

**El actor tiene derecho a ser indemnizado por los daños morales causados a raíz de la revelación de que el hijo que consideró y trató como propio, se conoció después que no lo era.**

Se está en este caso ante un supuesto de mera convivencia y no de matrimonio, lo que no quita para que la conducta que le es exigible a los contendientes halla de acomodarse a la buena fe de acuerdo con las circunstancias concurrentes, que se derivan de que la demandada comunicó al actor el embarazo haciéndole de este modo partícipe de la idea de su progenitura. Así, la demandada procedió incurriendo en culpa grave que determinó el reconocimiento por el recurrente del nacido como hijo propio y su tratamiento como tal hasta que conoció que no lo era con el consecuente daño moral consistente en el desengaño y frustración de su rol de padre, además de su proyección externa que el acontecimiento pudo tener en su lugar de trabajo con afectación de sus derechos personales como son su imagen y consideración social.

### **Audiencia Provincial de Oviedo**

Sección: 5

N.º de Recurso: 181/2012

N.º de Resolución: 211/2012

Ponente: JOSE LUIS CASERO ALONSO

En OVIEDO, a dieciocho de Mayo de dos mil doce.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento Ordinario n.º 373/11, procedentes del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Siero, Rollo de Apelación n.º 181/12, entre partes, como apelante y demandante DON Leopoldo, representado por la Procurador Doña Isabel García- Bernardo Pendás y bajo la dirección del Letrado Don Antonio Cifuentes Fernández y como apelada y demandada DOÑA Justa, representada por la Procuradora Doña Justa.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Siero dictó Sentencia en los autos referidos con fecha dieciséis de enero de dos mil doce, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora D.ª María Rosa García Bernardo Pendás en representación de D. Leopoldo, contra D.ª Justa, representada por la Procuradora D.ª María José Feito Berdasco, debo condenar y condeno a la referida demandada a abonar al actor la cantidad de 1.878,34 euros, más los intereses legales desde la interpelación judicial habida el 20 de abril de 2.011.

No procede hacer especial imposición de las costas causadas en este procedimiento."

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por Don Leopoldo, y previos los traslados ordenados en el art. 461 de la L.E.C., se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

CUARTO.- En la tramitación del presente Recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Sr. DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO.

### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

PRIMERO.- Estos son los hechos, Don Leopoldo y Doña Justa, que trabajan, o al menos, trabajaban en la misma empresa a la fecha de los hechos que a continuación se narran, mantuvieron contacto sexual el 8-4-2.008, a finales de ese mes, Doña Justa comunica a Don Leopoldo que está embarazada, convencida de su paternidad, e inician una relación de convivencia extramatrimonial. El día NUM000 -2.009 nace el niño, Julián, que se inscribe en el Registro Civil como hijo de ambos, y a los pocos meses(en Marzo de ese año) se rompe la convivencia suscribiéndose convenio de mutuo acuerdo relativo a visitas y alimentos del menor, Don Leopoldo comenzó a dudar de su paternidad y, privadamente, realizó una prueba biológica que descartó su filiación, entonces presentó demanda de impugnación de la filiación que concluyó por sentencia de 12-7-2.010 estimatoria que declaró que el menor no era hijo suyo.

Esto así, Don Leopoldo formula la presente demanda frente a Doña Justa en reclamación de daños patrimoniales y morales. Los patrimoniales se concretan en su contribución dineraria a la atención y necesidades del menor en más otros vinculados al esclarecimiento de su paternidad y la asistencia letrada para la suscripción del convenio a raíz de la ruptura de la convivencia, los morales se vinculan al desengaño sufrido al conocer que no era el progenitor del menor y la consecuente afectación emocional que supuso y supone asumir que a quien consideró y trató como hijo propio no lo es así como lo que supusieron estos hechos en su lugar de trabajo.

La demandada se allanó a el reintegro de ciertas cantidades (no a todas ) y se opuso rotundamente a la suma interesada en concepto de daño moral aduciendo el convencimiento de uno y otro contendientes de que el hijo era de ambos y que, por tanto, no actuó de mala fe.

La sentencia de la instancia acoge en parte la pretensión de reintegro de los gastos o daños patrimoniales y niega la indemnización solicitada por daño moral.

Al respecto de esta segunda asume como verosímil y cierto el relato de la demandada de que el día 3 de abril del año 2.008 había tenido la menstruación, lo que descartaba la paternidad de otro a consecuencia de relaciones anteriores a ese hecho, y de que entre aquel día y el 8, en que se produjo el contacto con el actor no mantuvo otras relaciones sexuales apreciando así y entonces que la demandada no actuó de mala fe viniendo justificada su razonable convicción de que el actor era el progenitor no apreciándose, atendidas las circunstancias personales y económicas de una y otra parte, móvil o razón que llevara a la demandada a falsear la verdad de las cosas ni comportamiento obstructivo al afloramiento de la verdad biológica que escondiese un propósito inatendible y contrario a dicha verdad.

SEGUNDO.- No conforme el actor recurre, su recurso abarca el reintegro de todas las cantidades interesadas pero sobre todo se concentra en la suma interesada como daño moral y, partiendo como hecho acreditado por la sentencia recurrida de que la demandada tuvo el periodo el día 3 de abril y después de eso mantuvo relaciones carnales solo con el actor, se pregunta como es que, si es que él no es el progenitor, la demandada estaba embarazada y sostiene que, siendo esto así e indiscutible, ello solo se puede explicar porque o bien no sufrió la menstruación en aquellas fechas y estaba embarazada fruto de relaciones sexuales anteriores, o bien no es cierto que después de aquella fecha solo mantuvo relaciones con el recurrente sino que necesariamente hubo de tenerlas con tercero y de donde que, en uno y otro caso, habría incurrido la parte en actuar contrario a la buena fe al no hacer partícipe a la parte de dichos hechos o, cuando menos, indiligente al comunicar al actor el embarazo y su paternidad sin indagar otras posibles paternidades.

Y, que duda cabe, la objeción del recurrente al planteamiento exonerativo de la sentencia recurrida es tan razonable como asumible.

No obstante, contesta el recurrido, al impugnar el recurso, que existe la posibilidad de estar embarazada y menstruar(bastando para averiguarlo, dice, una consulta en Internet) pero, desde luego, si existe tal posibilidad resulta poco común frente al curso biológico ordinario y, por tanto, y de acuerdo con el criterio de normalidad que preside la carga de la prueba(según el cual corresponde a la parte la prueba de los hechos normalmente constitutivos de su pretensión y al adverso que los introduce en el debate la de los hechos obstativos que están fuera del normal suceder) la relativa a este extremo era de cargo del recurrido. (Art. 217.2 y 3 LEC) De forma que, se repite, si es que la realidad de los hechos contradice derechamente las explicaciones justificativas de la demandada sobre su convencimiento de la paternidad del recurrente, su comportamiento, considerado objetivamente, no se aprecia acomodado a las reglas de la buena fe pues de los hechos resulta, en todo caso, haber mantenido relaciones sexuales con terceros anteriores o contemporáneamente a las habidas con el recurrente.

La contestación nos ilustra sobre las circunstancias económicas, laborales y personales de los contendientes del proceso al tiempo de el embarazo así como de la conducta de la demandada después de que el actor conociese que no era el progenitor, para, a su vista, demostrar que ningún móvil o motivo espúreo presidía el actuar de la parte ni había razón para el engaño y, sin embargo, con ser cierta la independencia económica de la demandada y que no se conoce sufriese presión de terceros para regularizar la concepción las razones que llevan a los sujetos a actuar pueden ser muchas y diversas, no necesariamente patrimoniales o sociales, y más en un supuesto como el litigioso, escapan normalmente al conocimiento ajeno y del tribunal y, en cualquier caso, no pueden sobreponerse al hecho objetivo ya declarado de que, de acuerdo con los hechos tenidos como ciertos, la demandada no podía ignorar que otra posible persona, distinta del actor, podía ser el padre del concebido debiendo haber hecho partícipe al adverso de estos hechos y consecuentes dudas sobre la atribución de la concepción.

Así planteado el debate, la invocación del art. 1902 del CC por el actor como fuente de su derecho sugiere el debatido, actual y complejo interrogante de la aplicación del derecho de daños a la familia pues, si una inicial consideración del matrimonio como cuerpo unitario (del marido y la mujer) y la primacía del interés supraindividual sobre el individual de los integrantes de la familia así como de sus respectivos deberes y derechos como de carácter ético o moral decidió y sostuvo, en su momento, el criterio de la inmunidad o privilegio conyugal que rechazaba la aplicación de el régimen ordinario de la responsabilidad por daño a los causados entre sí entre los miembros integrantes de la familia por incumplimiento de sus deberes conyugales o paterno filiales, semejante parecer esta en decadencia y revisión por la doctrina moderna sustentada en la idea de la familia y el matrimonio

como comunidad (y no como institución) donde cada uno de los individuos integrantes desarrolla su personalidad (según visión que comparte la EM DE LA Ley 15/2005 de 8 de julio para justificar la reforma de la separación y el divorcio) lo que le lleva también a rechazar el principio de especialidad (de acuerdo con el cual en el seno del derecho de familia las consecuencias de con incumplimientos de los deberes por sus integrantes solo pueden ser aquellas específicamente recogidas por la norma y de lo que es reflejo la STD DE 30-7-1999), y que opta decididamente por la resarcibilidad de los daños causados dentro del matrimonio y la familia aplicando el régimen tanto de la culpa contractual como, mas singularmente, el de la extracontractual trasladándose el debate, a partir de ese presupuesto, a la identificación del hecho dañoso (su carácter reiterado y grave en aras de evitar una excesiva proliferación de reclamaciones y porque los parámetros con que han de analizarse la convivencia matrimonial o familiar no pueden ser, a efectos de imputación, asimilados a los propios de la convivencia social), al nexo de causalidad y, sobre todo, al criterio de imputación del daño al cónyuge infractor (por lo dicho de el muy específico y especial ámbito en que se produciría el hipotético daño) siendo uno de los supuestos más frecuentes de entre los que motivan este examen el de la revelación de que el hijo que se consideró y trató como propio se conoce después como que no lo es y el posible daño moral consecuente resarcible (de lo que son ejemplos las SS A.P. Valencia de 2-11-2.004 y 5-9-2.007, Barcelona 16-1-2.007, León 2-1-2.007, Cádiz 3-4-2.008 y Murcia 18-11-2.009 todas dictadas en sentido positivo, apreciando el daño moral reclamado) y todo lo que se trae a colación para evidenciar la corrección del planteamiento de su tutela por el recurrente sin desconocer que no nos hallamos ante un supuesto de matrimonio sino de mera convivencia lo que, con ser que no venían los contendientes obligados a los deberes del matrimonio ( art.66 y sgts CC ), no quita para que la conducta que le es exigible halla de acomodarse a la buena fe de acuerdo con las circunstancias concurrentes y como es que los hechos son los expuestos y son de notoria gravedad e importancia, pues se trata de que la demandada comunicó al actor su embarazo haciéndole de este modo partícipe de la idea de su primogenitura, habrá de convenirse con el recurrente que la demandada procedió (sino dolosamente) incurriendo en culpa grave que determinó el reconocimiento por el actor del nacido como hijo propio y su tratamiento como tal hasta que conoció que no lo era con el consecuente daño moral consistente en el desengaño y frustración de su rol de padre, a más de la proyección externa que el acontecimiento pudo tener en su lugar de trabajo con afectación de sus derechos personales como son su imagen y consideración social, siquiera la escasa duración de la convivencia de la pareja y del lapso de tiempo durante el que el actor permaneció en el error en absoluto justifican una suma tan elevada como la interesada pareciéndonos más ajustada la de 3.000 #.

TERCERO.- Como ya se adelantó el recurso se extiende a aquellos desembolsos relacionados en el documento al folio 15 que el tribunal de la Instancia no consideró reintegrables cuales son los honorarios satisfechos a Letrado por la firma del convenio regulador, los ingresos identificados bajo la rúbrica "cuenta gastos bebé" y el pago de la prueba de paternidad biológica practicada a su instancia antes de la promoción del proceso de impugnación de la paternidad.

Pues bien, efectivamente al folio 22 obra orden de transferencia a favor del señor Franco pero no se identifica el concepto y al 21 otro a Bio Zell sin que tampoco se identifique el concepto y, por último, la cuenta NUM001 es de titularidad común de una y otra parte, anterior a el nacimiento del bebe y registra cargos por "gastos comunes" por lo que no se puede aceptar la identificación interesada de la parte que de ella hace como "cuenta gastos bebé", es decir, como cuenta solo destinada a la atención de las necesidades del nacido.

Por eso en cuanto a dichas partidas se desestima el recurso.

En suma, que se estima el recurso en el solo sentido de incrementar la suma de la condena en 3.000 # si bien se ha de precisar que dicha suma dado su estricta finalidad compensatoria no habrá de producir intereses moratorios y en cuanto a los procesales se tomara como base de su devengo la suma de la instancia hasta el dictado de esta resolución y solo a partir de esta aplicaron sobre la suma total de la condena.

CUARTO.- El parcial acogimiento del recurso ha de conllevar la no imposición de las costas de la presente instancia ( art. 398 LEC ).

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

## **FALLO**

Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por Don Leopoldo contra la sentencia dictada en fecha dieciséis de enero de dos mil doce por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Siero, en los autos de los que el presente rollo dimana, que se REVOCA en el solo sentido de incrementar la suma de la condena en 3.000 # si bien se ha de precisar que dicha suma dado su estricta finalidad compensatoria no habrá de producir intereses moratorios.

Se confirma en lo demás la recurrida.

No procede expreso pronunciamiento respecto de las costas de esta alzada.

Habiéndose estimado parcialmente el recurso de apelación, conforme al apartado 8 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, procédase a la devolución del depósito constituido por la parte apelante para recurrir.

Contra esta resolución cabe recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, en su caso.

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

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario, doy fe.