

# Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad

Verónica Nevado Catalán

Universidad Autónoma de Madrid

### **Abstract<sup>1</sup>**

*El objeto de este trabajo es el estudio de la responsabilidad civil como instrumento para reparar los daños morales y patrimoniales derivados de la atribución indebida de paternidad. Bajo esta denominación se hace referencia a la asunción de una paternidad, con todas las consecuencias tanto legales como sociales y afectivas que ello conlleva, en la creencia errónea de que existe un vínculo biológico respecto del menor. Estas reclamaciones, que abrieron el debate en nuestro país sobre la posibilidad de aplicar el Derecho de daños en las relaciones familiares, fueron inicialmente rechazadas por el Tribunal Supremo en dos conocidos pronunciamientos de 1999. Desde entonces, se han planteado ante las Audiencias Provinciales numerosas demandas de daños que en la actualidad se resuelven sin contar con criterios uniformes. A continuación se exponen las distintas posiciones doctrinales y jurisprudenciales sobre los aspectos más controvertidos que en estos casos plantea la aplicación del artículo 1902 CC. Así, se analizan, entre otras cuestiones, la identificación de la conducta dañosa, el criterio de imputación subjetiva, la legitimación pasiva o la fijación del dies a quo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil.*

*The object of this work is the study of tortious liability as an instrument to repair moral and economic damage arising from misattributed paternity. Under this designation reference is made to the assumption of a paternity, with all the legal, social and affective consequences, in the mistaken belief that there is a biological tie with the child. These claims, which brought up the debate about the application of tort law within family members, were initially dismissed by the Spanish Supreme Court in two well-known 1999 pronouncements. Since then, numerous lawsuits have been filed before the Provincial Courts and are currently being resolved without uniform criteria. I state the various doctrinal and jurisprudential positions on the most controversial aspects that in these cases raised by the application of article 1902 CC. Thus, among other issues, identification of harmful conduct, the subjective imputation criterion, passive legitimation or the dies a quo, are analyzed.*

*Title:* Tortious liability arising from misattributed paternity.

*Palabras clave:* Atribución indebida de paternidad, filiación, responsabilidad civil, daño moral y patrimonial, alimentos, vínculo biológico.

*Keywords:* Misattributed paternity, legal fatherhood, tort liability, moral and economic damage, maintenance payments, biological tie.

---

<sup>1</sup> El presente trabajo, que tiene su origen en el TFM presentado para la obtención del Máster en el Ejercicio Profesional de la Abogacía de la UNIR y dirigido por Óscar Santaella Sáez, se ha realizado en el marco del proyecto de investigación «Retos actuales de la autonomía privada» (DER2014-52503-P). Agradezco profundamente a las Profesoras Esther Gómez Calle y Alma Rodríguez Guitián su inestimable ayuda.

## *Sumario*

1. Introducción
2. ¿De la inmunidad a la indemnización entre familiares?
3. Análisis de los presupuestos de la responsabilidad civil en la atribución indebida de paternidad
  - 3.1. Identificación de la conducta dañosa
    - a. Infidelidad
    - b. Concepción
    - c. Ocultación o engaño sobre la paternidad
  - 3.2. Imputación subjetiva: la exigencia jurisprudencial de dolo
  - 3.3. El daño
    - a. Identificación de los daños extrapatrimoniales
    - b. Cuantificación del daño moral
    - c. Daños patrimoniales
  - 3.4. Nexo causal
4. Aspectos procesales de la acción de responsabilidad civil
  - 4.1. Legitimación activa y pasiva
    - a. ¿A quién se demanda y por qué concepto?
    - b. ¿Posibilidad de reclamar en nombre del menor?
  - 4.2. De las sospechas a la prueba de ADN y la estimación de la demanda de impugnación de la filiación: En busca del dies a quo.
5. Razones y consecuencias de engañar sobre la paternidad a la pareja y a un tercero: de la responsabilidad civil al delito de estafa.
  - 5.1. Relación de pareja
  - 5.2. Sin relación de pareja
6. Conclusiones
7. Tabla de resoluciones citadas
8. Bibliografía

## 1. Introducción

El descubrimiento de que la filiación legal respecto de un hijo no se corresponde con la verdad biológica supone un gran impacto para quien creía ser el progenitor y a menudo es causa de graves padecimientos psíquicos. El sufrimiento de padre e hijo suele agravarse cuando se produce también la impugnación de la filiación o el distanciamiento y pérdida de la relación paterno-filial. El conocimiento de la ausencia de vínculo biológico muchas veces es la causa o la consecuencia de una crisis de pareja que puede terminar en separación o divorcio.

Se estima que el porcentaje de “discrepancia parental” en nuestra sociedad puede oscilar entre el 1 y el 4%<sup>2</sup>. En la actualidad, el fácil acceso y fiabilidad de los test de ADN permiten que cada vez se descubran más casos, lo que unido a la evolución individualista de las relaciones familiares propicia que las demandas por ocultación de la verdadera paternidad se planteen cada vez con mayor frecuencia.

Este fenómeno que también tiene lugar en otros países se conoce en terminología anglosajona como *misattributed paternity* o *paternity fraud*; esta última denominación va más allá de la constatación objetiva de la discrepancia entre la paternidad social y biológica para resaltar la existencia de un comportamiento fraudulento de la madre. En Alemania los niños criados por quien erróneamente cree ser el padre biológico se han venido a denominar *Kuckuckskinder* o “niños cuco” en referencia al característico comportamiento de estas aves que ponen sus huevos en nidos ajenos<sup>3</sup>.

En cada ordenamiento se ha tratado de dar una respuesta adecuada aplicando las instituciones jurídicas propias en las que mejor encajan los hechos. Debido a las diferencias entre legislaciones nacionales, difieren los cauces legales utilizados, las pretensiones que se estiman, los principales obstáculos y los requisitos exigidos por los tribunales. El tratamiento no solo difiere entre países, sino que generalmente existe también una cierta división en la doctrina y jurisprudencia internas sobre cómo deberían resolverse.

En España estas demandas suelen ir encaminadas a exigir responsabilidad por daño moral y en

---

<sup>2</sup> Se trata de estimaciones aproximadas puesto que resulta complejo calcularlo con precisión y puede haber importantes variaciones entre poblaciones, grupos socioeconómicos y en el tiempo. BELLIS *et al.*, “Measuring paternal discrepancy and its public health consequences”, *Journal of Epidemiology & Community Health*, nº 59, 2005, págs. 749-754 recogen varios estudios en los que se calcula la tasa estimada de discrepancia parental en diferentes países. En países cuyas tasas de discrepancia parental podrían ser similares a la de España, el porcentaje oscila entre el 1’5% y el 4%. Así, en Francia se situaría en torno al 2’8%, en Reino Unido en el 1’6% y en Canadá cerca del 4%.

Para un análisis más detallado del fenómeno de la “discrepancia parental”, con cita de éste y otros estudios, véase FARNÓS AMORÓS, “Remedios jurídicos ante la falsa atribución de paternidad”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 25, enero-diciembre 2011, págs. 12 y ss.

<sup>3</sup> Esta terminología se ha utilizado incluso para titular la monografía jurídica de AUST, *Das Kuckuckskind und seine drei Eltern. Eine Kritische Wuerdigung der Bestehenden Rechtslage Mit Vorschlaegen Fuer Interessengerechte Regelungen Unter Rechtsvergleichenden Aspekten Aus Dem EMRK-Raum*, Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Mein, 2015. La autora se remite a la definición de “Kuckuckskind” contenida en el diccionario Duden, *die deutsche Rechtschreibung* (2004): “Kind, dessen leiblicher Vater nicht der Mann ist, der sich dafür hält”.

ocasiones se reclama también el reembolso de los alimentos. En primer lugar se cuestiona si existe un principio de inmunidad familiar o si por el contrario son aplicables las normas de la responsabilidad civil y, en tal caso, si hay especialidades en la reparación de los daños por la existencia de un vínculo familiar.

Una vez expuestos los términos de debate, se analizan cada uno de los presupuestos de la responsabilidad civil, con especial atención a aquellas cuestiones que plantean mayores problemas en las reclamaciones por atribución indebida de paternidad. En particular, destaca la necesidad de determinar la conducta dañosa, el criterio de imputación subjetiva, la identificación de los diferentes perjuicios y la cuantificación del daño moral. Junto a ello, se estudian otras cuestiones también muy relevantes como la fijación del *dies a quo* y la determinación de los legitimados activa y pasivamente en estas acciones.

Finalmente se exponen algunas reflexiones acerca de las causas que pueden llevar a dejar que por error se asuma una paternidad que no se corresponde con la verdad biológica, así como las consecuencias en cada caso. Se distinguen fundamentalmente los supuestos en que se engaña a la pareja de aquellos en los que se engaña a un tercero. En los primeros, se plantea si habría sido exigible otra conducta a la madre, mientras que, en los segundos, habría que discutir si la conducta puede ser constitutiva de un delito de estafa.

Los supuestos aquí estudiados plantean cuestiones complejas de Derecho de familia que también se abordan, aunque de forma tangencial, a lo largo del trabajo, por ejemplo, la determinación e impugnación de la filiación, la relevancia del vínculo biológico o la (im)posibilidad de reclamar el reembolso de las pensiones de alimentos mediante la figura del enriquecimiento injusto o del cobro de lo indebido.

## 2. *¿De la inmunidad a la indemnización entre familiares?*

Las primeras demandas de responsabilidad civil por los daños ocasionados entre familiares comenzaron a interponerse a finales del siglo XX. Hasta entonces, solo cuando los daños derivaban de una conducta constitutiva de delito se reclamaba la reparación en el propio proceso penal, o bien se reservaba la acción civil para un proceso posterior. La ausencia de reclamaciones de responsabilidad civil pura se explicaba tanto por el modelo de familia nuclear y jerárquico, en el que primaba la protección de la unidad familiar sobre el individuo<sup>4</sup>, como por las características del Derecho de daños.

Al no plantearse en la práctica, esta cuestión tampoco había recibido atención por parte de la doctrina, hasta que, con las sentencias del Tribunal Supremo de 22.7.1999 (RJ, 5721) y 30.7.1999 (RJ, 5726), se comenzó a abrir el debate sobre la posibilidad de aplicar el artículo 1902 CC para reparar daños causados entre familiares. En ambas, el TS desestimó las demandas interpuestas por atribuciones indebidas de paternidad, poniendo de manifiesto una enorme reticencia a

---

<sup>4</sup> Véase ROCA TRÍAS, *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999.

admitir este tipo de reclamaciones<sup>5</sup>.

Tras estas sentencias aparecen los primeros análisis doctrinales sobre la responsabilidad en el ámbito familiar<sup>6</sup>. Por su parte, la mayoría de las Audiencias Provinciales mediante una interpretación *a contrario* de la STS, 1ª, 22.7.1999 (RJ, 5721), que desestimó la demanda por no acreditarse el dolo en la ocultación, han venido estimado las demandas por atribución indebida de paternidad cuando aprecian dolo de la demandada.

La ausencia de reclamaciones entre familiares hasta entonces, unida a la resistencia del TS a estimar las que resolvió en 1999, podía interpretarse inicialmente como el resultado de un principio implícito de inmunidad en el ámbito familiar. El principal argumento utilizado para mantener la existencia de tal principio es el relativo a la especial naturaleza de las relaciones familiares que impediría aplicar el remedio general del art. 1902 CC, limitándose la posibilidad de reclamar a los supuestos expresamente previstos en las normas de Derecho de familia. Así, la regulación del Derecho de familia sería ajena al resto de normas de naturaleza patrimonial y aplicar tales normas sería poco menos que ir contra la voluntad del legislador y la propia institución familiar.

Sin embargo, frente al razonamiento anterior se ha señalado que el Código civil es un cuerpo unitario cuyos preceptos deben interpretarse de forma coordinada<sup>7</sup>. Es decir, que las normas relativas al Derecho de familia no son exclusivas y excluyentes. Si bien por el criterio de especialidad serán de aplicación preferente, no excluyen la posibilidad de aplicar normas de carácter general cuando no exista una regulación más específica ni choque con otros preceptos. Por otra parte, la defensa de la inmunidad familiar respondería a una concepción de la familia como institución en la que resulta legítimo postergar o sacrificar los derechos individuales en favor del interés del grupo. En cambio, se ha señalado que la Constitución dejó atrás ese modelo de familia al configurarla como un instrumento al servicio de sus miembros, a los que debe procurar protección y garantizar el ejercicio de sus derechos fundamentales<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Como afirma MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, "Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales", *Daños en el Derecho de Familia*, De Verda y Beamonte, J. M. (coord.), Aranzadi, 2006, pág. 174, parece que la desestimación responde al temor de que proliferen las demandas de responsabilidad, temor que como señala la autora es infundado, pues en otros países en los que se admiten tales reclamaciones no se ha constatado un aumento significativo. Por su parte, GARCÍA AMADO, "Infidelidad matrimonial y engaño sobre la paternidad. ¿Dónde está el daño indemnizable?", *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares*, Bosch, Barcelona, 2017, pág. 110, sugiere que aterraba la posibilidad de que los hombres comenzasen a hacerse la prueba de paternidad y exigir responsabilidad a la expareja en el momento del divorcio.

<sup>6</sup> Cabe destacar los trabajos de ROCA TRÍAS, "Responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil", *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Moreno Martínez, J. A. (coord.), Dykinson, Madrid, 2000, págs. 533-563 y FERRER I RIBA, "Relaciones familiares y límites del Derecho de daños", *InDret*, 04/2001, que fueron los primeros en estudiar la aplicabilidad de la responsabilidad civil en el ámbito familiar.

<sup>7</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, "La responsabilidad civil en las relaciones familiares", *Tratado de Derecho de la Familia*, Yzquierdo Tolsada, M. y Cuenca Casas, M. (dirs.), Vol. VI, Cap. 47, Aranzadi, 2ª ed., pág. 901.

<sup>8</sup> Como afirma ROCA TRÍAS, "Responsabilidad civil...", cit., págs. 540 y 562, las relaciones familiares no son causa de impunidad. Frente al principio de inmunidad reivindica el principio sobre el que se construye la responsabilidad civil de que quien causa daño paga (págs. 561-562).

Se ha constatado también que la progresiva admisión de responsabilidad en este ámbito responde a una tendencia asociada al individualismo liberal<sup>9</sup>. En efecto, la evolución legal y social hacia el individualismo actual hace coherente, e incluso previsible, que quien sufre un daño no se resigne a soportarlo y reclame su reparación, con independencia del vínculo familiar que le una al causante.

La falta de previsión expresa del deber de reparar ciertos daños en las relaciones familiares se explica por la realidad social existente en el momento de la redacción del Código. Probablemente en el s. XIX el legislador no podía siquiera plantearse estas reclamaciones y, es más, en caso de haberlo regulado, lo lógico y coherente con el resto del sistema habría sido que hubiese descartado tal posibilidad. Lo anterior creo que no impide actualmente aplicar el remedio indemnizatorio en la medida en que no resulte contrario a las disposiciones del Código y se adecúe a la realidad social. Además, en nuestro ordenamiento, a diferencia del *Common Law*, nunca se ha consagrado un principio de inmunidad familiar<sup>10</sup>.

En definitiva, a día de hoy parece superada la idea de inmunidad familiar y por lo general tanto doctrina como jurisprudencia admiten la aplicación del art. 1902 CC. No obstante, un importante sector doctrinal y jurisprudencial, considera que debe aplicarse con ciertas especialidades en este ámbito. Por ello, elevan el criterio de imputación subjetiva, de forma que la *culpa o negligencia* del art. 1902 CC se entiende que debe ser entre familiares un dolo o una culpa grave<sup>11</sup>.

Se ha aludido a la existencia de disposiciones en sede de Derecho de familia que regulan supuestos muy concretos de responsabilidad entre familiares por una serie de daños provocados mediando dolo o culpa grave para defender la extensión analógica del dolo o la culpa grave a la responsabilidad civil entre familiares<sup>12</sup>.

Sin embargo, frente a lo anterior, se recuerda que tales preceptos se limitan a regular situaciones muy concretas, sin que ello justifique la adopción con carácter general de un criterio de imputación subjetiva más elevado que el exigido en el art. 1902 CC. Así, RODRÍGUEZ GUITIÁN, aunque entiende que solo en casos de dolo o culpa grave cabe admitir la responsabilidad entre familiares, señala que esa elevación del criterio de imputación subjetiva no deriva de la existencia de aquellos preceptos<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> FERRER I RIBA, "Relaciones familiares...", cit., págs. 3-4.

<sup>10</sup> Como expone ROCA TRÍAS, "Responsabilidad civil...", cit., págs. 534-535, en el *Common Law* sí estuvo vigente la doctrina de inmunidad entre los cónyuges que tenía su origen en la bíblica y ya superada doctrina de la  *fusión de personalidades* derivada del matrimonio, extraída del texto del Génesis 2.24, y a la que se puso fin a principios del siglo XX en Estados Unidos, y a mediados de siglo en Inglaterra.

<sup>11</sup> En contra de esta postura, conviene recordar que en el momento de la Codificación se prescindió de la triple división clásica de la culpa que distinguía entre  *culpa levissima*,  *culpa leve* y  *culpa lata*. Resulta, pues, discutible graduar la " *culpa o negligencia*" del art. 1902 CC. Solo en supuestos excepcionales, cuando expresamente lo ha previsto el legislador, el criterio de imputación subjetiva requerido es la culpa grave o  *lata*. Sobre esta cuestión, véase PEÑA LÓPEZ,  *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Comares, Granada, 2002, págs. 501 y ss.

<sup>12</sup> Así, por ejemplo, los arts. 168, 247, 1390 y 1391 CC.

<sup>13</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, "La responsabilidad civil...", cit., págs. 925-926.

En opinión de esta autora, la necesidad de conciliar los principios que rigen el Derecho de familia y el Derecho de daños hace que solo los daños más graves, como la lesión de derechos fundamentales, resulte indemnizable, siempre que concurra dolo o culpa grave. De esta forma se protegería la institución familiar, mediante la preservación de la armonía y paz familiares, al tiempo que se mantendría la protección del individuo frente a vulneraciones de derechos fundamentales.

Otro sector doctrinal se ha pronunciado en contra de la exigencia de dolo o culpa grave por no ser un presupuesto que pueda deducirse del art. 1902 CC. Al defender la normal aplicación de las reglas generales de la responsabilidad civil, estos autores no niegan que la relación entre causante y víctima pueda ser relevante, pero entienden que esa valoración debe realizarse al determinar la diligencia exigible de conformidad con el art. 1104 CC<sup>14</sup>. De esta forma, es posible aplicar las normas generales de la responsabilidad civil sin dejar de valorar circunstancias como el vínculo familiar, pero solo en la medida en que resulten relevantes para el Derecho de daños.

En este sentido, sería posible defender una cierta rebaja de la diligencia exigible entre convivientes -familiares o no-, puesto que en el ámbito doméstico se observa una actitud más relajada y por tanto menos diligente<sup>15</sup>. Ese parece ser el criterio adoptado en la STS, 1ª, 17.7.2007 (RJ, 4895), cuando se niega que todas las situaciones peligrosas producidas en el ámbito doméstico sean merecedoras de imputación objetiva si el peligro es remoto y *“entran dentro de la normalidad del hogar”*.

Se ha advertido también, en contra del trato diferenciado de las reclamaciones entre familiares, de que la exigencia de dolo o culpa grave basada en la existencia de un vínculo de parentesco exigiría determinar de forma precisa el entorno familiar y los sujetos implicados, lo que no siempre resulta sencillo y conduce a soluciones difícilmente admisibles<sup>16</sup>.

En cualquier caso, pese a no estar excluida la responsabilidad civil, lo cierto es que en la práctica no son habituales las demandas entre familiares cercanos o convivientes por la existencia de vínculos de altruismo y solidaridad. Por lo general, solo se reclama tras la ruptura de las relaciones o cuando concurren circunstancias que permiten contravenir la regla de moralidad, como la existencia de un seguro que permita dirigirse contra el asegurador<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> BARCELÓ DOMÉNECH, “El criterio de imputación de la responsabilidad civil en el ámbito familiar”, *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Moreno Martínez, J. A. (coord.), Dykinson, Madrid, 2012, págs. 117 y ss.

<sup>15</sup> FERRER I RIBA, “Relaciones familiares...”, cit., págs. 10-13, quien no obstante señala que este argumento es más apropiado para justificar la rebaja del estándar de diligencia entre cónyuges que en la relación paterno-filial, pues está basado en la libre aceptación de la convivencia y el compromiso de aceptar ciertos daños que de ella pueden derivarse.

<sup>16</sup> BARCELÓ DOMÉNECH, “El criterio de imputación...”, cit., pág. 122, pone de manifiesto las dificultades que surgen, por ejemplo, en los casos de atribución indebida de paternidad, en los que podría admitirse la responsabilidad por negligencia ordinaria del tercero (padre biológico), mientras que la mujer que ocultó la paternidad solo respondería si se acreditase que actuó dolosamente. En definitiva, concluye que *“la solución, por tanto, sería distinta, en función de si quien daña es el cónyuge o un tercero, o si se daña dentro o fuera del matrimonio o del entorno familiar [...]. Solución que no vemos admisible, pues no debe recibirse una protección y tutela diferente, según los titulares de la acción estén dentro o fuera del contexto familiar”*.

<sup>17</sup> FERRER I RIBA, “Relaciones familiares...”, cit., pág. 3.



Además, existen una serie de barreras en el propio ordenamiento que limitan notablemente las posibilidades de reclamar por estos daños. Así, la brevedad del plazo de un año (art. 1968.2 CC), que no se suspende ni por la minoría de edad del hijo ni por la convivencia de los cónyuges, provocará por lo general la prescripción de la acción<sup>18</sup>. Solo cuando los daños se produzcan en el año anterior o durante la ruptura de la pareja puede llegar a plantearse la demanda.

Tras las sentencias de 1999 el Tribunal Supremo no ha vuelto a pronunciarse sobre el fondo en reclamaciones de responsabilidad por engaños sobre la paternidad. Más recientemente, se recurrieron ante el TS dos sentencias, en las que pudo haber sentado jurisprudencia, pero no llegó a entrar a valorar el fondo puesto que apreció en ambos casos la prescripción de la acción. Se trata de las sentencias STS, 1ª, 14.7.2010 (RJ, 5152) y STS, 1ª, 18.6.2012 (RJ, 6849).

Es posible que próximamente el Tribunal Supremo se pronuncie sobre esta cuestión, ya que mediante auto de 31.1.2018 (JUR, 43778) se admitió a trámite el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la AP de Cádiz, 5ª, 13.6.2017 (JUR, 221073), que en un caso de atribución indebida de paternidad condenó a indemnizar por los daños morales padecidos por el actor (15.000 €), así como a la devolución de las pensiones de alimentos abonadas (45.971,5 €) y al pago de la mitad del coste de la prueba de paternidad (522,88 €).

Ya en la STS, 1ª, 30.6.2009 (RJ, 5490), el Supremo estimó por primera vez una demanda de responsabilidad por los daños causados entre familiares. Se trataba de un supuesto de sustracción internacional de un menor trasladado a Estados Unidos por su madre, quien privó al padre de toda relación con el hijo. El padre, que tenía reconocido un derecho de visita y consiguió posteriormente la atribución de la guarda y custodia, trató de lograr la restitución del menor acudiendo durante años a diferentes procedimientos en los que obtuvo pronunciamientos favorables que, según se relata en la sentencia del TS, no pudo ejecutar por motivos económicos. La cuantía de la indemnización por los daños morales se fijó en 60.000 euros.

Mientras que parte de la doctrina vio en esta sentencia una fisura de las tesis tradicionales<sup>19</sup>, otros autores como MARTÍN-CASALS y RIBOT consideran que no supone una corrección del criterio restrictivo ni permite extraer conclusiones de carácter general<sup>20</sup>. Entienden que estamos ante un supuesto que no añade nada nuevo, en el que se ha causado un daño claramente indemnizable y que tampoco plantearía dudas si hubiese sido causado por un tercero ajeno a la relación familiar<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Sobre esta cuestión de la suspensión del plazo para reclamar entre familiares en España y en otros ordenamientos, véase RODRÍGUEZ GUITIÁN, "La responsabilidad civil...", cit., págs. 879-886.

<sup>19</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, "Tipología de los daños en el ámbito de las relaciones paterno-filiales", *Tratado de Derecho de la Familia*, Yzquierdo Tolsada, M. y Cuenca Casas, M. (dirs.), Vol. VI, Cap. 48, Aranzadi, 2ª ed., pág. 1052.

<sup>20</sup> MARTÍN-CASALS y RIBOT IGUALADA, "Daños en Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXIV, Fasc. II, 2011, págs. 523 y 520, advierten también del riesgo de que esta sentencia se interprete, erróneamente, como un cambio de criterio.

<sup>21</sup> MARTÍN-CASALS y RIBOT IGUALADA, "Daños en Derecho de familia...", cit., pág. 523.

En opinión de estos autores, no es correcto plantear la discusión en términos de existencia de inmunidad en el ámbito familiar puesto que no existe tal inmunidad derivada del mero vínculo de parentesco. La cuestión es si la relación familiar puede ser el fundamento de la responsabilidad civil cuando la ausencia de vínculo familiar llevaría a la desestimación. Es a esta cuestión a la que dan una respuesta negativa porque lo contrario equivaldría a afirmar que existen lagunas en el Derecho de familia que deben ser llenadas mediante la reparación de daños que en otras circunstancias no serían indemnizables.

Hasta aquí, comparto el enfoque de estos autores que me parece acertado por adecuarse perfectamente a las disposiciones legales. Conviene notar además que esta tesis permite aplicar el art. 1902 CC sin las restricciones propuestas por doctrina y jurisprudencia, como la elevación del criterio de imputación subjetiva o la indemnización exclusiva de lesiones a derechos fundamentales.

Sin embargo, creo que puede resultar más discutible su oposición a indemnizar en los supuestos de atribución indebida de paternidad. A su juicio, lo que verdaderamente se estaría sancionando de forma encubierta sería el incumplimiento del deber conyugal de fidelidad<sup>22</sup>. A continuación analizo esta cuestión relativa a la identificación de la conducta culpable de la que deriva el daño, así como cada uno de los presupuestos de la responsabilidad civil y algunos aspectos procesales para llegar a una conclusión sobre la viabilidad de estas reclamaciones.

### ***3. Análisis de los presupuestos de la responsabilidad civil en la atribución indebida de paternidad***

#### **3.1. Identificación de la conducta dañosa**

##### **a. Infidelidad**

De conformidad con los arts. 67 y 68 CC, los cónyuges están obligados a ayudarse, respetarse, actuar en interés de la familia, vivir juntos, guardarse fidelidad, socorrerse mutuamente y compartir las responsabilidades domésticas. Se han discutido la naturaleza y alcance de estos deberes, cuyo incumplimiento tenía como principal consecuencia hasta la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, permitir al otro cónyuge la disolución del vínculo matrimonial. En la actualidad, tras la descausalización de la separación y el divorcio, incumplir grave o reiteradamente los deberes conyugales es causa de desheredación (art. 855.1º CC) y de cese de la obligación de prestar alimentos (art. 152.4º CC).

Se discute si los deberes conyugales constituyen verdaderas obligaciones jurídicas o si su carácter

---

<sup>22</sup> MARTÍN-CASALS y RIBOT IGUALADA, "Daños en Derecho de familia...", cit., pág. 558.

incoercible los reduce a meros deberes éticos o morales<sup>23</sup>. Respecto del contenido del deber de guardarse fidelidad se ha señalado que no se limita a la exclusividad en las relaciones sexuales, sino que incluye un deber más amplio de no traicionar<sup>24</sup>. También hay un sector doctrinal que entiende que el mantenimiento de este deber en el Código es un anacronismo, sin más razón de ser que la tradición inspirada en el derecho canónico<sup>25</sup>.

En cualquier caso, no cabe duda de que el mantenimiento del deber de fidelidad responde a la voluntad del legislador que pudo haberlo eliminado en 2005 al modificar el art. 68 CC, pero no solo lo mantuvo, sino que introdujo nuevos deberes conyugales<sup>26</sup>. Tal vez la principal razón por la que aún se enuncia el deber de fidelidad sea su necesidad para justificar la presunción legal de paternidad matrimonial, pues ésta solo puede derivar lógicamente de la previa existencia de aquél.

La jurisprudencia y la doctrina mayoritarias han descartado que la infracción de deberes conyugales, y en lo que aquí interesa del deber de fidelidad, genere responsabilidad contractual (1101 CC) o extracontractual (1902 CC).

En este sentido, la SAP de León, 2ª, 10/11/2010 (AC, 2120) desestima la reclamación de responsabilidad por la depresión y secuelas psicológicas que la demandante atribuye a infidelidades de su exmarido. Señala la Audiencia el carácter no indemnizable de la infidelidad y afirma que no cabe apreciar la responsabilidad al no concurrir los presupuestos de la responsabilidad civil y ser los padecimientos psicológicos sufridos por la actora los ordinarios de una ruptura de pareja.

Cabe citar entre la doctrina que también niega el carácter indemnizable de la infidelidad a MARTÍN-CASALS y RIBOT IGUALADA, "Daños en Derecho de familia...", cit., pág. 543 y ECHEVARRÍA DE RADA, "Responsabilidad civil por infidelidad conyugal", *Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, nº 8, La Ley, 2015, págs. 2-3. También se ha defendido, aunque de forma minoritaria, la postura contraria: DE VERDA Y BEAMONTE, "Responsabilidad civil y divorcio en el Derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales", *Diario La Ley*, nº 6676, 2007, págs. 14 y ss., afirma que entre cónyuges la fidelidad constituye un verdadero deber jurídico y su infracción puede ocasionar un daño indemnizable por el que también se podría hacer responder al tercero siempre que conociese que mantenía relaciones sexuales con una persona casada y ello con independencia de que se conciban hijos extramatrimoniales, circunstancia que, en opinión del autor, podría contribuir a la agravación del daño moral.

En la descausalización del divorcio se han querido ver razones para defender tanto el carácter indemnizable de la infidelidad como la imposibilidad de hacer responder al cónyuge infiel. Por un lado, se ha entendido que la eliminación de la principal consecuencia del incumplimiento puede dar lugar a la aplicación del art. 1902 CC, pues reforzaría el carácter jurídico de los deberes

<sup>23</sup> Se exceptúa el deber de socorro mutuo en su vertiente patrimonial, cuyo cumplimiento sí resulta jurídicamente exigible. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, "Artículo 68", *Código Civil Comentado*, Cañizares Laso, A., et al (dirs.), vol. I, 2ª ed., Thomson Reuters, 2016.

<sup>24</sup> MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, "Remedios indemnizatorios...", cit., pág. 151.

<sup>25</sup> ÁLVAREZ OLALLA, "Daños causados al progenitor a consecuencia de la impugnación de la paternidad", *Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, nº 8, La Ley, 2015, pág. 7.

<sup>26</sup> En opinión de RODRÍGUEZ GUTIÁN, "Luces y sombras de la aplicación del derecho de daños al ámbito de la familia", *Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, nº 8, La Ley, 2015, pág. 11, la ampliación de los deberes conyugales corrobora la idea de que mantienen su carácter jurídico.

conyugales<sup>27</sup>. En sentido contrario, se ha argumentado que acudir a la responsabilidad civil sería reintroducir remedios indemnizatorios en contra de la voluntad del legislador, que precisamente ha optado por eliminar las consecuencias de esas conductas<sup>28</sup>.

La primera opinión parece insinuar que estaríamos ante una laguna legal si el incumplimiento de los deberes de los arts. 67 y 68 CC no tuviese ninguna otra consecuencia jurídica. Frente a ello, basta recordar que sí se prevén consecuencias ante los incumplimientos graves o reiterados y, además, cabría la posibilidad de que el legislador hubiese decidido no sancionar el incumplimiento sin que ello suponga la existencia de una laguna. Sin ir más lejos, la decisión de mantener el deber conyugal de fidelidad puede responder a su necesidad para justificar la presunción de paternidad matrimonial.

El segundo razonamiento tampoco parece aportar nuevas razones en contra de la responsabilidad por infracción del deber conyugal de fidelidad. Por el contrario, creo que induce a error afirmar que el legislador avanza en la línea de no sancionar estas conductas. La infidelidad no deja en 2005 de ser causa (fáctica) de divorcios y separaciones, sino que con la reforma se permite la libre salida del matrimonio, por esa o por cualquier otra 'causa', sin necesidad de justificar el motivo. Es decir, se prioriza la libertad individual frente al anterior y más tradicional modelo de familia. Conviene recordar que el avance hacia un mayor individualismo no es precisamente un argumento contrario a la responsabilidad por los daños causados.

Por tanto, a la hora de analizar si debe resarcirse el daño moral derivado de una infidelidad, debería ser indiferente el carácter libre o causalizado del divorcio. A mi juicio, ninguna de las interpretaciones propuestas sobre la descausalización del divorcio aporta argumentos relevantes a la discusión sobre el carácter indemnizable o no del incumplimiento de deberes conyugales. Ni antes de aprobarse la Ley 15/2005 era indemnizable la infidelidad, ni lo es ahora, pues la libertad individual, por un lado, y la consideración de los disgustos o decepciones que la infidelidad puede provocar como un riesgo general de la vida, por otro, impiden estimar las pretensiones resarcitorias.

Sin embargo, que la infidelidad no sea indemnizable no impide estimar una reclamación por los daños derivados del engaño sobre la paternidad. El carácter autónomo de este daño resulta especialmente evidente si se tiene en cuenta que la infidelidad ni siquiera es un presupuesto necesario para que tenga lugar la atribución indebida de paternidad. Piénsese, por ejemplo, en un cambio rápido a una nueva relación<sup>29</sup>, o en los supuestos de engaño sobre la realidad biológica

---

<sup>27</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, "Responsabilidad civil...", cit., pág. 4 y ATIENZA NAVARRO, "La incidencia de las reformas de 2005 en materia de efectos personales en el matrimonio", *Comentarios a las reformas de Derecho de familia de 2005*, De Verda y Beamonte, J. M. (coord.), Thomson Aranzadi, 2006, págs. 160-161.

<sup>28</sup> LÓPEZ DE LA CRUZ, "El resarcimiento del año moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales", *InDret* 4/2010, págs. 15 y ss. También MARTIN-CASALS y RIBOT IGUALADA, "Daños en Derecho de familia...", cit., págs. 530 y 544-545.

<sup>29</sup> Señala esta posibilidad FARNÓS AMORÓS, "Remedios jurídicos...", cit., pág. 13, quien también niega que los engaños sobre la paternidad sean siempre la consecuencia de una infidelidad.

entre quienes no son pareja o, siendo pareja, no están unidos por un vínculo matrimonial y, por tanto, no están legalmente sujetos al deber de fidelidad. Ni en los casos anteriores, ni en aquellos en los que existiese una relación matrimonial, puede entenderse que la infidelidad sea jurídicamente la causa del daño. Incurriría, pues, en incongruencia la sentencia que desestimase una reclamación de responsabilidad civil *extracontractual* por atribución indebida de paternidad argumentando que los deberes conyugales no son indemnizables.

Caso distinto es el resuelto en la STS, 1ª, 30.7.1999 (RJ, 5726), mediante la cual, el Tribunal Supremo desestimó la pretensión del demandante que reclamaba tras descubrir que dos de los hijos habidos en el matrimonio no eran suyos y, para ello, el TS argumentó que el incumplimiento de deberes conyugales no genera deber de indemnizar. Es importante subrayar que en este caso, dado que la acción de responsabilidad *extracontractual* (art. 1902 CC) había prescrito, el actor fundaba su pretensión en el art. 1101 CC puesto en relación con el art. 68 CC. Es decir, se trataba de una acción de responsabilidad *contractual* cuyo fundamento era el incumplimiento del deber legal de fidelidad y, por tanto, al no considerarse indemnizables estas conductas, tampoco podía prosperar la reclamación.

#### b. Concepción

La concepción, aunque derive de la infracción del deber de fidelidad, tampoco es una conducta que genere deber de indemnizar. La decisión sobre si se tienen hijos y con quién entra dentro de la libertad procreativa de cada individuo y no permite a un tercero obtener una indemnización por daños<sup>30</sup>.

Por ello, ante una demanda de responsabilidad por atribución indebida de paternidad, carece de sentido intentar probar la diligencia en la evitación de la concepción. No obstante, en alguna ocasión, siendo varios los hijos concebidos, se ha calificado de negligente la concepción misma.

En la SAP de Valencia, 7ª, 2.11.2004 (AC, 1994) se considera probado que “*los demandados actuaron de forma negligente en la concepción de los hijos y dolosa en su ocultación al actor*”. En cambio, como señala FARNÓS AMORÓS, “El precio de ocultar la paternidad Comentario a la SAP Valencia, Sec. 7ª, 2.11.2004”, *InDret* 5/2005, pág. 4, la concepción no constituye el fundamento indemnizatorio y prueba de ello es que, si tras la concepción extramatrimonial los demandados hubiesen informado al marido, éste no habría tenido derecho a ser indemnizado.

También puede encontrarse alguna sentencia, como la SAP de Jaén, 1ª, 9.3.2015 (JUR, 129380), en la que la propia demandada alega que la concepción no fue fruto de una infidelidad matrimonial, sino que recurrió sin comunicarlo al marido a la inseminación artificial para quedar embarazada. Mediante estas alegaciones trataba la demandada de negar la existencia de infidelidad<sup>31</sup>, pero si algo cabe concluir es que, de ser cierto, habría existido dolo en la concepción y por consiguiente

<sup>30</sup> En este sentido, señala ÁLVAREZ OLALLA, “Daños causados...”, cit., pág. 7, que “*en ejercicio de la libertad personal se puede reconocer a los individuos el «derecho» a tener hijos con quien se quiera, se sea miembro de una pareja matrimonial o no, o al menos tener «derecho» a no ser sancionado jurídicamente por esta conducta, ni obligado a indemnizar o compensar por ello*”.

<sup>31</sup> No obstante, como señala GARCÍA AMADO, “Infidelidad matrimonial y engaño...”, cit., pág. 119, se plantea la interesante cuestión de si cabría calificar de infidelidad la conducta de la esposa que hubiese acudido a la fecundación artificial con semen de donante anónimo sin conocimiento del marido. La respuesta resulta relevante para determinar si concurriría o no causa de desheredación y cese de la obligación de prestar alimentos.

en la posterior ocultación al marido, siendo esto último lo verdaderamente relevante. La demandada no aportó prueba alguna que acreditase la utilización de técnicas de reproducción asistida (lo que no sería impedimento para tener por ciertas las declaraciones de la parte en aquello que le perjudicasen), pero en cualquier caso la Audiencia concluyó por la existencia de otros indicios que conocía la no paternidad del marido y por tanto la ocultación fue dolosa.

### c. Ocultación o engaño sobre la paternidad

La conducta de la que derivan los daños indemnizables es la ocultación de la verdadera paternidad y no la infidelidad ni la concepción. Este engaño supone imponer la filiación a una persona que no es el progenitor, sin permitirle decidir de forma libre e informada si asume la paternidad.

Debe tenerse en cuenta el impacto que tiene en la vida de una persona una circunstancia como es la paternidad, de la que legalmente derivan principalmente obligaciones y que puede llegar a condicionar decisiones vitales. Además resultan previsibles los graves trastornos que produce en quien creía ser el progenitor de sus hijos tanto el descubrimiento de la verdad biológica, como la posible pérdida de la filiación legal y de la relación paterno-filial.

Ya se ha señalado en alguna sentencia que no es civilmente responsable la mujer que teniendo dudas sobre la paternidad biológica del hijo las manifiesta a su pareja, o realiza el test de ADN para comprobar la paternidad y lo comunica si el resultado es negativo. Es el caso de la SAP de Castellón, 3ª, 10.2.2009 (AC, 346), en la que no se condena a la mujer que había manifestado al marido sus dudas sobre la paternidad del hijo.

Algunos autores, sin embargo, cuestionan esta distinción entre los daños derivados de la mera infidelidad y aquellos derivados de ocultación o engaño sobre la verdadera paternidad. Así, MARTÍN-CASALS y RIBOT IGUALADA ven incoherente negar que la infidelidad genere responsabilidad y al mismo tiempo considerar indemnizable el daño causado por la ocultación dolosa del carácter no matrimonial de un hijo. Entienden que en realidad esto último equivale a una responsabilidad por ocultación de la infidelidad que simplemente se condiciona a que de la misma haya nacido un hijo. Por ello, consideran que estamos ante el mero incumplimiento de un deber conyugal y, al igual que la STS, 1ª, 30.7.1999 (RJ, 5726), descartan que sea indemnizable<sup>32</sup>.

No puedo compartir la opinión anterior, pues una cosa es que el mero incumplimiento de deberes conyugales no sea indemnizable y otra bien distinta es que exista inmunidad respecto de los daños causados por cualquier otro comportamiento que de algún modo pueda vincularse con el incumplimiento de esos deberes, por ejemplo, los tendentes a su ocultación.

Piénsese en el supuesto del cónyuge que a resultas de una infidelidad contrae una enfermedad de transmisión sexual que posteriormente transmite a su pareja. No cabe duda de que la reclamación de responsabilidad debería estimarse, no por la infidelidad, sino por el daño a la salud. Y ello, por más que

---

<sup>32</sup> MARTÍN-CASALS y RIBOT IGUALADA, "Daños en Derecho de familia...", cit., pág. 558.

el cónyuge demandado alegase que la infidelidad no es indemnizable y que haber advertido a su pareja sobre la enfermedad contraída habría supuesto reconocer la infidelidad.

En estos supuestos, el hecho generador de los daños cuya compensación se reclama no es la infidelidad, su ocultación, ni la concepción de un hijo extramatrimonial, sino el engaño mediante el cual se logra establecer una filiación respecto de quien cree ser el padre biológico.

Lo anterior creo que resulta especialmente claro en el supuesto hipotético que plantea GARCÍA AMADO, "Infidelidad matrimonial y engaño...", cit., pág.100, nota 16, en el que existiese consentimiento del esposo respecto de la infidelidad. Si posteriormente la madre lograra despejar cualquier posible duda de éste sobre su paternidad mediante un engaño suficiente, como sería la falsificación de los resultados de una prueba de ADN, sin duda debería estimarse la demanda por daños interpuesta por el marido.

También defienden el carácter autónomo de estos daños respecto de la infidelidad, RODRÍGUEZ GUTIÁN, "Luces y sombras...", cit., pág. 12 y FARNÓS AMORÓS, "Remedios jurídicos...", cit., pág. 34.

Ciertamente, comunicar la no paternidad supone normalmente reconocer la infidelidad<sup>33</sup>, pero ésta es solo una consecuencia accesoria sin consecuencias en el ámbito de la responsabilidad civil. Es posible que en la práctica el descubrimiento de la infidelidad dé lugar a la ruptura de la pareja, pero ¿acaso existe un derecho subjetivo a ocultar la infidelidad que permita privar a otra persona de la posibilidad de decidir libremente sobre el reconocimiento de un hijo no biológico? Creo que solo es admisible una respuesta negativa<sup>34</sup>, pero quien responda afirmativamente debe plantearse otra cuestión: la madre, conocedora de la verdad biológica, podrá revelarla cuando tenga por conveniente -llegada la crisis conyugal, por ejemplo- provocando la pérdida de la relación paterno-filial que previamente impuso, ¿también sin responder por los daños?

### 3.2. Imputación subjetiva: la exigencia jurisprudencial de dolo

De conformidad con el art. 1902 CC, para que el causante de un daño esté obligado a repararlo, es necesario probar su culpa o negligencia. A lo largo del tiempo el criterio de imputación subjetiva ha conocido una cierta oscilación en la jurisprudencia del TS que en ocasiones se ha inclinado hacia la objetivación mediante la aplicación de la doctrina del riesgo, mientras que en otras ocasiones ha hecho especial hincapié en la necesidad de la culpa<sup>35</sup>.

Como se vio, ningún precepto establece especialidades relativas al criterio de imputación

---

<sup>33</sup> Cabe no obstante imaginar supuestos en los que el embarazo no derive de una infidelidad. Así, además del supuesto ya mencionado de la inseminación artificial, es posible que el embarazo sea el resultado de una violación.

<sup>34</sup> También ÁLVAREZ OLALLA, "Daños causados...", cit., pág. 8, señala que la atribución de una paternidad falsa constituye una conducta antijurídica que genera obligación de indemnizar pues "*supone una intolerable injerencia en la esfera personal del otro*".

No obstante, pueden plantearse mayores dudas en supuestos excepcionalmente graves, como la concepción derivada de una violación cometida por un familiar del marido. En un supuesto así, tal vez podría defenderse la concurrencia de una causa de justificación por la voluntad de evitar un conflicto familiar o en la medida en que la ocultación responda al ejercicio legítimo de un derecho como es la intimidad de la mujer.

<sup>35</sup> Véase ROCA TRÍAS, "El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español", *InDret* 4/2009.

subjetiva entre familiares y, dado que hasta hace veinte años no comenzaron a interponerse las reclamaciones por atribuciones indebidas de paternidad, tampoco los tribunales habían tenido ocasión de pronunciarse al respecto. En el primer pronunciamiento del Tribunal Supremo, en la STS, 1ª, 22.7.1999 (RJ, 5721), se desestimó la pretensión porque no se apreció dolo en la conducta de la demandada.

La falta de justificación de esta exigencia ha sido criticada ya que del art. 1902 CC no se desprende tal requisito. Así, ROCA TRÍAS, "Responsabilidad civil...", cit., pág. 561, ha señalado que la argumentación es ciertamente débil, pues si el TS hubiese exigido dolo por no ser aplicable sin más el art. 1902 CC a la relación familiar, el argumento también sería discutible pero tendría un mayor peso. Como critica GARCÍA AMADO, "Infidelidad matrimonial y engaño...", cit., pág. 109, el Tribunal ni siquiera se toma la molestia de justificar tal excepción, como si se tratara de una evidencia.

El Tribunal Supremo no llegó a sentar jurisprudencia en el sentido del art. 1.6 CC<sup>36</sup> pese a que inmediatamente después se pronunció sobre un caso similar en la STS, 1ª, 30.7.1999 (RJ, 5726). Aunque en este segundo caso quedó acreditado el conocimiento por parte de la mujer, que en la ruptura llegó incluso a publicar que su marido no era el padre biológico, se desestimó la pretensión resarcitoria porque el actor interpuso una acción de responsabilidad contractual, fundada en el incumplimiento de un deber legal –la infidelidad–, cuya infracción no resulta indemnizable.

Tras estos pronunciamientos del Supremo, las Audiencias Provinciales han dado respuesta a las reclamaciones mediante una interpretación *a contrario* de la STS, 1ª, 22.7.1999 (RJ, 5721). De la negativa de entonces a indemnizar por no concurrir dolo, se deduce el carácter indemnizable cuando, junto con los demás presupuestos del art. 1902 CC, concurre la conducta dolosa de la demandada.

Expone esta doctrina la SAP de Valencia, 7ª, 2.11.2004 (AC, 1994) que, tras tomar como punto de partida la inmunidad en las relaciones familiares, afirma que suponen una excepción los daños derivados de conductas dolosas y apunta la doctrina del Tribunal Supremo alemán que ha reconocido el carácter indemnizable del adulterio cuando concurre la intención cualificada de causar daño, como en los supuestos de engaño sobre la paternidad.

En el caso enjuiciado, la Audiencia entendió que el daño moral sufrido por el marido era indemnizable puesto que se acreditó el dolo en la ocultación tanto de la madre, como del progenitor. Además de ser 3 de los 4 hijos fruto de la relación extramatrimonial, se prueba que la relación con el progenitor se prolongó durante 10 años, que éste iba frecuentemente a casa e incluso estuvo en el hospital en alguno de los nacimientos, además había comentado con el vigilante de seguridad su paternidad y se acredita que en el entorno había allegados que también conocían esta circunstancia.

Pese a la referencia a la doctrina alemana, que en sentencias posteriores han repetido otras

---

<sup>36</sup> BARCELÓ DOMÉNECH, "El criterio de imputación...", cit., págs. 91 y 112.



Audiencias, el dolo exigido no se vincula con la intención específica de causar un daño<sup>37</sup>, sino con la existencia de una ocultación o engaño respecto de la filiación biológica del menor. De esta forma, se desestiman las reclamaciones cuando las Audiencias no aprecian elementos suficientes para calificar de dolosa la ocultación de la madre.

Respecto de lo que debe entenderse por dolo, en la STS, 1ª, 22.7.1999 (RJ, 5721) no se consideró suficiente que la demandada albergara dudas sobre la paternidad biológica, sino que, según el Tribunal Supremo, solo habría sido posible calificar de dolosa la ocultación si se hubiese acreditado que la madre tuvo un “*conocimiento pleno y total certidumbre*” de la falta de paternidad del marido. Así habría sucedido, por ejemplo, si hubiese realizado una prueba de paternidad<sup>38</sup>.

No parece haber ninguna sentencia en el que se acredite que el engaño tuvo lugar tras haber realizado la madre una prueba de ADN que confirmase la falta de paternidad de su pareja. Aun siendo posible un supuesto así, en el que el engaño se produjese teniendo la madre una total certidumbre sobre la verdad biológica, lo que es altamente improbable es que posteriormente el demandante pudiese tener acceso a esas pruebas de paternidad con las que podría acreditar en el juicio la total certidumbre de la demandada. Por ello, sería contrario al art. 217 LEC exigir al demandante la aportación de unas pruebas de paternidad que tiempo atrás hubiese realizado la madre, cuando precisamente se habrían realizado a sus espaldas.

En algunos supuestos la existencia de una conducta activa tendente a lograr el engaño no deja lugar a dudas sobre el conocimiento de la madre; un ejemplo de ello lo ofrece la SAP de Valencia, 11ª, 13.11.2014 (AC 2015, 228), en la que la mujer despeja las dudas del marido asegurando que acudió a la inseminación artificial para quedar embarazada. Tampoco plantean problemas los supuestos en los que la demandada admite en el juicio que era consciente de la ausencia de paternidad del marido, como en el caso resuelto por la SAP de León, 1ª, 30.1.2009 (JUR, 192431).

Sin embargo, se aprecian diferencias entre las Audiencias en la valoración del dolo cuando no existe una prueba clara relativa al conocimiento cierto de la madre, sino meros indicios. Mientras que en algunos pronunciamientos se sigue la línea de la STS, 1ª, 22.7.1999 (RJ, 5721) para desestimar cuando no se considera suficientemente acreditado<sup>39</sup>, en otros, pese a exigir dolo, se flexibiliza notablemente su valoración<sup>40</sup>. La consecuencia de estas dos tendencias es que la

---

<sup>37</sup> Una excepción es la SAP de Pontevedra, 3ª, 13.12.2006 (JUR 2007, 38139) que menciona la sentencia de la AP de Valencia, 7ª, 2.11.2004 (AC, 1994) para justificar la exigencia de dolo entendido como la “*intención cualificada de causar daño*” (FJ. 5º).

<sup>38</sup> Como indica GARCÍA AMADO, “*Infidelidad matrimonial y engaño...*”, cit., pág. 102, el mensaje que claramente se transmite es que lo mejor es no despejar las dudas para así no ser civilmente responsable en ningún caso.

<sup>39</sup> SAP de Barcelona, 18ª, 22.7.2005 (JUR 2006, 163268); SAP de Segovia, 1ª, 11.12.2007 (JUR 2008, 148138); SAP de Granada, 5ª, 13.6.2014 (AC, 1628) o SAP de Murcia, 4ª, 22.3.2018 (JUR, 151429). En esta última, se niega que concurriese dolo pese a que fue la propia demandada quien manifestó sus dudas al marido en una discusión cuando ya habían transcurrido tres años desde el nacimiento de la hija y consta el testimonio de la doctora encargada de realizar la prueba de paternidad, que afirmó que cuando la madre y el verdadero padre biológico acudieron al centro “*no manifestaban ninguna duda sobre su resultado y que estaban allí sólo para corroborar algo que ya sabían*”.

<sup>40</sup> Así la SAP de Cantabria, 2ª, 3.3.2016 (AC, 799) indica que, en caso de tener dudas sobre quién es el progenitor, no es admisible dejar operar la presunción de paternidad matrimonial sin haber confirmado que coincide con la

jurisprudencia menor está instalada en un casuismo que deja vía libre para decidir en uno u otro sentido, bastando la referencia a la concurrencia o no de un dolo que en ocasiones parece incluir la valoración de otras circunstancias irrelevantes a los efectos de la responsabilidad civil.

Se desmarcan del criterio mayoritario expuesto y niegan la necesidad de dolo las sentencias de la AP de Barcelona, 18ª, 16.1.2007 (JUR, 323682) y de la AP de Cádiz, 2ª, 3.4.2008 (JUR, 234675).

Señaló la primera que "*la culpa o negligencia a que se refiere el art. 1902 del Código Civil constituye un concepto más amplio que el dolo o intención maliciosa*". Además, ante la ausencia de certeza de la demandada, afirma la Audiencia que "*pudo y debió sospechar que podía ser otro el padre de la menor, al haber mantenido relaciones sexuales con dos personas al tiempo de su concepción y debió adoptar las medidas tendentes a su veraz determinación. La omisión en la adopción de dichas medidas debe calificarse como un comportamiento o conducta negligente a los efectos de lo dispuesto en el art. 1902 del Código Civil, por lo que de su actuación u omisión se deriva responsabilidad extracontractual*".

El criterio de estas Audiencias parece más acertado, ya que ni de la lectura del art. 1902 CC ni del resto del ordenamiento se desprende una elevación del criterio de imputación subjetiva por la mera existencia de vínculos familiares o afectivos<sup>41</sup>. Tampoco parecen admisibles argumentos como el de la SAP de Barcelona, 14ª, 31.10.2008 (AC 2009, 23), que no apreció dolo y por ello desestimó la pretensión afirmado que "*no está prevista en nuestro ordenamiento la responsabilidad por pérdida de la relación paterno-filial, derivada de una infidelidad, para los casos de culpa o negligencia*" (FJ 2º). Frente a este razonamiento, basta recordar que nuestro sistema de responsabilidad civil es de cláusula abierta, de forma que ni los daños indemnizables están tasados ni lo están tampoco las conductas susceptibles de generar tales daños.

Resulta curioso cómo se ha impuesto en este ámbito el requisito del dolo, que parece fundamentarse en la existencia de una regla general de inmunidad familiar que solo admite excepciones en los supuestos más graves, entre los que se encuentra la causación dolosa de daños<sup>42</sup>. Cabría objetar que tal razonamiento parte de una premisa falsa, pues no existe un principio de inmunidad familiar en nuestro ordenamiento y, en mi opinión, tampoco la voluntad de conciliar el Derecho de daños y de familia permite hacer esta interpretación del art. 1902 CC.

Es posible que haya una cierta influencia de otros ordenamientos en los que sí es exigible el dolo, como sucede en el *Common Law* por aplicación de la doctrina del *tort of deceit*. Esta figura, que tradicionalmente pertenecía al ámbito contractual, se ha utilizado en Reino Unido para resolver supuestos de *paternity misrepresentation* y requiere que se transmita, a sabiendas, una información incierta con el ánimo de que la otra parte actúe confiando en la información recibida<sup>43</sup>. Cuando

---

paternidad biológica. Seguidamente señala que concurre dolo, pues "*las palabras o maquinaciones pueden ser de carácter positivo, que será lo normal, o negativo, cuando se utiliza la reticencia o el silencio ante una situación que razonablemente podía dar lugar a pensar lo contrario*" como en el caso enjuiciado, pues "*la madre mantuvo al padre en el error de creer que era el padre de su hija cuando no lo era*" (FJ 4).

<sup>41</sup> En este sentido afirma ÁLVAREZ OLALLA, "Daños causados...", cit., pág. 7, que "*tanto si la «atribución» de la falsa paternidad, por ocultación de la verdadera, es dolosa, como meramente culposa, la conducta es antijurídica y genera obligación de indemnizar el daño causado*".

<sup>42</sup> Así la SAP de Valencia, 7ª, 2.11.2004 (AC, 1994) en su FJ 8º.

<sup>43</sup> Los requisitos para estimar una acción por *tort of deceit* se recogen en el caso *Derry v Peek* [1889] 14 AC 337.

de dicha actuación (que puede ser la formalización de un contrato, la disposición patrimonial o, en nuestro caso, la asunción de la paternidad) se deriva un perjuicio, quien engañó o indujo a error queda obligado a repararlo.

Un ejemplo de *misattributed paternity* resuelto mediante la aplicación de la doctrina del *tort of deceit* puede encontrarse en el caso *A v B* [2007] 3 FCR 861, en el que se aprecia la conducta fraudulenta o dolosa de la mujer y se estima la pretensión, concediendo al demandante una indemnización de £ 22.400 (£ 7.500 por daños morales y £ 14.900 por los gastos realizados). Se siguió el criterio, también favorable a la aplicación del *tort of deceit*, del caso *P v B* [2001] 1 FLR 1041. En cambio, en Australia, en el caso *Magill v Magill* [2006] HCA 51, la *High Court* rechazó aplicar la doctrina del *tort of deceit*. Los magistrados concluyeron de forma unánime que no era suficiente el mero silencio de la esposa, sino que debería haber declarado de forma expresa la paternidad del marido o haber despejado sus dudas al respecto.

Las particularidades de cada ordenamiento, como es lógico, pueden llevar aparejadas soluciones distintas a problemas iguales, sin que ello permita al intérprete o aplicador de la norma remitirse a los argumentos de otros sistemas que no resulten compatibles con las disposiciones legales del propio.

Por otra parte, aunque se admitiese la necesidad de dolo, es muy discutible que deba descartarse cuando la madre alberga dudas sobre la identidad del progenitor. En este sentido, la doctrina ha señalado que el comportamiento de quien deja creer a su pareja que es el padre biológico teniendo dudas sobre ello constituye una culpa grave que justifica la exigencia de responsabilidad civil<sup>44</sup> y que podría incluso asimilarse al dolo<sup>45</sup>. En mi opinión, en la medida en que está al alcance de la madre descartar o confirmar sus sospechas mediante la simple realización de un test de ADN, su decisión de no hacerlo supone una ‘ignorancia deliberada’, que permitiría apreciar la existencia de dolo eventual en la ocultación a su pareja de las dudas. No sería razonable que pudiese beneficiarse de su propio desconocimiento quien tenía la posibilidad de salir de él y optó por no hacerlo.

Lo expuesto hasta aquí muestra la necesidad de un nuevo pronunciamiento del Tribunal Supremo que rectifique el criterio adoptado en 1999<sup>46</sup>. Este cambio de criterio puede producirse próximamente, cuando se resuelva el recurso de casación interpuesto frente a la SAP de Cádiz, 5ª, 13.6.2017 (JUR, 221073). No obstante, también cabe la posibilidad de que el TS mantenga la exigencia del dolo, en cuyo caso deberá fijar los parámetros para su apreciación y, en particular, si, como afirma la Audiencia Provincial de Cádiz en el concreto caso enjuiciado, es “evidente” que la ocultación fue dolosa porque la madre se allanó ante la impugnación de la filiación por el marido.

---

<sup>44</sup> Así, ECHEVARRÍA DE RADA, “Responsabilidad civil por infidelidad conyugal”, *Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, nº 8, La Ley, 2015, pág. 3 y MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, “Remedios indemnizatorios...”, cit., pág. 174.

<sup>45</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, “La responsabilidad civil...”, cit., pág. 924. En contra de la regla “*culpa lata dolo aequiparatur*”, véase PEÑA LÓPEZ, *La culpabilidad...*, cit., págs. 435 y ss.

<sup>46</sup> También se refiere a la necesidad de un nuevo pronunciamiento FARNÓS AMORÓS, “Remedios jurídicos...”, cit., pág. 30, quien señala que podría augurarse un distanciamiento las sentencias dictadas en 1999.

### 3.3. El daño

En nuestro ordenamiento la realidad biológica juega un papel fundamental en la regulación de la filiación paterna, de forma que ésta solo puede ser impuesta en contra de la voluntad de quien resulte ser el padre genético.

Esto es así aunque se pudiese acreditar la ausencia de voluntad procreativa y que la concepción tuvo lugar porque fallaron los métodos anticonceptivos. Pese a haber adoptado las debidas precauciones y haber manifestado desde el primer momento su intención de no ser padre, si finalmente se lleva a término la gestación, podrá establecerse la filiación paterna aun en contra de la voluntad del varón. Sobre esta cuestión, señala DE LORA DELTORO, "Reproducción, paternidad e igualdad ¿de qué son responsables los inseminadores?", *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares*, García Amado, J. A. (dir.), Gutiérrez Santiago, P. y Ordás Alonso, M. (coords.), Bosch, Barcelona, 2017, págs. 215-231, que "la autonomía procreativa se encuentra asimétricamente distribuida entre hombres y mujeres" y se pregunta si, aun dando por sentado que la diferencia fisiológica justifica un desigual trato, está justificado un trato *tan* desigual.

Se reconoce además la posibilidad de impugnar la filiación legal por quien no sea el progenitor dentro de los plazos legalmente previstos en los arts. 136 a 141 CC.

Este derecho se vio reforzado tras la declaración de inconstitucionalidad del art. 136.I CC en la redacción dada por la Ley 11/1981, que establecía el *dies a quo* para el cómputo del plazo de impugnación de la paternidad matrimonial con posesión de estado. La STC 26.5.2005 (RTC, 138) y poco después la STC 9.6.2005 (RTC, 156), declararon que, para evitar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su faceta de acceso a la jurisdicción (24.1 CE), el cómputo del plazo no puede comenzar en el momento de la inscripción de la filiación. Para adecuar la regulación a las exigencias constitucionales, en la reforma operada por la Ley 26/2015, de 8 de julio, se modificó el precepto y se situó el *dies a quo* en el momento en que el marido tiene conocimiento de la ausencia de vínculo biológico.

Evidentemente, la no coincidencia entre la realidad biológica y la filiación legal no constituye en sí misma un daño. Basta pensar en los reconocimientos de complacencia o en las adopciones. En ambos casos la falta de vínculo biológico se suple por la autonomía de la voluntad, que es precisamente lo que falta en los supuestos de atribución indebida de paternidad, en los que se priva de la facultad para decidir a quien tendría derecho a ello.

Frente a lo anterior tal vez podría objetarse que el ordenamiento no reconoce propiamente al hombre un derecho subjetivo a decidir si reconoce a quien no es su hijo genético, pues de la posibilidad de impugnar la filiación no puede deducirse la existencia de un derecho a no ser engañado en origen respecto de la paternidad, sino simplemente la facultad de ponerle fin una vez descubierto.

No obstante, dado que nuestro sistema es de cláusula general, la responsabilidad civil no se condiciona a la infracción de un concreto derecho subjetivo, sino que son indemnizables los daños siempre que no resulten indignos de protección jurídica y concurra cada uno de los presupuestos de la responsabilidad civil. En mi opinión, la atribución indebida de paternidad

supone una importante injerencia en la autonomía personal que puede vincularse con la infracción de la libertad individual (art. 10.1 CE).

Es posible encontrar una cierta similitud con los supuestos de *wrongful birth*, en los que la falta de información sobre las graves patologías del concebido impide a la gestante decidir libremente sobre la interrupción de su embarazo cuando estaba a tiempo para ello. Si bien es cierto que el ordenamiento no reconoce un derecho subjetivo a interrumpir el embarazo, se trata de una conducta jurídicamente admitida dentro de los plazos y supuestos previstos en la ley, de forma que la omisión de la información exigible de conformidad con la *lex artis* impide a la mujer adoptar una decisión en ejercicio de su autonomía personal, por lo que surgirá el deber de indemnizar los daños morales y patrimoniales que previsiblemente se derivarán<sup>47</sup>.

En la atribución indebida de paternidad –podrían denominarse casos de *wrongful fatherhood*– el daño no es el establecimiento de una paternidad que no corresponde con la verdad biológica, al igual que los casos de *wrongful birth* tampoco lo es dar a luz a un hijo aquejado de graves patologías. Ambas circunstancias pueden ser libremente asumidas, y en ocasiones lo son, por el padre no biológico y la madre gestante, respectivamente. Donde reside el daño en uno y otro caso es en la injerencia en la libertad individual que supone 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.

A continuación analizo los daños de carácter patrimonial y extrapatrimonial que pueden producirse. Entre los daños patrimoniales, destacan las reclamaciones por lo pagado en concepto de alimentos, pero también se ha demandado el reembolso de los gastos derivados del ejercicio de visitas, por el coste de la prueba de paternidad, de las terapias psicológicas y hasta el coste de la eliminación de un tatuaje con el nombre del hijo<sup>48</sup>. Entre los daños no patrimoniales cuya compensación se ha reclamado se encuentran los daños morales por el descubrimiento de la falta de vínculo biológico, por pérdida de la relación paterno-filial, por pérdida del vínculo legal de filiación, por daño al honor, la fama y la reputación e incluso por la esterilización irreversible del demandante<sup>49</sup>.

#### a. Identificación de los daños extrapatrimoniales

Los daños de carácter no patrimonial pueden clasificarse fundamentalmente en dos categorías. De un lado, aquellos que se padecen por la imposición de la paternidad y, de otro, los que

---

<sup>47</sup> Véase MACÍA MORILLO, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconcepcionales y prenatales (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 346-363.

<sup>48</sup> Esta era una de las pretensiones del demandante en el caso resuelto por la SAP de Barcelona, 18ª, 29.5.2018 (JUR, 168065). Sin embargo, no se acredita que tal gasto se haya devengado y la Audiencia desestima la pretensión.

<sup>49</sup> Por este y otros conceptos se reclamaba indemnización en el caso resuelto en la SAP de Barcelona, 17ª, 27.10.2011 (JUR 2015, 4436). Esta pretensión fue desestimada por no quedar acreditado que fuera inducido a ello por la demandada, sino que según entiende la Audiencia la práctica de la vasectomía respondió a la decisión voluntariamente asumida por el actor.

pueden sufrirse por la posterior privación de la relación con el hijo. Mientras que los primeros son susceptibles de indemnizarse siempre que se descubra la atribución indebida de la paternidad, es posible que no lleguen a padecerse los segundos o bien que, aun padeciéndose, no proceda su indemnización, por ejemplo, por haber sido el propio demandante el que hubiese optado por poner fin a la relación con el menor<sup>50</sup>.

La SAP de Barcelona, 18ª, 29.5.2018 (JUR, 168065) hace también esta distinción cuando indemniza por el *engaño* (parece referirse al resultado de éste, es decir, a la privación de la decisión sobre la paternidad) y no por la pérdida de la relación paterno-filial. En el caso, la impugnación de la filiación no supuso la alteración del régimen de visitas, por lo que la Audiencia señaló que *“el daño moral deriva simplemente del engaño de la madre y no de la pérdida de relación con quien tuvo por hijo, que se mantiene”*.

En primer lugar, el daño por la *privación de la decisión sobre la filiación* no se conoce hasta que se descubre la ausencia de vínculo biológico con el hijo. Es entonces cuando se desencadenan una serie de padecimientos psíquicos y psicológicos e incluso consecuencias físicas, como la agravación de enfermedades que previamente se padecían. En ocasiones, es posible acreditarlo mediante informes médicos y psicológicos, pero, aun sin tales informes, dada la naturaleza de los daños, los tribunales pueden tener por cierta su existencia a la luz del conjunto de las demás circunstancias probadas del caso.

En ocasiones se advierte una cierta confusión en algunos pronunciamientos, en los que se identifica como daño la *“pérdida del vínculo biológico”*, lo que resulta inexacto, pues no puede perderse si nunca ha existido<sup>51</sup>. En algún caso también ha llegado a equipararse el padecimiento de quien descubre que no es el progenitor con la *“pérdida de un hijo”*, lo que no sería correcto ni siquiera a los efectos de cuantificar el daño.

En la SAP de Valencia, 7ª, 2.11.2004 (AC, 1994), el demandante alegaba que había padecido *“un gran daño moral que lo concreta en la pérdida de tres hijos, queridos y criados como tales, superior a la pérdida de tales hijos por muerte violenta”*. Se apoyaba en un informe pericial que calificaba su padecimiento de *“trauma de máxima gravedad por imposibilidad de producir el fenómeno natural del duelo. Superior a la pérdida traumática”*. Esta argumentación, que no deja de suponer una cosificación de los hijos, debe descartarse.

La pérdida del vínculo legal de filiación tampoco parece que constituya en sí misma la causa de un daño indemnizable, pero sí puede resultar relevante en la medida en que suponga la pérdida o disminución definitiva del derecho a relacionarse con los hijos. Por eso, a mi juicio, la pérdida de la filiación legal puede ser determinante para la fijación del *dies a quo* de ese daño si es el momento en que se consolida la privación.

---

<sup>50</sup> No obstante, esto tal vez deba matizarse teniendo en cuenta la consideración de la SAP de Valencia, 7ª, 2.11.2004 (AC, 1994) sobre el impacto del descubrimiento en la relación afectiva: *“no podemos prescindir del normal desarrollo de las relaciones afectivas y sociales, por tanto, si bien, como mera hipótesis, podríamos sostener que pueden mantenerse, sin alteración alguna las relaciones del Sr. V. con los menores, la realidad nos lleva a la conclusión contraria, a la imposibilidad psicológica y social de que ello ocurra, al menos, hasta que por todos los implicados, incluso los menores, superen el impacto emocional que la situación ha generado, pero que no alteraría el ya padecido”*(FJ 8).

<sup>51</sup> FARNÓS AMORÓS, *“El precio de ocultar la paternidad...”*, cit., pág. 7.

La *pérdida o limitación de la relación con el hijo* constituye, precisamente, el segundo tipo de daños no patrimoniales a los que hacía referencia inicialmente. Es necesario recordar que los progenitores tienen reconocido el derecho a relacionarse con sus hijos aunque no estén en su compañía (art. 94 CC) y, por su parte, el art. 160.1 CC reconoce el derecho del menor a relacionarse con sus “progenitores” aunque no ejerzan la patria potestad. Se ha entendido que pese a utilizar el concepto progenitor, el art. 160.1 CC hace referencia a los padres con independencia de que compartan o no vínculo biológico con el hijo<sup>52</sup>. En cualquier caso, quien había ejercido como padre dejará de serlo si se impugna la filiación, por lo que ni se le atribuirá la custodia, ni sería de aplicación el art. 160.1 CC para la fijación de un derecho de visitas como padre. En el mejor de los casos, se le podría reconocer un derecho de visitas en concepto de allegado<sup>53</sup>.

Constituye una excepción la STS, 1ª, 20.11.2013 (RJ, 7824), en la que se atribuye la custodia al hombre que previamente había impugnado su paternidad. Se trata de un supuesto absolutamente excepcional, en el que concurren “*circunstancias especialmente graves*”. Se acredita que la madre no se encuentra psicológicamente en condiciones de asumir la protección de sus hijas menores debido a su inestabilidad emocional, que no acepta las visitas fijadas previamente a favor del padre y que prioriza sus intereses sobre el bienestar de las hijas. El TS tiene en cuenta el interés de la menor en mantener los lazos afectivos y la convivencia con quien fue su padre legal y con la hija de éste –su hermana materna– con la que también había convivido. Por tanto, una vez comprobada la aptitud de quien fue legalmente su padre para ejercer la custodia, se le concede con la voluntad de evitar el “*grave y evidente riesgo de desprotección infantil si en el futuro no se adoptan soluciones que lo impidan, especialmente por lo que respecta a la madre*”.

En definitiva, desaparecido el vínculo legal de filiación, sería conforme a Derecho la decisión de la madre de impedir o limitar a lo judicialmente acordado la relación paterno-filial. Sin embargo, que este resultado esté jurídicamente amparado no impide constatar que se causará un gran daño a quien había ejercido como padre y desearía mantener la relación con el hijo. Aunque la impugnación de la filiación y la evitación del contacto con el menor no sean conductas culpables en el sentido del art. 1902 CC, el daño por la pérdida de la relación con el menor sí es indemnizable ya que es objetivamente imputable a la conducta culpable de ocultar la paternidad, pues precisamente la ocultación determinó la asunción de una paternidad cuya eficacia no podía saber el padre que era claudicante. En este sentido, resulta claro que la ocultación inicial no solo es fácticamente una de las causas del daño moral por la pérdida de la relación, sino que dicho daño puede ponerse jurídicamente a cargo de la madre.

#### b. Cuantificación del daño moral

Además de las referencias que puedan hacerse a la importancia que legal y socialmente se concede al vínculo genético, a la hora de cuantificar el daño moral, podría pensarse en un

---

<sup>52</sup> Así, YZQUIERDO TOLSADA, “Artículo 160”, *Código Civil Comentado*, Cañizares Laso, A., et al. (dirs.), vol. I, 2ª ed., Thomson Reuters, 2016, págs. 814-815. Puede pensarse en padres adoptivos, reconocimientos de complacencia o filiaciones establecidas de conformidad con la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, respecto de quienes no aportaron material genético.

<sup>53</sup> Como indica YZQUIERDO TOLSADA, “Artículo 160”, cit., pág. 817, el término allegado no exige que exista vínculo de parentesco, pues el Diccionario define el concepto de “allegado” como la persona “*cercana o próxima a otra en parentesco, amistad, trato o confianza*”.

supuesto con el que guarda un cierto parecido, como es el descubrimiento de la falta de vínculo biológico tras una negligencia del hospital que por error intercambia a dos recién nacidos y que no se descubre por las respectivas familias hasta años después. Sin embargo, como se verá, las indemnizaciones concedidas por responsabilidad patrimonial de la Administración en casos similares, y que podrían ser útiles para orientar la cuantificación de los daños, no pueden trasladarse a estos supuestos.

A la hora de cuantificar los daños morales derivados de la atribución indebida de paternidad y, en su caso, por la privación de la relación con los hijos, es inevitable una cierta discrecionalidad judicial, siempre a la luz de las circunstancias del caso.

*Como se afirma en la SAP de Cantabria, 2ª, 3.3.2016 (AC, 799), “la valoración del daño moral causado, por recaer en bienes de difícil o imposible cuantificación, dado su carácter extrapatrimonial, obliga a su determinación ponderando todas las circunstancias concurrentes. Y tomando en consideración los hechos, claramente traumáticos, su impacto probado en el sujeto y las dificultades para ser asumidos”.*

Algunos de los criterios que habitualmente se mencionan como determinantes para la fijación del *quantum* indemnizatorio son el número de hijos, los años que dura el engaño, el vínculo paterno-filial existente y la gravedad de los daños que se acreditan.

Respecto de la acreditación de los daños, a menudo se aportan informes médicos y psicológicos que certifican los daños físicos y psíquicos o se prueba el reconocimiento de una incapacidad temporal y la situación de baja laboral. En cambio, por la naturaleza de estos daños, los tribunales son flexibles en la apreciación hasta llegar a presumir la existencia del daño cuando de los hechos puede deducirse el evidente padecimiento sufrido por el demandante.

Un ejemplo de lo anterior se encuentra en la SAP de León, 2ª, 2.1.2007 (JUR, 59972), en la que no se practicó prueba tendente a demostrar el padecimiento psíquico y el tribunal solo disponía de la pericial psicológica practicada en primera instancia en la que se constataba la zozobra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre. Señala la Audiencia que dicho informe “nos presenta a D. Pedro Francisco como un hombre emocionalmente estable, maduro, tranquilo, sereno y que se enfrenta a la realidad y se ajusta a los hechos; pero, indudablemente, quienes reúnen tales cualidades también pueden sufrir y es de presumir lo haya hecho y en gran medida D. Pedro Francisco, que convivió con Lucía desde su nacimiento el 03.09.95 hasta el 01.09.04, que la tuvo por hija biológica durante varios años, la deseó fervientemente como hija durante el embarazo de la madre, le prestó todas las atenciones y le dedicó todos sus cuidados como consecuencia de trabajar su esposa la mayor parte del día fuera de casa y encontrarse él jubilado por enfermedad y luchó, con éxito, por su custodia en el procedimiento de separación matrimonial y defendió inútilmente su paternidad [...]. Todo lo cual, a nuestro entender, justifica una indemnización que ponderadamente ciframos en 30.000 euros” (FJ 3º).

También la Audiencia Provincial de León, en la SAP de León, 1ª, 30.1.2009 (JUR, 192431), aunque disponía de un informe de la psiquiatra y del testimonio de familiares, señaló que “en cualquier caso, ni las pruebas practicadas ni las que hubieran podido llevarse a cabo en tal sentido, son necesarias para llegar a una conclusión que entendemos evidente, y es el dolor y el sufrimiento que con total seguridad se le ocasiona a cualquier persona en la situación de D. Raúl” (FJ. 2º).



Por otra parte, si se observan las cuantías concedidas en concepto de daños extrapatrimoniales, se aprecia una razonable similitud en los pronunciamientos de las Audiencias. Así, un buen número de sentencias cifran la indemnización por los daños morales entre los 20.000 y los 30.000 €, llegando en algún caso hasta los 40.000 €.

Destaca el número de pronunciamientos que cuantifican el daño moral en 30.000 €, como la SAP de Cádiz, 2ª, 3.4.2008 (JUR, 234675), SAP de León, 1ª, 30.1.2009 (JUR, 192431), SAP de Santa Cruz de Tenerife, 3ª, 16.10.2009 (JUR 2010, 79320), SAP de León, 2ª, 10.11.2010 (AC, 2120), SAP de Valencia, 11ª, 13.11.2014 (AC 2015, 228) o SAP de Cantabria, 2ª, 3.3.2016 (AC, 799). Fijan indemnizaciones de 25.000 €, la SAP de Alicante, 6ª, 16.1.2013 (JUR, 150976) y la SAP de Badajoz, 3ª, 5.9.2017 (JUR, 245685); y de 20.000 € la SAP de Barcelona, 17ª, 27.10.2011 (JUR 2015, 4436). Más elevada es la indemnización por daño moral concedida en la SAP de Gerona, 2ª, 19.4.2018 (JUR, 114596), que considera insuficiente la condena de la instancia a resarcir con 10.000 € y fija en 40.000 € la compensación que debe abonarse a quien descubrió no ser el padre biológico cuando su hijo tenía ya 22 años.

En otras sentencias se establecen cuantías inferiores que generalmente se explican por la escasa relación paterno-filial existente, ya sea por un rápido descubrimiento o por circunstancias propias de la relación personal.

Se establece que el daño moral debe compensarse con 15.000 € en la SAP de Murcia, 5ª, 18.11.2009 (AC 2010, 60) por ser el hijo ya mayor y constatarse la difícil relación paterno-filial y en la SAP de Jaén, 1ª, 9.3.2015 (JUR, 129380) en la que pese a acreditarse el daño físico del demandante por agravamiento de la enfermedad de Krohn que padecía, se constata la escasa relación paterno-filial. Una indemnización similar se establece en la SAP de Valencia, 7ª, 5.9.2007 (JUR, 340366), que revoca la sentencia de instancia que condenaba al pago de 100.000 € para reducirla a 12.000 € dado que el engaño no duró más de un año y desde el nacimiento existían sospechas sobre la paternidad.

Fuera de este rango de indemnizaciones, pueden encontrarse otras que destacan por ser llamativamente reducidas y, en sentido contrario, la SAP de Valencia, 7ª, 2.11.2004 (AC, 1994) que ha establecido la indemnización más alta por este concepto (100.000 €) por la especial gravedad del caso en que el demandante descubrió que tres de los cuatro hijos que creía suyos no lo eran.

Fijan los daños morales en cuantías reducidas la SAP de Madrid, 9ª, 9.5.2014 (AC, 1397), que confirma la sentencia de instancia que fijaba la indemnización en 4.000 € y la SAP de Asturias, 5ª, 18.5.2012 (JUR, 190526), que cuantifica en 3.000 € el daño moral en el caso de una pareja no matrimonial que había iniciado la convivencia tras comunicar la mujer su embarazo; sin embargo, pocos meses después de nacer el hijo, el hombre realizó la prueba de ADN que confirmó sus sospechas y posteriormente impugnó la paternidad. Menor aún parece ser la compensación en la SAP de Barcelona, 1ª, 19.3.2018 (JUR, 88194), pues, aunque se confirma una indemnización de 3.000 € en concepto de daño moral, para su fijación se tuvieron en cuenta el coste de la prueba de paternidad y parte de los gastos de una póliza de seguro suscrita por el actor. Poco después, la SAP de Barcelona, 18ª, 29.5.2018 (JUR, 168065) fija también en 3.000 € la indemnización por el *engaño* en un supuesto en el que se impugnó la filiación pero no se modificó el régimen de visitas.

Hay que señalar que cuando es la Administración la que causa daños similares a los aquí estudiados, las indemnizaciones resultan más cuantiosas. Entre los daños por privaciones de la relación con los hijos, se encuentran las derivadas de declaraciones de desamparo erróneas o no

revisadas que dan lugar a acogimientos preadoptivos, a veces con una duración temporal y en ocasiones de carácter permanente<sup>54</sup>.

Algunas de las sentencias en las que se condena a indemnizar por privación definitiva son la STSJ Andalucía, Granada, Cont-Advo, 1ª, 30.9.2013 (JUR, 375632), en la que se indemniza conjuntamente a la madre y tres hijos con 150.000 €, y en la STSJ Andalucía, Sevilla, Cont-Advo, 3ª, 22.10.2009 (JUR 2010, 79135), con 60.000 €.

En cambio, cuando la privación es temporal la cuantía de la indemnización es más reducida, como sucede en la STSJ Andalucía, Sevilla, 3ª, 30.9.2010 (JUR 2012, 6405), en la que se condena a pagar 15.000 €; la STSJ Cataluña Cont-Advo, 4ª, 21.3.2012 (JUR, 209584), con 18.000 € a la madre y 6.000 € a cada uno de los tres hijos; y la STSJ Andalucía, Sevilla, Cont-Advo, 3ª, 7.11.2007 (RJCA 2008, 195), con 24.000 €.

También pueden encontrarse sentencias de responsabilidad patrimonial de la Administración en las que se conceden indemnizaciones desorbitadas. Por privaciones de la relación con los hijos se ha llegado a indemnizar con 1.400.000 € en la SAP de Sevilla, 7ª, 30.1.2005 (AC 2006, 70), mientras que por los daños derivados del descubrimiento de la falta de vínculo biológico a raíz del intercambio de dos recién nacidos por negligencia del hospital se condenó al pago de 900.000 € en la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Las Palmas de Gran Canaria, 3º, 30.3.2009 (RJCA, 402)<sup>55</sup>.

Parece que la diferencia de criterios en unos y otros casos responde más a la voluntad de sancionar a la Administración que a la de resarcir los daños causados, con todo lo criticable que hay en trasladar el reproche de la conducta a la valoración del daño, así como pretender sancionar a la Administración Pública.

### c. Daños patrimoniales

Algunos de los daños patrimoniales por los que se ha reclamado reparación han sido el coste de realizar la prueba de paternidad, los gastos de desplazamiento para cumplir con el régimen de visitas, pero sobre todo por las cantidades pagadas en concepto de alimentos.

En el caso de la prueba de paternidad, como resulta necesaria para conocer si existe vínculo biológico, se entiende hecha en beneficio de ambos padres y, en consecuencia, se condena a la demandada a abonar el 50% en la SAP de Cádiz, 2ª, 3.4.2008 (JUR, 234675) y en la SAP de Cádiz, 5ª, 13.6.2017 (JUR, 221073). En cambio, el reparto por mitad ni siquiera se plantea en la SAP de Gerona, 2ª, 19.4.2018 (JUR, 114596) cuando condena a la madre a resarcir al actor por el coste de la prueba de paternidad.

---

<sup>54</sup> Sobre los criterios de cuantificación ante la privación de la compañía de los hijos, véase DOMÉNECH PASCUAL, "La cuantificación de los daños morales causados por las administraciones públicas", *El daño moral y su cuantificación*, Gómez Pomar, F. y Marín García, I. (dirs.), 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2017, págs. 537-541.

<sup>55</sup> Se condenó al Servicio Canario de Salud a indemnizar con 900.000 € por el error de un hospital que separó al nacer a dos hermanas gemelas. La indemnización para la gemela separada de su familia biológica, a la que el descubrimiento le supuso diversos perjuicios, se fijó en 360.000 €. Se concedieron indemnizaciones de 180.000 € para cada una de las otras tres perjudicadas: la gemela que permaneció en su familia biológica, la madre y la hermana no biológica.

En alguna ocasión la pretensión resarcitoria ha incluido los gastos de transporte asumidos por el demandante cuando se tuvo que desplazar periódicamente para cumplir el régimen de visitas acordado respecto de quienes luego resultaron no ser sus hijos. Por este concepto se reclama en los casos resueltos por la SAP de Cádiz, 2ª, 3.4.2008 (JUR, 234675) y la SAP de Cádiz, 8ª, 16.5.2014 (JUR, 203955). En ambas sentencias la Audiencia se mostró favorable a indemnizar, afirmando que *“el gasto sea reintegrable tampoco nos ofrece mayores dudas en tanto que satisfecho en beneficio de una relación paterno-filial a la postre inexistente”*. Sin embargo, mientras que en el primer caso se estimó la pretensión, en el segundo la Audiencia consideró que debía desestimarse porque el coste del transporte se asumió para cumplir con un régimen de visitas fijado en una sentencia firme cuya nulidad no se instó y contra la que tampoco consta que se interpusiese recurso extraordinario de revisión.

Sin duda, el daño patrimonial más importante que se produce es el derivado del mantenimiento del menor, pues quien cumple con las obligaciones impuestas legalmente respecto del cuidado y manutención de sus hijos sufre una merma en su patrimonio. La cuestión que se plantea es si tal perjuicio patrimonial puede ser reparado mediante la aplicación de las reglas de responsabilidad civil y el alcance, en su caso, de la indemnización.

Las Audiencias han entendido que no puede prosperar la reclamación por lo pagado durante la convivencia porque existe el deber de contribuir a las cargas del matrimonio y, aunque el hijo fuese solo de uno de los cónyuges, los gastos corren a cargo de la sociedad de gananciales (1362.1º II CC).

Incluso en el caso resuelto por la SAP de Valencia, 7ª, 2.11.2004 (AC, 1994), en el que los cónyuges habían otorgado capitulaciones matrimoniales y tenían un régimen de separación de bienes, la Audiencia negó la responsabilidad por daños patrimoniales. Se constata que la demandada carecía de ingresos o rentas por lo que, sin aplicar el art. 1362 CC, se considera que la educación y alimentación de los hijos corría a cargo de la economía doméstica.

Por lo que respecta a las cantidades abonadas tras la separación o el divorcio, los criterios de las Audiencias han sido dispares. Pueden encontrarse sentencias tanto estimatorias como desestimatorias y, hasta fechas recientes, cuando se ordenaba el reembolso de lo pagado para cumplir con la pensión de alimentos, se hacía con base en el art. 1902 CC o por aplicación de las reglas del cobro de lo indebido (art. 1895 CC).

Entre los pronunciamientos que por aplicación del art. 1902 CC condenan a indemnizar, cabe mencionar las sentencias de las Audiencias de Valencia, 7ª, 5.9.2007 (JUR, 340366), Barcelona, 14ª, 31.10.2008 (AC 2009, 93) o la más reciente de Gerona, 2ª, 19.4.2018 (JUR, 114596), en la que debido a la duración del engaño, la indemnización, solo por los alimentos, asciende a 106.769,68 €.

En cambio, entienden que existe un cobro indebido y ordenan el reembolso de las cantidades por aplicación del art. 1895 CC las Audiencias de León, 2ª, 2.1.2007 (JUR, 59972), Cádiz, 2ª, 3.4.2008 (JUR, 234675) o Asturias, 5ª, 18.5.2012 (JUR, 190526).

Algunas de las sentencias en las que se rechaza que el pago de la pensión de alimentos constituya un cobro indebido son las de las Audiencias de Ciudad Real, 2ª, 29.2.2012 (AC, 359), Cádiz, 8ª, 16.5.2014

(JUR, 203955), Granada, 5ª, 13.6.2014 (AC, 1628) o Jaén, 1ª, 9.3.2015 (JUR, 129380). El principal argumento, posteriormente acogido por el Tribunal Supremo, es la existencia del deber de pago de alimentos mientras se mantiene el vínculo de filiación. Asimismo se suele aludir al carácter consumible de los alimentos.

Frente al cauce de la responsabilidad civil, la reclamación de las cantidades fundada en la existencia de un enriquecimiento injusto o un cobro indebido, planteaba dos grandes ventajas relativas, por un lado, al plazo para interponer la acción y, por otro, al criterio de imputación subjetiva. El demandante contaba con un mayor plazo dado que la acción está sometida al plazo general de cinco años (art. 1964.2 CC) y no necesitaba acreditar la concurrencia de dolo, como se viene exigiendo en las acciones de responsabilidad por daños. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en sentencia del Pleno de 24.4.2015 (RJ, 1915), ha rechazado la posibilidad de recuperar lo pagado mediante la acción de cobro de lo indebido.

El Supremo argumentó que las disposiciones patrimoniales no fueron indebidas, pues mientras existe el vínculo de filiación los padres están obligados a hacerse cargo del mantenimiento de los hijos. Existía una obligación judicialmente impuesta entre quien realizó los pagos y quien los recibió, de modo que no concurriría el requisito relativo a la ausencia de causa exigido para estimar la acción.

La Sala apoyó también su decisión en el carácter consumible de los alimentos, que impide que la extinción de la pensión tenga efectos retroactivos, así como en el principio *favor filii* y el derecho de la menor a la pensión de alimentos.

El pronunciamiento, lejos de ser pacífico, contó con un voto particular formulado por los Magistrados Antonio Salas Carceller y Francisco Javier Orduña Moreno.

Frente al criterio formalista de la Sala, los Magistrados que suscriben el voto particular entienden que se trata de un supuesto de *indebitum ex causa*, pues el demandante asumió la obligación reflejada en el convenio regulador en la creencia de que era el padre biológico, esto es, mediando un vicio del consentimiento. Señalan que la existencia de una resolución judicial que confirmaba la obligación de pago de alimentos, dictada también mediando error, en modo alguno subsana el vicio preexistente.

Se constata también en el voto particular que la reclamación no cuestiona el derecho de la menor a recibir alimentos, sino que se discute a quién corresponde satisfacerlos. No se trata, pues, de una demanda de devolución de alimentos frente a la hija, sino de una reclamación de lo indebidamente satisfecho a la madre.

Tras esta sentencia, cuando la acción se dirige contra la madre, las cantidades abonadas solo podrán recuperarse, en su caso, utilizando el cauce del art. 1902 CC. Aunque en la sentencia de 24.4.2015 (RJ, 1915) el Supremo no llegó a pronunciarse sobre la responsabilidad civil porque la acción habría prescrito, previsiblemente lo hará al resolver el recurso de casación interpuesto frente a la SAP de Cádiz, 5ª, 13.6.2017 (JUR, 221073).

En el caso sobre el que deberá pronunciarse el Tribunal Supremo, parece que la acción sí se interpuso dentro del plazo de un año. En la sentencia recurrida, la Audiencia Provincial de Cádiz condena a devolver las pensiones abonadas por el actor (45.971'5 €) y, aunque hace referencia a que los alimentos fueron "indebidamente cobrados", lo cierto es que también hace alusión a la concurrencia de dolo en la conducta de la demandada, lo que apunta a la aplicación del art. 1902 CC. No queda claro cuál es la vía

utilizada para estimar la pretensión, pero, aun descartándose la aplicación del art. 1895 CC, podrían concurrir los presupuestos necesarios para que el Tribunal Supremo sí estimase aplicable el art. 1902 CC.

En otro orden de cosas, cabe preguntarse si no adolecería de una cierta incoherencia interna la reclamación de daños por la privación de la relación con el menor en la que se solicitase también la devolución de lo pagado hasta entonces en concepto de alimentos. Mientras que la primera pretensión presupone la existencia de una relación y afecto que se desea mantener y cuya pérdida solo sería imputable a la madre, en la segunda pretensión se podría intuir la voluntad del propio demandante de poner fin con carácter retroactivo a todos los efectos derivados de esa relación, entre los que se incluyen las consecuencias patrimoniales.

### 3.4. Nexo causal

Por lo que respecta al nexo causal, la primera cuestión que podría plantearse afecta a la causalidad entre la ocultación y los daños patrimoniales pues es posible que, de haber sabido en un primer momento la verdad biológica, hubiese decidido el hombre asumir la paternidad, haciéndose por tanto cargo de los gastos. Parece que se apunta en este sentido cuando se caracteriza el daño del demandante como una pérdida de oportunidad<sup>56</sup>.

La teoría de la pérdida de oportunidad permite estimar la reclamación de responsabilidad en supuestos en los que, suprimida mentalmente la conducta, no existe certeza respecto de la correlativa desaparición del daño, sino que ésta es meramente probable y habría dependido del azar. De este modo, al identificar como daño la pérdida de la oportunidad de obtener un beneficio o evitar un perjuicio, se sortean los problemas relativos al nexo causal.

En cambio, no es posible aplicar la teoría de la pérdida de oportunidad en estos supuestos porque falta el requisito de la aleatoriedad. Es decir, si no se hubiese producido el engaño sobre la paternidad, habría dependido de la voluntad del hombre -y no del azar- el establecimiento de la filiación y la asunción de los gastos<sup>57</sup>.

En segundo lugar, tal vez podría discutirse la causalidad entre la conducta dañosa -la ocultación- y los daños morales por los que se reclama. Así, ante la demanda por daños derivados de la atribución indebida de paternidad, podría alegarse que los perjuicios morales del demandante son consecuencia de otras circunstancias no indemnizables como el descubrimiento de la infidelidad o la ruptura de la pareja. Como lo habitual es que estas reclamaciones se planteen en un contexto de grave crisis familiar, es muy probable que, en efecto, no sea solo el descubrimiento de la falta de paternidad y la pérdida de la relación con el menor la causa de

---

<sup>56</sup> DE LA IGLESIA MONJE, "El daño moral derivado de la ocultación por la esposa de la paternidad del hijo matrimonial", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 760, marzo 2017, pág. 928.

<sup>57</sup> Por la misma razón no podría identificarse el daño en los supuestos de *wrongful birth* con la pérdida de oportunidad cuando reclamase la madre, pues falta el aleas en la medida en que la decisión sobre la continuidad o no del embarazo habría dependido de su sola voluntad. En cambio, si el demandante fuese el padre en vez de la madre, sí podría hablarse de pérdida de oportunidad, pues no habría sido él quien hubiese podido decidir, sino que simplemente perdió la oportunidad de que lo hiciese la gestante. Véase MACÍA MORILLO, *La responsabilidad médica...*, cit., págs. 563-568.

sufrimiento psíquico. Aunque esa concurrencia de causas no excluye la responsabilidad civil, sí obligaría a determinar en qué medida el daño deriva de unas y otras circunstancias.

Sin embargo, dado que los daños son de la misma naturaleza y la valoración de los perjuicios morales es en gran medida discrecional, la distinción, más allá de la teoría, puede no ser posible en la práctica. Ello no obsta para que cuando sea posible sí se determine la causa del daño y se indemnice en consecuencia. Así podría ocurrir en un supuesto en el que constase la progresiva aparición de los daños, siempre que pudiesen razonablemente vincularse con los sucesivos acontecimientos familiares que los provocan.

En la STS, 1ª, 14.7.2010 (RJ, 5152), aunque se desestimó la acción porque se apreció prescripción, podría encontrarse un ejemplo pues se acredita que los daños fueron agravándose desde la fecha de la separación, en 2001, hasta que se interpone la reclamación de responsabilidad en 2005. En un primer momento, el demandante sufre un síndrome cardiogénico por lo que se le implanta un marcapasos y la enfermedad se va agravando, se le reconoce una discapacidad del 65% y la incapacidad total para ejercer su trabajo, además de problemas psíquicos. Los daños comienzan con la separación, continúan con el divorcio y se van agravando a medida que tiene noticia de las infidelidades de su mujer, luego sospechas sobre la paternidad biológica de quien creía su hija, se impugna la filiación, más tarde recae sentencia en la que se estima la impugnación de la filiación y finalmente su exmujer se va a vivir con su nueva pareja.

#### 4. Aspectos procesales de la acción de responsabilidad civil

##### 4.1. Legitimación activa y pasiva

###### a. ¿A quién se demanda y por qué concepto?

Es posible que la demanda de responsabilidad no se dirija exclusivamente contra la madre, sino también contra el padre biológico<sup>58</sup>. En ocasiones se ha demandado a ambos y las Audiencias aprecian la responsabilidad del progenitor cuando se considera suficientemente acreditado que conocía su paternidad y permitió que la asumiese por error quien creía ser el padre biológico. Al igual que para estimar las reclamaciones contra la madre, los tribunales se refieren al dolo como criterio de imputación subjetiva respecto del progenitor.

En la SAP de Valencia, 7ª, 2.11.2004 (AC, 1994) se condena tanto a la madre como al padre biológico a indemnizar por los daños morales sufridos por el demandante y se afirma que *“el dolo en el ocultamiento de la no-paternidad, puede ser reprochable moralmente, en mayor medida a la que era su esposa, pero jurídicamente lo es a los dos por igual”*.

En cambio, en la SAP de Alicante, 9ª, 6.11.2017 (JUR 2018, 111191) no se considera culposa ni dolosa la conducta del padre biológico y se revoca la sentencia de instancia que condenaba a indemnizar con 40.000 € por el daño moral sufrido por el actor al descubrir que no era el progenitor de sus hijos. Curiosamente, en este caso no se demandaba también a la madre, sino exclusivamente al padre biológico. La Audiencia señala que *“en esta tesitura no consideramos que el demandado carente de posesión de*

<sup>58</sup> Señala FARNÓS AMORÓS, “Remedios jurídicos...”, cit., pág. 26, resulta positivo que la acción pueda dirigirse también contra el padre biológico ya que fomenta la corresponsabilidad y desincentiva conductas oportunistas.

*estado, ajeno al círculo familiar y un extraño para los menores, tuviese obligación de irrumpir en una familia legalmente constituida, con los afectos consolidados inherentes a tal situación, afectos filiales y fraternales y hacia la familia extensa, abuelos, tíos y primos, hubiese de irrumpir, decimos, en la misma, planteando una demanda de filiación, cuando lo haría bajo simples sospechas por importantes que estas fuesen. Tampoco le era exigible como alega el recurrido haber hecho unas pruebas de paternidad de espaldas al actor, porque aparte de suponer una intromisión en su intimidad, que puede considerarse ilegítima, solo tendrían sentido si a ella siguiese una demanda de paternidad”.*

Además de la posible responsabilidad por los daños morales, se ha reclamado al progenitor lo pagado para el mantenimiento del hijo. Mientras que se ha aplicado el art. 1902 CC para estimar la acción por los perjuicios extrapatrimoniales, la recuperación de las cantidades pagadas en concepto de alimentos se venía estimando por las Audiencias mediante la figura del enriquecimiento injusto.

Es el caso de la SAP de Santa Cruz de Tenerife, 3ª, 16.10.2009 (JUR 2010, 79320) y la SAP de León, 2ª, 2.1.2007 (JUR, 59972) en las que condenó solidariamente al padre biológico y a la madre a reparar el daño moral y, por enriquecimiento injusto, únicamente al progenitor.

Sin embargo, como ya se vio, el Tribunal Supremo, en sentencia del Pleno de 24.4.2015 (RJ, 1915), ha negado la posibilidad de acudir al art. 1895 CC para recuperar el importe de las pensiones de alimentos. Aunque en aquella ocasión la reclamación solo se dirigió frente a la madre, parece que, de mantenerse el criterio formalista, también debería desestimarse una acción por enriquecimiento injusto frente al padre biológico.

En este mismo sentido se pronuncia la sentencia de la AP de Alicante, 9ª, 6.11.2017 (JUR 2018, 111191). Tras exponer el criterio de la STS de 24.4.2015 (RJ, 1915) y señalar que también es razonable el del voto particular, indica que en su pronunciamiento no se va a separar del criterio del TS. Es decir, que las cantidades abonadas para la manutención de los menores mientras existía un vínculo legal de filiación eran debidas y por tanto no hay un enriquecimiento injusto del demandado.

Otro argumento para desestimar la reclamación por enriquecimiento frente al progenitor puede encontrarse en las sentencias del TS, 1ª, de 29 y 30 de septiembre de 2016 (RJ, 4457 y 4844, respectivamente), en las que se rechaza la pretensión de reembolso de las cantidades satisfechas por la madre para el mantenimiento del hijo menor antes de la interposición de la demanda de alimentos contra el padre.

El Tribunal Supremo considera aplicable el art. 148.I CC no solo a los alimentos debidos entre parientes, sino también a la obligación de alimentos para los hijos, de modo que solo deben abonarse a partir de la fecha en que judicialmente se reclamó la fijación de una pensión de alimentos para el hijo. Afirma el TS que *“la ratio de lo dispuesto en la frase final del artículo 148.I CC [...] es proteger al deudor de alimentos, evitando que le sea reclamada una cantidad elevada de dinero a quien podría desconocer o dudar razonablemente que era, o por qué importe era, deudor de alimentos”* y ello, señala el TS, sin perjuicio de que pueda discutirse si resulta excesivo el alcance de la protección que legalmente se concede al deudor.

Aunque estas sentencias resuelven reclamaciones planteadas por la madre, las mismas razones que en estos casos conducen a la desestimación impedirían también admitir la reclamación de quien pagó creyendo ser el progenitor. Si, en efecto, el art. 148.I CC es aplicable a la obligación de

alimentar a los hijos, la protección que éste dispensa a quien habrían sido exigibles los alimentos impediría que prosperasen tanto las reclamaciones de la madre como las del padre no biológico.

No obstante, se ha señalado que habría argumentos para oponerse al criterio del Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, SÁNCHEZ JORDÁN, "Reclamación de reembolso de cantidades satisfechas por la madre para el mantenimiento y atención del hijo menor desde su nacimiento", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 42, 2017, págs. 329-346, quien considera dudoso que pueda extenderse la aplicación del art. 148.I CC a los alimentos para los hijos. Argumenta que el art. 112 CC prevé la retroactividad de los efectos de la filiación con excepción de los que fuesen incompatibles con su naturaleza, de modo que la obligación de alimentar existiría y sería exigible a ambos progenitores desde el nacimiento del hijo. La reclamación de alimentos, eso sí, tendría el límite de 5 años que establece el art. 1966.1 CC. No sería necesario acudir al art. 1158 CC porque, siendo codeudores solidarios, si uno pagase la totalidad, luego tendría acción contra el otro codeudor solidario por la parte que le hubiese correspondido asumir a éste (art. 1145 CC).

Al igual que en el caso de la madre, siguiendo el razonamiento del Tribunal Supremo, para reclamar el daño patrimonial frente al padre biológico el cauce apropiado sería, en su caso, el de la responsabilidad civil. Para ello, sería necesario acreditar que el padre biológico permitió de forma consciente que se mantuviese el error mediante el cual se logró que un tercero asumiese todas las consecuencias de la paternidad.

Otro problema que podría surgir es la dificultad para identificar al padre biológico contra el que se pretende interponer la acción cuando la madre se niega a revelar su identidad. Se trata de una cuestión que se ha planteado en Alemania, donde se admite la demanda frente al progenitor para el reembolso de las cantidades invertidas en el mantenimiento. Inicialmente, el BGH consideró que el § 242 del BGB permitía exigir a la madre que proporcionase esa información<sup>59</sup>. Sin embargo, esta doctrina fue rechazada por el BVerfG que entendió que no existía base legal para imponer tal obligación<sup>60</sup>. Para evitar que el desconocimiento de la identidad del padre biológico impidiese de facto dirigir contra él la reclamación por los alimentos, en 2016 se aprobó un Proyecto de ley con el objetivo de reconocer expresamente la obligación de la madre de identificar en estos casos al padre biológico y, al mismo tiempo, limitar la cuantía que se puede reclamar a lo pagado en los dos años anteriores<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> BGH 9.11.2011 (XII ZR 136/09). El art. 242 BGB establece el deber genérico de todo deudor de actuar de buena fe. Argumentó el tribunal que no suponía una injerencia ilegítima en la intimidad de la mujer puesto que ya estaba probado que había mantenido relaciones con otro hombre y únicamente se le pedía la identificación del mismo. A juicio del BGH, obligar a la madre a proporcionar esa información respetaba el principio de proporcionalidad ya que sus derechos de la personalidad no pesaban más que el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante.

<sup>60</sup> BVerfG 24.2.2015 (1 BvR 472/14).

<sup>61</sup> El Proyecto (*Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Scheinvaterregresses, zur Rückbenennung und zur Änderung des Internationalen Familienrechtsverfahrensgesetzes*) se aprobó el 31 de agosto de 2016 y puede consultarse en: <http://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Scheinvaterregress.html> (Última consulta el 16 de abril de 2018).



b. ¿Posibilidad de reclamar en nombre del menor?

En nuestro país no hay sentencias en las que se estudie la posibilidad de indemnizar por los daños sufridos por el hijo en supuestos de atribución indebida de paternidad. No obstante, algunos autores han sugerido que estas acciones podrían plantearse en nombre del menor o por el propio hijo mayor de edad y que en principio podrían tener éxito<sup>62</sup>.

Como se ha señalado, los daños sufridos por el menor pueden ser de una gran entidad, especialmente cuando tras el descubrimiento se pierda la relación paterno-filial<sup>63</sup>, pero creo que difícilmente podría prosperar una reclamación de responsabilidad en nombre del hijo. A continuación expongo los posibles daños que se podrían alegar en una eventual acción de responsabilidad, así como las razones por las que, en mi opinión, sería difícil estimar la demanda. En primer lugar, es obvio que no puede prosperar una reclamación del hijo por el mero establecimiento de una *filiación legal que no coincide con la verdad biológica*. Mientras que en el caso del padre puede caracterizarse el daño como la privación de una decisión vital, en la medida en que se le impone una paternidad que estaba en condiciones de no asumir, desde la perspectiva del hijo no puede sostenerse que la determinación de la filiación respecto de quien no es el padre biológico sea *per se* un daño. La disociación entre la filiación legal y genética es una circunstancia que entra dentro de la normalidad familiar actual y que legalmente se admite, por ejemplo, en la reproducción asistida con gametos de donante, en las adopciones o en los reconocimientos de complacencia.

En nuestro ordenamiento tampoco puede admitirse como daño indemnizable la posible *pérdida del vínculo legal de filiación*. Muestra de ello es que, a diferencia de lo que sucede en Francia, aquí no se ha planteado la aplicación del art. 1902 CC para condenar al hombre que libremente efectúa un reconocimiento de complacencia si posteriormente se arrepiente e impugna la filiación. En mi opinión, solo si la pérdida del vínculo legal de filiación se considerase indemnizable en ese caso, sería también coherente estimar una eventual reclamación en nombre del hijo frente a la madre que, tras haber establecido unilateralmente una filiación paterna de eficacia claudicante, la hubiese impugnado.

En Francia, de la misma forma que se condena a indemnizar al hombre que efectúa un reconocimiento de complacencia (*reconnaissance mensongère*) y posteriormente lo impugna, señalaba GRANET-LAMBRECHTS, "Réparation du préjudice subi par un concubin du fait de la dissimulation par la mère et le père véritable de sa non paternité", *Recueil Dalloz*, 1993, pág. 166, que también podría quedar obligada a indemnizar al hijo la madre que permite que se establezca legalmente una filiación paterna y después la impugna. En efecto, años más tarde, la CA Nancy, 3<sup>e</sup> ch., 26.2.2007 (nº05/03455), aplicando el art. 1382 del CC francés, condenó a una madre a indemnizar con 10.000 € a su hija de 17 años por haber impugnado la filiación paterna, evitando así que sus hermanas compartiesen con ella la herencia que le habría correspondido.

---

<sup>62</sup> ÁLVAREZ OLALLA, "Daños causados...", cit., pág. 7, y RODRÍGUEZ GUITIÁN, "Tipología de los daños...", cit., pág. 957.

<sup>63</sup> Como señala RODRÍGUEZ GUITIÁN, "Tipología de los daños...", cit., pág. 958, pueden variar muchos los daños morales en cada caso en función de las circunstancias y, en particular, dependerá de si el descubrimiento de la falta de vínculo genético lleva consigo la eliminación radical de la relación paterno-filial.

En tercer lugar, también parece difícil que pudiese prosperar la reclamación del hijo frente a la madre por la *pérdida o disminución de la relación con quien venía ejerciendo como padre*. Si se produce la separación o el divorcio de los cónyuges siendo el hijo menor de edad, deberá establecerse judicialmente el régimen de custodia y visitas, con la particularidad en estos casos de que el resultado estaría predeterminado si se hubiese impugnado previamente la filiación paterna<sup>64</sup>. Dado que la impugnación de la filiación no sería la conducta culpable que podría generar los perjuicios indemnizables, creo que sería necesario tratar de vincular el daño moral por la pérdida de la relación paterno-filial con la conducta inicial de la madre consistente en engañar a quien no era el padre biológico. Es decir, para estimar la demanda interpuesta por el hijo, sería necesario afirmar que existía un interés de éste en que la pareja de su madre no hubiese sido engañada en origen sobre la verdad biológica. Esto, que me parece evidente respecto del hombre, creo que puede resultar bastante más problemático desde el punto de vista del menor.

Por último, hay que determinar si podría constituir un daño indemnizable el *desconocimiento de la verdad biológica*. La doctrina ya ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre si existe un verdadero derecho subjetivo a conocer el origen biológico en el ámbito de las adopciones y al analizar la regla del anonimato del donante prevista en la LTRHA. El indudable interés que puede existir en conocer el propio origen biológico se ha vinculado con el desarrollo de la identidad personal, el derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) y la propia autonomía individual<sup>65</sup>.

En los casos aquí estudiados, es necesario distinguir entre el periodo de tiempo durante el que se mantiene el engaño y la situación posterior al descubrimiento, cuando el hijo podría solicitar a su madre que le revelase la identidad del padre biológico. Aunque ciertamente el descubrimiento de la falta de vínculo biológico puede provocar un importante padecimiento al hijo, en principio creo que no debería estimarse una acción de responsabilidad fundada únicamente en la falta de información inicial sobre la realidad genética.

Cuestión distinta, y que excede del objeto de este trabajo, es si en un momento posterior, tras descubrirse que el padre no es el progenitor, podría el hijo exigir que su madre le revelase la identidad de éste. El derecho a obtener la información sobre el origen biológico se ha reconocido a los adoptados (art. 180 CC), pero se ha excluido en el ámbito de la reproducción asistida heteróloga, salvo en casos muy excepcionales, mediante la regla del anonimato del donante (art. 5.5 LTRHA)<sup>66</sup>. Por lo que respecta a la reproducción natural, plantea serias dudas que pueda

---

<sup>64</sup> Salvo casos absolutamente excepcionales, como el que se plantea en la ya citada STS, 1ª, 20.11.2013 (RJ, 7824), la custodia se atribuirá al titular de la patria potestad, es decir, en estos casos, a la madre. No obstante, si se considera beneficioso para el interés del menor, podría fijarse un régimen de visitas con quien ejerció el rol paterno, siempre que éste también deseara mantener la relación con el hijo.

<sup>65</sup> ALKORTA IDIAKEZ y FARNÓS AMORÓS, "Anonimato del donante y derecho a conocer: un difícil equilibrio", *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 7, nº 1, 2017, págs. 148-178.

<sup>66</sup> Critica duramente la regla del anonimato del donante por considerarla inconstitucional PANTALEÓN PRIETO, "Técnicas de reproducción asistida y Constitución", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 15, 2017, págs. 137 y ss., quien señala que supone la vulneración de los arts. 39, 10.1 y 15 CE.

Sobre los argumentos que con frecuencia se ha esgrimido para justificar la diferencia de trato entre las personas adoptadas y las concebidas mediante gametos donados, así como la insuficiencia de los mismos, véase ALKORTA IDIAKEZ y FARNÓS AMORÓS, "Anonimato del donante...", cit., págs. 168-170.

reconocerse un derecho a conocer los datos identificativos del progenitor ya que, como ha puesto de manifiesto la doctrina, a diferencia de las adopciones o de la reproducción asistida, en este ámbito los datos no obran en poder de terceros ajenos al proceso reproductivo y a los que sí se les podría imponer la obligación de revelar la información cuando la solicitase el hijo<sup>67</sup>.

No obstante, con independencia de que se hubiese llegado a producir el descubrimiento, creo que es posible imaginar supuestos en los que el silencio sobre la realidad genética sí podría causar daños susceptibles de ser indemnizados; por ejemplo, si por razones médicas hubiese sido preciso conocer esta información y de su ocultación se hubiese derivado un daño para la salud del hijo. En tal hipótesis, ante una reclamación de responsabilidad civil, sería difícil que la madre pudiese escudarse en su derecho a la intimidad para justificar la negativa a revelar una información médicamente requerida y cuyo desconocimiento hubiese provocado un daño al hijo por quien precisamente estaba obligada a velar.

#### **4.2. De las sospechas a la prueba de ADN y la estimación de la demanda de impugnación de la filiación: En busca del *dies a quo*.**

Puede que el mayor obstáculo al que se enfrentan estas reclamaciones sea la brevedad del plazo para su interposición. Prueba de ello son las dos últimas sentencias del Tribunal Supremo, de 14.7.2010 (RJ, 5152) y 18.6.2012 (RJ, 6849), en las que no llegó a pronunciarse sobre el fondo porque apreció que en ambos casos las acciones habían prescrito.

Resulta por tanto fundamental fijar correctamente el momento en que *lo supo el agraviado* y a partir del cual comienza a correr el plazo de prescripción. El necesario conocimiento por el agraviado impide fijar el *dies a quo* en un momento anterior a la existencia de sospechas fundadas sobre la paternidad. Esas dudas surgen típicamente cuando la madre le comunica que no es el progenitor o le manifiesta sus dudas al respecto. A partir de entonces tienen lugar una serie de acontecimientos susceptibles de determinar el conocimiento del alcance total de los daños en el sentido del art. 1968.2 CC. Además de la propia declaración de la madre, algunos de los momentos entre los que hay que decidir para fijar el *dies a quo* son: la obtención de los resultados de la prueba de ADN, la emisión de los informes médicos y psicológicos, la privación efectiva de la compañía de los hijos o la sentencia estimatoria de la impugnación de paternidad.

Conviene, antes de continuar con el análisis, advertir de la necesidad de distinguir entre los daños alegados, pues, en función del daño cuya reparación se reclame, podrá ser distinto el momento en el que se tuvo conocimiento del mismo. Los tribunales, sin embargo, no suelen hacer la distinción y es frecuente que se fije un *dies a quo* común, pese a que ni todos los daños se producen necesariamente a la vez, ni siempre es posible tener conocimiento de su alcance definitivo en el mismo momento. El inicio del cómputo dependerá en cada caso del planteamiento de la demanda y de los hechos relevantes que se acrediten, pero a continuación trato de determinar cuál sería el *dies a quo* para los tres daños de mayor entidad: los que derivan

---

<sup>67</sup> ALKORTA IDIAKEZ y FARNÓS AMORÓS, "Anonimato del donante...", cit., págs. 153 y 171.

de la imposición de la paternidad, aquellos que se producirían si se privase de la relación con los hijos y los daños patrimoniales por el pago de los alimentos.

En primer lugar, parece claro que el *dies a quo* para reclamar la responsabilidad civil por la imposición de una paternidad que no se corresponde con la verdad biológica vendría determinado por la obtención de los resultados de la prueba de paternidad. Es entonces, al tener la certeza de la ausencia de vínculo genético con el hijo, cuando se conocerá el daño y comenzará a correr el plazo para reclamar. Ésta, que sería la regla general, debe exceptuarse en aquellos casos en que se acredite que el hombre, pese a haber tenido previamente motivos suficientes para conocer que no era el progenitor, optó por no despejar o confirmar sus sospechas mediante el test de ADN<sup>68</sup>.

El conocimiento de los resultados de la prueba de paternidad es, de entre los distintos acontecimientos que suelen sucederse y que antes enumeraba, uno de los primeros que tiene lugar. Por lo tanto, al situarse en ese momento el *dies a quo*, resulta especialmente difícil que la acción pueda interponerse en plazo. Adicionalmente, dado que para estimar la reclamación los tribunales parecen exigir que se haya estimado la demanda de impugnación, puede ser recomendable la acumulación de ambas acciones<sup>69</sup>.

Por otra parte, resulta fundamental identificar si estamos ante daños continuados o permanentes. En el primer supuesto la causa del daño se mantiene en el tiempo, razón por la cual sigue produciéndose el daño y no comienza a correr el plazo de prescripción hasta que no cesa el hecho dañoso<sup>70</sup>. En cambio, el caso de los daños permanentes o duraderos es el perjuicio mismo el que prevalece, pero no su causación, que puede ser única; en consecuencia, desde que pueda valorarse el alcance definitivo del daño permanente comenzará a correr el plazo, que podrá prescribir pese a mantenerse el daño o las secuelas.

Sobre la distinción entre daños continuados y daños permanentes se ha pronunciado el TS en diversas sentencias. Entre ellas, cabe citar la STS, 1ª, 28.10.2009 (RJ, 5817) en la que se entiende que los daños consistentes en la contaminación de un acuífero y la pérdida de potabilidad del agua de los pozos por la realización en la finca colindante de una cantera y su relleno con material no adecuado son daños permanentes o duraderos. Aunque los efectos de la contaminación se mantienen y se agravan por factores externos, señala el Tribunal que no cabe calificar los daños de continuados al no haberse mantenido en el tiempo el hecho dañoso y haber transcurrido un año desde que el demandante pudo conocer el alcance de la contaminación.

---

<sup>68</sup> Señala FARNÓS AMORÓS, "Remedios jurídicos...", cit., pág. 39, que el juego de la prescripción no puede amparar conductas oportunistas como la de quien conocía o sospechaba su no paternidad y solo en el momento del divorcio impugna la filiación y reclama una indemnización. Aunque lo afirma a propósito de la tesis que sitúa el *dies a quo* cuando deviene firme la sentencia que estima la impugnación, creo que esas consideraciones también pueden traerse a colación aquí.

<sup>69</sup> Como indica FARNÓS AMORÓS, "Remedios jurídicos...", cit., pág. 36, nota 57, en ocasiones se realiza la acumulación objetiva de las acciones de resarcimiento e impugnación por considerarse que ésta tiene carácter prejudicial. Sin embargo, aunque lo habitual sea que en estos casos se impugne la filiación, e incluso que las Audiencias lo exijan para estimar la demanda de responsabilidad, creo que la demanda por estos concretos daños (por la imposición de la paternidad) no debería condicionarse a la posterior impugnación de la misma.

<sup>70</sup> Se exceptúan los daños que puedan fraccionarse en etapas o constituyan hechos diferenciados, pues tras cada etapa o daño diferenciado comenzará a correr el respectivo plazo de un año.

Un ejemplo de daños que el TS ha considerado continuados puede encontrarse en la ya mencionada STS, 1ª, 30.6.2009 (RJ, 5490), en la que se condena a la madre a indemnizar al padre el daño moral por la privación de la relación con su hijo al que trasladó ilícitamente a Estados Unidos. El TS corrige el criterio de las sentencias de instancia y apelación y niega que el *dies a quo* deba situarse en el momento del traslado. Se trata de daños continuados porque la vulneración de los derechos de guarda y custodia judicialmente reconocidos al padre se mantiene hasta la extinción de la patria potestad con la mayoría de edad del hijo, momento en el que se puede conocer el alcance definitivo del daño y comienza a correr el plazo.

El Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la calificación de los daños morales derivados de la ocultación de la filiación en la STS, 1ª, 14. 7.2010 (RJ, 5152), en la que señaló que se trata de daños duraderos o permanentes, pues el sufrimiento psíquico y moral permanece e incluso puede agravarse por factores externos, pero no se continua produciendo el hecho lesivo. Además, entender que los perjuicios psicológicos son daños continuados por el hecho de que se mantengan en el tiempo llevaría a la inadmisibile conclusión de que estas reclamaciones son potencialmente imprescriptibles. Como señala el TS, tal interpretación vulneraría el principio de seguridad jurídica que constituye el fundamento de la prescripción.

En segundo lugar, por lo que respecta al daño derivado de la *pérdida de la relación con el menor*, como es lógico, solo podrá reclamarse si realmente se produce. Es posible que la relación paterno-filial se mantenga tras el descubrimiento, e incluso tras la impugnación de la filiación, pero también puede suceder que, una vez estimada la impugnación de la paternidad, la madre impida o limite el contacto entre ambos, en cuyo caso será la sentencia la que marque el *dies a quo* por el daño derivado de la separación del menor.

A partir del pronunciamiento judicial la voluntad de la madre de impedir el contacto con el menor o, en su caso, limitarlo al régimen de visitas reconocido como allegado, estará jurídicamente amparado. Es decir, no existirá una conducta culpable en el sentido del art. 1902 CC que se mantenga en el tiempo, de modo que si el sufrimiento del hombre se prolonga deberá calificarse de daño duradero o permanente, pero no de daño continuado.

A diferencia del supuesto resuelto en la STS, 1ª, 30.6.2009 (RJ, 5490), aquí no estaríamos ante daños de producción continuada, sino permanente. La diferencia radica en que en aquel supuesto el demandante tenía reconocido un derecho de custodia por lo que la sustracción del menor supuso la constante vulneración de su derecho subjetivo, mientras que en la atribución indebida de paternidad es posible que se produzca la privación de la relación conforme a Derecho.

Sin embargo, cabe también la posibilidad de que la privación de la relación sea una situación de hecho. Así parece suceder en el caso enjuiciado en la STS, 1ª, 18.6.2012 (RJ, 6849), en el que el demandante solicitaba la reparación de los daños morales y físicos derivados del descubrimiento de la falta de paternidad y la pérdida de la relación con sus hijas que, por voluntad de la madre, comenzaron a vivir con el padre biológico. Con posterioridad se emiten informes médicos y psicológicos que acreditan que a raíz de lo anterior el hombre padece un trastorno adaptativo con depresión prolongada (en junio de 2006), estando durante algunos meses de baja por incapacidad temporal (hasta octubre de 2006). Transcurre aproximadamente un año hasta que se dicta la

sentencia que resuelve su no paternidad (julio de 2007) y pocos meses después solicita un examen psicológico (emitido en noviembre de 2007) para a continuación interponer demanda contra su exmujer y el padre biológico de las niñas (diciembre de 2007).

En la sentencia, la discusión se centra en determinar si el *dies a quo* se sitúa en los primeros informes médicos y el alta laboral o en el informe emitido justo antes de interponer la demanda. El TS se decanta por la primera opción y argumenta que es entonces cuando se conoce el alcance de los daños. Señala que la fijación del *dies a quo* no puede depender de la voluntad del dañado, por lo que es posible que un informe pedido antes de interponer la demanda no dé inicio al cómputo del plazo si ya se ha acreditado con anterioridad el alcance de los daños.

A la constatación anterior, que me parece indiscutible, llega el TS tras asumir algo que sí creo que puede plantear más dudas, como es la determinación de la causa del daño moral reclamado. Recordemos que el actor no solo demandaba por los daños derivados del descubrimiento de su falta de paternidad, sino también por la privación de la relación con las hijas. Considera el TS que, tras el descubrimiento y la separación efectiva, el primer informe médico de alta laboral permitió conocer el alcance total de los daños, por lo que la posterior sentencia que estimó la impugnación de la filiación no resulta relevante ya que no puede decirse que la misma fuese la causa de los daños padecidos por el actor.

Creo, sin embargo, que respecto del daño consistente en la privación de la relación con las niñas, el *dies a quo* sí puede depender del momento en que se pierde el vínculo legal de filiación. Es evidente que si se produce *de facto* el cese de la convivencia por voluntad de uno solo de los padres, en ese mismo momento comenzará a producirse el daño para el otro. Sin embargo, en tanto esa voluntad de la madre de apartarle de los menores no esté respaldada por una sentencia que elimine el vínculo de filiación y el derecho a relacionarse con los hijos, no es posible determinar con carácter definitivo el alcance del daño.

*En sentido contrario, afirmaba el TS que "fijar como "dies a quo" para la reclamación del daño moral la fecha de la sentencia que resuelve la impugnación de paternidad, por considerar que a partir de ese momento se produjo la pérdida de las hijas, no responde a la realidad, conforme a los hechos probados. En el momento en que se dicta la sentencia su estado emocional no sufrió ninguna alteración o quebranto que fuera reseñado en el informe psicológico. El daño moral que se reclama no trae causa de la pérdida legal de las hijas [...], sino del engaño sobre la forma de concebir a sus dos hijas y el hecho de que tras el divorcio, por decisión de la madre, se fueran a vivir con el padre biológico, situación que le sumió "en una depresión", de la que fue atendido por el psicólogo clínico d. Isidoro, momento a partir del cual se concretó el daño moral" (FJ 2º).*

Tal vez, frente a ello cabría argumentar que en la sustracción de menores tampoco es la mayoría de edad del hijo lo que desencadena alteraciones o quebrantos en el progenitor *left-behind* y ello no impide que se fije en ese momento el *dies a quo* por entenderse que solo entonces, al cesar el derecho de custodia vulnerado, se consolida definitivamente el daño. Éste fue el razonamiento de la STS, 1ª, 30.6.2009 (RJ, 5490).

Por ello, si el cese de la relación no cuenta con el consentimiento de quien hasta la sentencia estimatoria de la impugnación es el padre legal, creo que no está justificado aplicar un criterio diferente al de la STS, 1ª, 30.6.2009 (RJ, 5490). Sería fundamental conocer la voluntad y la

actuación del padre o la existencia de una sentencia que tras el divorcio, y antes de dictarse la sentencia de impugnación, hubiese atribuido la custodia a la madre. Desafortunadamente, en la sentencia del TS no se detallan estos hechos, indicándose simplemente que la convivencia de las niñas con el padre biológico se produce por voluntad de la madre, lo que apunta a una decisión unilateral, no sabemos si en cierta medida aceptada por el demandante.

En tercer lugar, plantea menos problemas el cómputo del plazo para reclamar por el *daño patrimonial derivado del mantenimiento del hijo*. Es posible que tras la realización de la prueba de ADN siga el hombre obligado al pago de la pensión de alimentos. En tal caso, solo podrá comenzar a correr el plazo cuando se produzca el cese de dicha obligación, como sucederá al estimarse la impugnación de la paternidad.

Finalmente, no hay que olvidar que puede interrumpirse el plazo mediante reclamación judicial o extrajudicial y mediante el reconocimiento de la deuda por el deudor (art. 1973 CC). Así, se aprecia la interrupción de la prescripción en la SAP de Cádiz, 5ª, 13.6.2017 (JUR, 221073) porque previamente se había presentado demanda de conciliación. Esta sentencia revoca la dictada en primera instancia que apreciaba prescripción y nos brinda un ejemplo curioso de cómo pueden apurarse los plazos aprovechando el juego de la interrupción. La Audiencia Provincial afirma que el *dies a quo* se situaría en el momento en que adquirió firmeza la sentencia que estimaba la impugnación de la paternidad. No consta la fecha de firmeza, pero al ser la sentencia del 9.11.2010 y haberse presentado demanda de conciliación exactamente un año después (9.11.2011) y, por tanto, dentro del plazo del art. 1968.2 CC, se interrumpió el plazo de prescripción. La AP señala que el nuevo cómputo comenzó tras la celebración del acto de conciliación (13.6.2012), de tal forma que la demanda planteada justo un año después, el 13.6.2013, no resulta extemporánea.

## ***5. Razones y consecuencias de engañar sobre la paternidad a la pareja y a un tercero: de la responsabilidad civil al delito de estafa.***

Ante un supuesto de atribución indebida de paternidad, resulta relevante analizar cuál es el contexto en el que se produjo, ya que pueden variar mucho tanto las motivaciones de la madre que provoca el error en quien no es el progenitor como las consecuencias de esta conducta.

Con todos los matices que quepa hacer, y sin perjuicio de que existan situaciones intermedias que no terminen de encajar en uno u otro, se podrían distinguir al menos dos grandes grupos de casos: por un lado, aquellos en los que la falsa paternidad se establece en el seno de una relación de pareja y, por otro, los supuestos en los que entre la madre y quien asume la paternidad sin ser el progenitor no existe tal vínculo.

### **5.1. Relación de pareja**

Cuando existe un pacto más o menos tácito de exclusividad sexual en la pareja, en principio está justificada la confianza del hombre en su paternidad biológica. En el caso de las relaciones

matrimoniales existe incluso la presunción legal de paternidad que se justifica por el deber de fidelidad. De esta forma, se presume que son hijos del marido los nacidos tras la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación de los cónyuges (art. 116 CC).

La confianza en la propia paternidad también es razonable en parejas estables aunque no estén unidas por un vínculo matrimonial ni formalizadas como pareja de hecho. En tales casos, aun sin existir un deber de fidelidad ni presumirse legalmente la paternidad, la confianza existente hará que el silencio sea suficiente para que el hombre se crea el progenitor. En consecuencia, si una vez interpuesta la demanda de responsabilidad, la demandada alega que su pareja –matrimonial o no– asumió la paternidad conociendo la ausencia de vínculo biológico, le corresponderá a ella la carga de la prueba.

En este sentido, la SAP de Castellón, 3ª, 10.2.2009 (AC, 346) confirma la sentencia de instancia que desestimó la pretensión indemnizatoria ante la afirmación de la demandada y sus hermanas de que aquella puso en conocimiento del actor sus dudas sobre la paternidad del menor. Se tiene por cierto que *“cuando se produjo la concepción de Carlos los litigantes se encontraban separados de hecho [...]. Y que cuando poco antes de nacimiento del pequeño se reconciliaron y reanudaron la vida en común, Doña Aurora compartió con Don Santiago las dudas que albergaba acerca de la paternidad del menor y de que no fuera el actor su padre, pese a lo cual éste no le dio importancia a tal posibilidad, del mismo modo que tampoco mostró interés en la realización de las pruebas de paternidad, tal como le fue sugerido por doña Aurora”*.

Por su parte, la SAP de Sevilla, 6ª, 9.7.2015 (JUR, 235882), revoca la sentencia de instancia y absuelve a la demandada de todas las pretensiones señalando que *“en el informe psicosocial llevado a cabo en el procedimiento de divorcio en el año 2.004 se refleja que D. Carlos Ramón manifestó que sabía de una relación extramatrimonial de su esposa que data ya en el año 1.989, añadiendo que estaba prácticamente seguro de que Baldomero no era su hijo, lo cual da credibilidad a la versión de Dª Felicísima de que su marido sabía que había tenido una relación en torno a las fechas de la concepción de Baldomero”*.

En cambio, si se acredita el carácter abierto de la pareja, el demandante tendrá que realizar un mayor esfuerzo probatorio para justificar que tenía motivos para creer razonablemente que era el padre biológico. El alcance de la carga de la prueba puede modularse en cada caso en función de circunstancias concretas como la estabilidad, la duración o la convivencia de la pareja.

Tal vez una de las principales razones por las que de forma intuitiva puede producir rechazo la estimación de estas reclamaciones tiene que ver con la duda sobre la exigibilidad de otra conducta a la mujer que, estando en pareja, concibe un hijo fruto de una infidelidad. Hay que recordar que ni la infidelidad ni la concepción son suficientes por sí mismas para generar responsabilidad, sino que ésta solo podría derivarse del momento posterior en que se deja creer a la pareja que es el progenitor. Por tanto, admitir la responsabilidad en casos en que existe una relación estable supone obligar a la mujer a optar entre decir la verdad y provocar una previsible crisis de pareja o callar y arriesgarse a responder civilmente si después se descubre.

Entiendo que la objeción podría llegar a ser bastante convincente y tal vez explique la resistencia a admitir estas reclamaciones. Sin embargo, debe descartarse si se asume que el interés en salvaguardar a toda costa la relación de pareja o la unidad familiar no justifica la vulneración de



derechos individuales de sus miembros ni, como en estos casos, la injerencia en la autonomía privada que supone la imposición de la paternidad a quien ni es el padre biológico ni ha prestado libremente su consentimiento. Por el contrario, la responsabilidad individual por los propios actos lleva a concluir que quien opta por mantener el engaño podrá quedar obligada a indemnizar cuando se produzca el descubrimiento y se determine el alcance del daño causado. Por otro lado, difícilmente podría defenderse que mediante la imposición de la paternidad se protege el interés familiar cuando, en realidad, la autonomía individual se considera valiosa en el actual Derecho de familia y va progresivamente ganando importancia frente a otros principios y valores tradicionales vinculados con la idea de indisolubilidad de la unidad familiar.

En todo caso, para que la argumentación fuese consistente, creo que quien defendiese la ausencia de responsabilidad solo podría hacerlo en los supuestos en que la madre hubiese actuado siempre de forma coherente con la decisión de atribuir la paternidad a quien no es el progenitor. Es decir, sin impugnar nunca la filiación del padre, sin revelar en el momento de crisis la realidad biológica, ni tratar de establecer un vínculo entre el padre biológico y el niño con vistas a sustituir en el futuro la relación paterno-filial. Aunque, en mi opinión, tampoco esta actuación excluiría la responsabilidad de la madre, sí me parece que podría ser un argumento de peso si el ordenamiento consagrara un modelo de familia de corte tradicional, que priorizara el mantenimiento de la familia nuclear como unidad básica sobre los intereses de los miembros de la misma y sobre la investigación de la paternidad.

En ocasiones da la impresión de que la jurisprudencia es sensible a este argumento que, pese a no manifestarse explícitamente, puede explicar algunas desestimaciones como las que formalmente se justifican por ausencia de dolo. Así, en la SAP de Segovia, 1ª, 11.12.2007 (JUR 2008, 148138), la Audiencia desestimó la pretensión indemnizatoria al no quedar probada la existencia de dolo en la ocultación y consideró como indicio del desconocimiento de la madre su oposición a la demanda de impugnación de paternidad. En mi opinión, es muy discutible que la oposición a la impugnación suponga un indicio de la falta de certeza de la mujer, pero sí creo que muestra la intención de no aprovechar la falta de vínculo biológico para arrebatarse a su expareja el hijo que ha criado.

Es habitual que los tribunales exijan dolo, presupuesto que por lo general solo podrá acreditarse si existen conductas 'desleales' con la familia como las anteriormente mencionadas, que interfieren en la relación paterno-filial. Así, quien en una discusión revela a su pareja que no es el padre de algún hijo le proporciona una prueba de que la ocultación fue dolosa, de forma que aumentan las probabilidades de éxito de una posterior reclamación. Lo que cabe preguntarse es cuál sería la verdadera causa por la que previsiblemente se desestimaría el mismo caso si el descubrimiento hubiese sido fortuito, sin la revelación por parte de la madre. La jurisprudencia alega que es la falta de prueba del dolo, presupuesto que no deriva de ningún precepto legal, pero tal vez lo que subyace es la resistencia a condenar por la ocultación cuando no se aprecia una conducta 'desleal' posterior. Esta última opción, insisto, tampoco me parece correcta, pero sí creo que al menos resulta más coherente.

La SAP de León, 2ª, 2.1.2007 (JUR, 59972), aporta un ejemplo claro de lo que no es un comportamiento de los que he denominado leales o coherentes con la decisión de ocultar la verdad biológica. Al analizar la conducta de la demandada, señala la Audiencia que resulta significativo *“que escogiera como padrino de su hija Amanda a D. Oscar, con el que mantenía relaciones sexuales y francamente evidenciador de su torticera conducta que iniciara el procedimiento de impugnación-reconocimiento de filiación justo después de verse privada en el procedimiento matrimonial de la custodia de sus tres hijos y tras pretender de su marido una pensión alimenticia para los tres”*.

## 5.2. Sin relación de pareja

Distintos son los supuestos en los que no hay relación de pareja, vínculo afectivo, ni convivencia. Si nunca existió una relación estable y solo esporádicamente se mantuvieron relaciones sexuales, para lograr el convencimiento del hombre generalmente será necesaria la conducta activa de la mujer tendente a despejar las posibles dudas. En estos casos corresponde al demandante una mayor carga probatoria para acreditar que la conducta de la demandada le permitió confiar razonablemente en su paternidad.

La ausencia de relación afectiva con el hombre al que indebidamente se atribuye la paternidad lleva a pensar *a priori*, y sin perjuicio del necesario análisis de cada caso concreto, que la motivación no sería otra que la de obtener una pensión de alimentos para el menor. En caso de establecerse la filiación mediando un engaño bastante, es posible que la conducta constituya incluso un delito de estafa (arts. 248 y ss. CP). Esto resulta especialmente claro cuando se reclama la pensión de alimentos a quien nunca fue pareja, pero también es posible en el resto de los casos, sobre todo si la atribución se produce una vez rota la relación.

Sin duda, resulta difícil que la atribución indebida de paternidad llegue a ser constitutiva de un delito de estafa, pues deben concurrir cada uno de los elementos del tipo. Se trataría de un caso extremo, en el que la mujer, a sabiendas de que no existe vínculo genético, realiza una puesta en escena suficiente para lograr el engaño con el único fin de obtener un lucro a costa de la disposición patrimonial de quien no es el padre genético.

El engaño puede ir dirigido tanto al hombre, para que abone cantidades en la creencia de que es el padre biológico, como al juez (estafa procesal), para que dicte sentencia condenando a quien no es el progenitor al pago de una pensión de alimentos. Precisamente por estafa procesal se condenó en la SAP de Madrid, sala de lo Penal, 29ª, 16.1.2012 (JUR, 113745) a una mujer que, valiéndose de la presunción matrimonial de paternidad, reclamó judicialmente a su exmarido una pensión de alimentos para una menor que no era hija de éste.

La Audiencia señaló que *“la acusada, demandada en un procedimiento de divorcio, presentó en dicho procedimiento y a sabiendas de su inveracidad, documentación acreditativa de la paternidad de Ramón respecto de su hija nacida tras su separación pero vigente el matrimonio, en concreto la inscripción registral de la menor. Y es claro que tal proceder, a tenor de la presunción de paternidad que fue invocada y que solo podía ser destruida por la contraparte interponiendo otro procedimiento de impugnación (como así hizo), constituye un engaño dirigido al Juez que era objetiva y subjetivamente bastante para inducirle a error y dictar una resolución lesiva para los legítimos intereses patrimoniales de la parte actora, lo que efectivamente ocurrió”* (FJ. 2º). Fue condenada por un

delito de estafa a dos años de cárcel y siete meses de multa, así como a indemnizar con 5.500€ al exmarido, en concepto de responsabilidad civil, por el daño patrimonial derivado del pago de la pensión de alimentos.

Este caso resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid es muy particular porque, pese a que los implicados habían contraído matrimonio, tras un mes de convivencia, tuvo lugar la separación de hecho. Aproximadamente un año después, el marido interpuso demanda de divorcio, oponiéndose a las pretensiones de la mujer, que reclamaba entonces una pensión de alimentos y la atribución del uso de la vivienda afirmando que tenían una hija en común. El hombre negó ser el padre y aseguró en todo momento no haber mantenido relaciones sexuales con su mujer tras la separación, pero tuvo que hacer frente a la obligación de alimentos impuesta judicialmente durante dos años, hasta que se resolvió su demanda de impugnación de la filiación y quedó acreditado que, efectivamente, no era el padre. La Audiencia consideró probado que la acusada conocía esta circunstancia por la verosimilitud de la versión del denunciante frente a la sostenida por la mujer, que afirmaba que en el momento de la concepción solo tuvo relaciones con su marido.

Si bien es cierto que en el caso expuesto únicamente se engañó al juez, pues el marido en todo momento tuvo la certeza de que no era el padre, parece que debería llegarse a la misma conclusión si a sabiendas se hubiese engañado, además de al juez, al marido. Tampoco creo que deba resolverse de forma diferente un supuesto en el que, siendo el marido el único engañado, llevase a cabo la disposición patrimonial mediante la asunción voluntaria de pago en el convenio regulador.

En cualquier caso, se trata de casos excepcionales en los que debe haber certeza sobre la ausencia de paternidad y con ánimo de lucro inducir a error mediante un engaño bastante. No se considera que existe engaño bastante cuando el hombre hubiese podido descubrirlo de haber desplegado una diligencia razonable. Así, por ejemplo, se ha declarado que no es suficientemente diligente quien no efectúa ningún tipo de averiguación para comprobar su paternidad, de la que habría sido razonable dudar por la profesión de prostituta de la acusada y tampoco sospecha cuando se le enseñan fotografías de una supuesta hija en las que se aprecia claramente a niñas distintas<sup>71</sup>.

Por último, debe recordarse que la mayor gravedad de la conducta no tiene por qué llevar aparejado, ni derivar de, un daño de mayor entidad. De hecho, cuando la conducta sea merecedora de reproche penal, en la medida en que el engaño solo tenga efectos de carácter patrimonial, será menor el daño causado. Esto, que inicialmente puede resultar paradójico, no lo

---

<sup>71</sup> Se absolvió del delito de estafa en la SAP de Barcelona, sala de lo Penal, 8ª, 9.9.2004 (JUR, 282530). Según la versión del denunciante, tras haber mantenido relaciones sexuales con la acusada, ésta le comunicó que había quedado embarazada y le pidió 300 € para interrumpir el embarazo. Sin embargo, posteriormente le comunicó que había llevado a término la gestación y que había tenido una niña que se encontraba en Colombia con su abuela materna. El denunciante afirmaba haber efectuado diversos pagos que ascendieron a 24.000 € para la manutención de la niña. En cambio, la acusada defendía que las cantidades se pagaron a cambio de servicios sexuales, versión esta que se consideró más verosímil. En cualquier caso, como mantenía el Ministerio Fiscal, *"de existir dicho engaño - la supuesta existencia de una hija en común, luego inexistente- no sería " bastante" para integrar el tipo del delito de estafa, es decir para producir error en un tercero que le lleva a efectuar un acto de disposición"*, pues el denunciante no habría observado una mínima diligencia tendente a su autoprotección.

es si se piensa que la conducta dolosa orientada a obtener un lucro generalmente no busca establecer también un vínculo afectivo cuya ruptura puede ser la causa de grandes padecimientos. Por supuesto, no es incompatible la estafa con la causación de daños morales, pero lo habitual será que estos graves daños se produzcan en el seno de una relación familiar, contexto en el que resulta muy difícil acreditar que la madre actuó movida por un específico ánimo de lucro.

## **6. Conclusiones**

El engaño sobre el vínculo genético mediante el que se impone una paternidad a quien no estaba obligado a asumirla por no ser el padre biológico ni haber prestado libremente su consentimiento supone una importante injerencia en la autonomía personal y la libertad individual que generalmente es causa de importantes daños, tanto patrimoniales como morales.

Aunque lo habitual es que la imposición de la paternidad tenga lugar en el seno de una relación de pareja, los daños indemnizables no derivan de la eventual infracción de un deber moral o legal de fidelidad, sino de la ocultación sobre la verdad biológica mediante la que se atribuye indebidamente una paternidad de eficacia claudicante a quien creía ser el progenitor.

Dado que nunca ha existido en nuestro ordenamiento un principio de inmunidad familiar en virtud del cual la existencia de vínculos familiares o afectivos entre el dañante y la víctima excluya la aplicación del art. 1902 CC, en estos casos procederá indemnizar por los daños causados siempre que concurra cada uno de los presupuestos de la responsabilidad civil.

Aunque la relación familiar tampoco justifica la elevación del criterio de imputación subjetiva, al resolver las reclamaciones planteadas por quienes descubren no ser los progenitores de sus hijos, las Audiencias siguen la línea marcada por el Tribunal Supremo y exigen dolo en la ocultación de la verdad biológica. Pese a ello, los criterios interpretativos de las Audiencias son dispares, en ocasiones se aprecia una cierta flexibilización del requisito del dolo e incluso pueden encontrarse pronunciamientos que se apartan de la doctrina mayoritaria para señalar que la existencia de culpa ordinaria es suficiente para que surja el deber de indemnizar.

Fue un pronunciamiento del Tribunal Supremo el que estableció de espaldas al ordenamiento el requisito del dolo y debería ser también el Tribunal Supremo quien volviera a pronunciarse dos décadas después para corregir esa doctrina. Esta deseable jurisprudencia resultaría muy útil para unificar los pronunciamientos de las Audiencias respecto del criterio de imputación subjetiva y podría ser también muy clarificadora en lo relativo a la identificación de los daños.

La reclamación de responsabilidad por los daños morales puede fundarse en todo caso en la privación de la decisión sobre la filiación, pues constituye una lesión de la libertad personal que acarrea importantes padecimientos psíquicos y físicos. Por este concepto se ha hecho responder tanto a la madre como al progenitor cuando se acredita que eran concedores de la verdad

biológica y dejaron que el demandante asumiera la paternidad. Si tras la imposición de la paternidad, y como consecuencia de la falta de vínculo biológico, finalmente se pierde o disminuye la relación paterno-filial en contra de la voluntad de quien ejerció como padre, se causará un importante daño por el que también procede indemnizar.

A mi juicio, sería conveniente evitar el tratamiento unitario y distinguir estos dos tipos de daños extrapatrimoniales. La distinción no solo supondría una deseable concreción de los conceptos por los que en cada caso se indemniza, sino que además resulta necesaria para fijar correctamente el *dies a quo* de la acción de responsabilidad civil. Mientras que el *dies a quo* del plazo para reclamar por los daños derivados de la privación de la decisión se sitúa en el momento en que el perjudicado pudo conocer el resultado de la prueba de paternidad, el plazo para reclamar por la pérdida de la relación paterno-filial no debería comenzar a correr mientras no se dicte la resolución judicial que acuerde la restricción del contacto con el hijo.

Por lo que respecta a los gastos de mantenimiento del menor, se descarta que pueda exigirse a la madre la devolución de lo pagado durante la convivencia. El Tribunal Supremo ha negado también que constituya un cobro indebido la percepción de la pensión de alimentos fijada tras la separación, de modo que solo podrían reclamarse las cantidades abonadas tras el cese de la convivencia acudiendo al art. 1902 CC. Al igual que en el caso de los daños morales, y a falta de un nuevo pronunciamiento del Tribunal Supremo, el éxito de la reclamación dependerá generalmente de que se considere probada la concurrencia de un dolo cuya valoración varía enormemente entre las Audiencias.

Aunque el Tribunal Supremo no se ha pronunciado sobre la viabilidad de la acción de enriquecimiento injusto ejercitada frente al padre biológico, el razonamiento seguido en la STS 24 de abril de 2015 lleva a pensar que tampoco podría prosperar una reclamación fundada en la existencia de un enriquecimiento injusto del progenitor. Si, como señaló el TS, las cantidades abonadas a la madre en cumplimiento de la pensión de alimentos por quien creía ser el progenitor no constituyen un cobro indebido porque -formalmente- los pagos eran debidos, tampoco cabría estimar la reclamación frente a quien entonces no tenía ninguna obligación pecuniaria exigible. Este razonamiento se vería reforzado por el criterio mantenido en las sentencias de 29 y 30 de septiembre de 2016 en las que se ha considerado aplicable el art. 148.I CC a la obligación de alimentos para los hijos, lo que brinda una importante protección al eventual deudor, a quien solo se le podría condenar al pago desde el momento en que le fuesen judicialmente reclamados. Descartada, pues, la reclamación fundada en el enriquecimiento injusto, parece que solo podría obtenerse una reparación por los daños patrimoniales frente al padre biológico mediante una acción de responsabilidad civil, siempre que pudiera acreditarse que tuvo conocimiento de su paternidad y permitió o contribuyó conscientemente a que la asumiese el demandante.

Los hijos pueden ser también los grandes perjudicados en estos supuestos, especialmente si se ve afectada la relación paterno-filial, pero creo que resultaría difícil que prosperase una reclamación de responsabilidad en su nombre. Por más que el descubrimiento y la posible situación de

conflicto familiar puedan causar un gran padecimiento al hijo, lo cierto es que no constituyen daños indemnizables ni el establecimiento de una filiación que no se corresponde con la verdad biológica, ni la pérdida del vínculo legal de filiación.

Solo la pérdida de la relación paterno-filial constituiría un verdadero daño y, a diferencia de lo que sucede en el caso del padre, resultaría difícil estimar una reclamación en nombre del hijo por este concepto. Dado que la conducta culpable de la madre de la que derivan los daños indemnizables para el padre es el engaño mediante el que se le impone la paternidad, desde la perspectiva del hijo creo que resulta más problemático afirmar que los perjuicios que para él se derivan son también objetivamente imputables a la madre.

## 7. Tabla de resoluciones citadas

### 1. España

#### *Tribunal Constitucional*

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Ponente</i>
STC, Pleno, 9.6.2005	RTC 2005, 156	Roberto García-Calvo y Montiel
STC, Pleno, 26.5.2005	RTC 2005, 138	Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

#### *Tribunal Supremo*

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Ponente</i>
STS, 1ª, 22.7.1999	RJ 1999, 5721	Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa
STS, 1ª, 30.7.1999	RJ 1999, 5726	Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa
STS, 1ª, 17.7.2007	RJ 2007, 4895	Francisco Marín Castán
STS, 1ª, 30.6.2009	RJ 2009, 5490	Encarnación Roca Trías
STS, 1ª, 28.10.2009	RJ 2009, 5817	Francisco Marín Castán
STS, 1ª, 14.7.2010	RJ 2010, 5152	Francisco Marín Castán
STS, 1ª, 18.6.2012	RJ 2012, 6849	José Antonio Seijas Quintana
STS, 1ª, 20.11.2013	RJ 2013, 7824	José Antonio Seijas Quintana
STS, 1ª, 24.4.2015	RJ 2015, 1915	José Antonio Seijas Quintana
STS, 1ª, 29.9.2016	RJ 2016, 4457	José Antonio Seijas Quintana
STS, 1ª, 30.9.2016	RJ 2016, 4844	Ángel Fernando Pantaleón Prieto
ATS, 1ª, 31.1.2018	JUR 2018, 43778	Mª Ángeles Parra Lucán

*Audiencias Provinciales*

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Ponente</i>
SAP Barcelona, Penal, 8ª, 9.9.2004	JUR 2004, 282530	Carlos Mir Puig
SAP Valencia, 7ª, 2.11.2004	AC 2004, 1994	María del Carmen Escrig Orenga
SAP Sevilla, 7ª, 30.1.2005	AC 2006, 70	Ruperto Molina Vázquez
SAP Barcelona, 18ª, 22.7.2005	JUR 2006, 163268	Enrique Anglada Fors
SAP Pontevedra, 3ª, 13.12.2006	JUR 2007, 38139	Francisco Javier Romero Costas
SAP León, 2ª, 2.1.2007	JUR 2007, 59972	Alberto Francisco Álvarez Rodríguez
SAP Barcelona, 18ª, 16.1.2007	JUR 2007, 323682	María Dolores Viñas Maestre
SAP Valencia, 7ª, 5.9.2007	JUR 2007, 340366	Pilar Cerdán Villalba
SAP Segovia, 1ª, 11.12.2007	JUR 2008, 148138	Francisco Salinero Román
SAP Cádiz, 2ª, 3.4.2008	JUR 2008, 234675	Antonio Marín Fernández
SAP Barcelona, 14ª, 31.10.2008	AC 2009, 93	Francisco Javier Pereda Gámez
SAP León, 1ª, 30.1.2009	JUR 2009, 192431	Fernando Javier Sanz Llorente
SAP Castellón, 3ª, 10.2.2009	AC 2009, 346	José Manuel Marco Cos
SAP Santa Cruz de Tenerife, 3ª, 16.10.2009	JUR 2010, 79320	María del Carmen Padilla Márquez
SAP Murcia, 5ª, 18.11.2009	AC 2010, 60	José Manuel Nicolás Manzanares
SAP León, 2ª, 10.11.2010	AC 2010, 2120	Antonio Muñoz Díez
SAP Barcelona, 17ª, 27.10.2011	JUR 2015, 4436	Paulino Rico Rajo
SAP Madrid, Penal, 29ª, 16.1.2012	JUR 2012, 113745	María Elena Perales Guillo
SAP Ciudad Real, 2ª, 29.2.2012	AC 2012, 359	José María Tapia Chinchón
SAP Asturias, 5ª, 18.5.2012	JUR 2012, 190526	José Luis Casero Alonso
SAP Alicante, 6ª, 16.1.2013	JUR 2013, 150976	José María Rives Seva
SAP Madrid, 9ª, 9.5.2014	AC 2014, 1397	José María Pereda Laredo
SAP Cádiz, 8ª, 16.5.2014	JUR 2014, 203955	Lourdes Marín Fernández
SAP Granada, 5ª, 13.6.2014	AC 2014, 1628	José Manuel García Sánchez
SAP Valencia, 11ª, 13.11.2014	AC 2015, 228	Alejandro Giménez Murria
SAP Jaén, 1ª, 9.3.2015	JUR 2015, 129380	Mª Fernanda García Pérez
SAP Sevilla, 6ª, 9.7.2015	JUR 2015, 235882	Rosario Marcos Martín
SAP Cantabria, 2ª, 3.3.2016	AC 2016, 799	José Arsuaga Cortázar
SAP Cádiz, 5ª, 13.6.2017	JUR 2017, 221073	Carlos Ercilla Labarta
SAP Badajoz, 3ª, 5.9.2017	JUR 2017, 245685	Luis Romualdo Hernández Díaz-Ambroña

SAP Alicante, 9ª, 6.11.2017	JUR 2018, 111191	Andrés Montalbán Avilés
SAP Barcelona, 1ª, 19.3.2018	JUR 2018, 88194	Isabel Adela García de la Torre Fernández
SAP Murcia, 4ª, 22.3.2018	JUR 2018, 151429	Francisco José Carrillo Vinader
SAP Gerona, 2ª, 19.4.2018	JUR 2018, 114596	María Isabel Soler Navarro
SAP Barcelona, 18ª, 29.5.2018	JUR 2018, 168065	Francisco Javier Pereda Gámez

### *Tribunales Superiores de Justicia*

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Ponente</i>
TSJ Andalucía, Sevilla, Cont-Advo, 3ª, 7.11.2007	RJCA 2008, 195	Joaquín Sánchez Ugena
TSJ Andalucía, Sevilla, Cont-Advo, 3ª, 22.10.2009	JUR 2010, 79135	Eloy Méndez Martínez
TSJ Andalucía, Sevilla, Cont-Advo, 3ª, 30.9.2010	JUR 2012, 6405	Victoriano Valpuesta Bermúdez
TSJ Cataluña, Cont-Advo, 4ª, 21.3.2012	JUR 2012, 209584	Joaquín Borrell Mestre
TSJ Andalucía, Granada, Cont-Advo, 1ª, 30.9.2013	JUR 2013, 375632	Beatriz Galindo Sacristán

### *Juzgado de lo Contencioso-Administrativo*

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Ponente</i>
JCA Las Palmas de Gran Canaria, 3º, 30.3.2009	RJCA 2009, 402	María Olimpia del Rosario Palenzuela

## 2. Alemania

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Ponente</i>
BVerfG 24.2.2015	1 BvR 472/14	Kirchhof, Gaier, Eichberger, Schluckebier, Masing, Paulus, Baer y Britz
BGH 9.11.2011	XII ZR 136/09	Hahne, Weber-Monecke, Dose, Schillig y Günter

## 3. Francia

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Ponente</i>
Cour d'Appel, Nancy, 3ª ch., 26.2.2007	Nº 05/03455	Danielle Bellot



#### 4. Reino Unido

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Ponente</i>
House of Lords, 1.7.1889	<i>Derry v Peek</i> [1889] 14 AC 337	Halsbury, Watson, Bramwell, Fitzgerald y Herschell
High Court Queen's Bench Division, 22.1.2001	<i>P v B</i> [2001] 1 FLR 1041	Stanley Burnton
High Court of Justice Queen's Bench Division, 3.4.2007	<i>A v B</i> [2007] 3 FCR 861	John Blofeld

#### 5. Australia

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Ponente</i>
Supreme Court of Victoria, 9.11.2006	<i>Magill v Magill</i> [2006] HCA 51	Gleeson, Gummow, Kirby, Crennan, Hayne y Heydon

### 8. Bibliografía

Itziar ALKORTA IDIAKEZ y Esther FARNÓS AMORÓS (2017), “Anonimato del donante y derecho a conocer: un difícil equilibrio”, *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 7, nº 1, págs. 148-178.

Pilar ÁLVAREZ OLALLA (2015), “Daños causados al progenitor a consecuencia de la impugnación de la paternidad”, *Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, La Ley, nº 8, págs. 1-8.

M<sup>a</sup> Luisa ATIENZA NAVARRO (2006), “La incidencia de las reformas de 2005 en materia de efectos personales en el matrimonio”, *Comentarios a las reformas de Derecho de familia de 2005*, De Verda y Beamonte, J.M. (coord.), Thomson Aranzadi, págs. 149-161.

Kerstin AUST (2015), *Das Kuckuckskind und seine drei Eltern. Eine Kritische Wuerdigung der Bestehenden Rechtslage Mit Vorschlaegen Fuer Interessengerechte Regelungen Unter Rechtsvergleichenden Aspekten Aus Dem EMRK-Raum*, Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Mein .

Javier BARCELÓ DOMÉNECH (2012), “El criterio de imputación de la responsabilidad civil en el ámbito familiar”, *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Moreno Martínez, J. A. (coord.), Dykinson, Madrid, págs. 79-128.

Mark A. BELLIS *et al.* (2005), “Measuring paternal discrepancy and its public health consequences”, *Journal of Epidemiology & Community Health*, nº 59, págs. 749-754.

María Isabel DE LA IGLESIA MONJE (2017), “El daño moral derivado de la ocultación por la esposa de la paternidad del hijo matrimonial”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 760, marzo 2017,

págs. 921-936.

Pablo DE LORA DELTORO (2017), "Reproducción, paternidad e igualdad ¿de qué son responsables los inseminadores?", *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares*, García Amado, J. A. (dir.), Gutiérrez Santiago, P. y Ordás Alonso, M. (coords.), Bosch, Barcelona, págs. 215-231.

José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE (2007), "Responsabilidad civil y divorcio en el Derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales", *Diario La Ley*, nº 6676, págs. 1-25.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2017), "La cuantificación de los daños morales causados por las administraciones públicas", *El daño moral y su cuantificación*, Gómez Pomar, F. y Marín García, I. (dirs.), 2ª ed., Bosch, Barcelona, págs. 519-555.

Teresa ECHEVARRÍA DE RADA (2015), "Responsabilidad civil por infidelidad conyugal", *Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, La Ley, nº 8, págs. 1-13.

Esther FARNÓS AMORÓS (2011), "Remedios jurídicos ante la falsa atribución de paternidad", *Derecho Privado y Constitución*, nº 25, enero-diciembre 2011, págs. 9-54.

- (2005), "El precio de ocultar la paternidad Comentario a la SAP Valencia, Sec. 7ª, 2.11.2004", *InDret 5/2005* ([www.indret.com/pdf/279\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/279_es.pdf)).

Josep FERRER I RIBA (2001), "Relaciones familiares y límites del Derecho de daños", *InDret 04/2001* ([www.indret.com/pdf/065\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/065_es.pdf)).

Juan Antonio GARCÍA AMADO (2017), "Infidelidad matrimonial y engaño sobre la paternidad. ¿Dónde está el daño indemnizable?", *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares*, García Amado, J. A. (dir.), Gutiérrez Santiago, P. y Ordás Alonso, M. (coords.), Bosch, Barcelona, págs. 87-119.

Frédérique GRANET-LAMBRECHTS (1993), "Réparation du préjudice subi par un concubin du fait de la dissimulation par la mère et le père véritable de sa non paternité", *Recueil Dalloz*, 1993, pág. 166.

Laura LÓPEZ DE LA CRUZ (2010), "El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales", *InDret 4/2010* ([www.indret.com/pdf/783\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/783_es.pdf)).

Andrea MACÍA MORILLO (2005), *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

Mª Teresa MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (2006), "Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales", *Daños en el Derecho de Familia*, De Verda y Beamonte, J. M. (coord.), Aranzadi, págs. 147-177.

Miquel MARTÍN-CASALS y Jordi RIBOT IGUALADA (2011), “Daños en Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXIV, Fascículo II, 2011, págs. 503-561.

Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (2016), “Artículo 68”, *Código Civil Comentado*, Cañizares Laso, A., et al (dirs.), Vol. I, 2ª ed., Thomson Reuters.

Fernando PANTALEÓN PRIETO (1993), “Técnicas de reproducción asistida y Constitución”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 15, págs. 129-160.

Fernando PEÑA LÓPEZ (2002), *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Comares, Granada.

Encarnación ROCA TRÍAS (2000), “Responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil”, *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Moreno Martínez, J. A. (coord.), Dykinson, Madrid, págs. 533-563.

- (1999), *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Civitas, Madrid.
- (2009), “El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español”, *InDret 4/2009*, ([www.indret.com/pdf/688\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/688_es.pdf)).

María Elena SÁNCHEZ JORDÁN (2017), “Reclamación de reembolso de cantidades satisfechas por la madre para el mantenimiento y atención del hijo menor desde su nacimiento”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 42, págs. 329-346.

Alma Mª RODRÍGUEZ GUTIÁN (2017), “La responsabilidad civil en las relaciones familiares”, *Tratado de Derecho de la Familia*, Yzquierdo Tolsada, M. y Cuenca Casas, M. (dirs.), Vol. VI, Cap. 47, Aranzadi, 2ª ed., págs. 841-949.

- (2017), “Tipología de los daños en el ámbito de las relaciones paterno-filiales”, *Tratado de Derecho de la Familia*, Yzquierdo Tolsada, M. y Cuenca Casas, M. (dirs.), Vol. VI, Cap. 48, Aranzadi, 2ª ed., págs. 951-1095.
- (2015), “Luces y sombras de la aplicación del derecho de daños al ámbito de la familia”, *Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, nº 8, La Ley, págs. 1-20.

Mariano YZQUIERDO TOLSADA (2016), “Artículo 160”, *Código Civil Comentado*, Cañizares Laso, A., et al. (dirs.), Vol. I, 2ª ed., Thomson Reuters, págs. 814-818.