes y descendientes», en BAYOD LÓPEZ, C. y SERRANO GARCÍA J. A. (coordinadores), *Manual de Derecho Foral Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2021.

UREÑA MARTÍNEZ, M., «La ocultación de la paternidad matrimonial no genera daño moral ni patrimonial resarcible ex art. 1902 CC.», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 110/2019, 2019 [consultad 24 de abril de 2021].

VICENTE DOMINGO, E., «El daño», en *Nuevos Clásicos. Tratado de Responsabilidad Civil*, REGLERO CAMPOS, L. F. y BUSTO LAGO, J. M. (coordinadores), Aranzadi, Pamplona, 2014.

VICENTE GÓMEZ, M. A., Trabajo Fin de Grado: *Las acciones wrongful birth y wrongful life en el ordenamiento jurídico español*, presentado en la Universidad de Salamanca, 2015 [consultado 6 de junio de 2021]. Disponible en: https://gedos.usal.es/bitstream/handle/10366/127250/TG_VicenteGomez_Acciones.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Filiación. Disponible en:

https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAABAEAMtMSbF1jTAAAUMjcyMTtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAB45vNzUAAAA=WKE#I471 [consultado 10 de abril de 2021].

Reconvención. Diccionario panhispánico del español jurídico. Real Academia Española. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/reconvenci%C3%B3n> [consultado 12 de abril de 2021].

7. RESOLUCIONES JUDICIALES ANALIZADAS

Sentencias del Tribunal Supremo:

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 687/1999 de 22 julio de 1999 (RJ\1999\5721).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 701/1999 de 30 julio de 1999 (RJ\1999\5726).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 139/2001 de 22 febrero de 2001 (RJ\2001\2242).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 445/2010 de 14 julio de 2010 (RJ\2010\5152).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno), núm. 202/2015 de 24 abril de 2015 (RJ\2015\1915).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno), núm. 629/2018 de 13 de noviembre de 2018 (RJ\2018\5158).

Sentencias de Audiencias Provinciales:

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7ª), núm. 597/2004 de 2 de noviembre de 2004 (AC\2004\1994).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª), núm. 27/2007 de 16 de enero de 2007 (JUR\2007\323682).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7ª), núm. 466/2007 de 5 de septiembre de 2007 (JUR\2007\340366).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia (Sección 1ª), núm. 213/2007 de 11 de diciembre de 2007 (JUR\2008\148138).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª), núm. 597/2008 de 31 de octubre de 2008 (AC\2009\93).

Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 1ª), núm. 39/2009 de 30 de enero de 2009 (JUR\2009\192431).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 3ª), núm. 46/2009 de 10 de febrero de 2009 (AC\2009\346).

Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 3ª), núm. 424/2010 de 8 de noviembre de 2010 (AC\2010\2303).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), núm. 241/2012 de 28 de marzo de 2012 (AC\2012\910).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9ª), núm. 222/2014 de 9 de mayo de 2014 (AC\2014\1397).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 8ª), núm. 88/2014 de 16 de mayo de 2014 (JUR\2014\203955).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17ª), núm. 261/2016 de 30 de mayo de 2016 (JUR\2016\213288).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6ª), núm. 343/2017 de 16 octubre de 2017 (AC\2018\1076).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 2ª), núm. 112/2018 de 23 abril de 2018 (AC\2018\1384).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª), núm. 121/2019 de 14 marzo de 2019 (AC\2019\956).