



Roj: **STS 1098/2024 - ECLI:ES:TS:2024:1098**

Id Cendoj: **28079110012024100282**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/02/2024**

Nº de Recurso: **3983/2019**

Nº de Resolución: **238/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 238/2024

Fecha de sentencia: 23/02/2024

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3983/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/02/2024

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID. SECCIÓN 8.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Ávila de Encío

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN núm.: 3983/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Ávila de Encío

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 238/2024

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 23 de febrero de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.^a María Consuelo, representada por la procuradora D.^a M.^a Ángeles González Rivero y bajo la dirección letrada de D. Álvaro Moreno González, contra la sentencia n.º 231/2019, de 24 de mayo, dictada por la Sección 8.^a de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 975/2018, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 146/2014 del Juzgado de Primera



Instancia n.º 19 de Madrid, sobre reclamación de cantidad por indemnización de daños y perjuicios. Ha sido parte recurrida D. Diego, representado por la procuradora D.ª María Gamazo Trueba y bajo la dirección letrada de D.ª María Jesús Sánchez Andrés.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tramitación en primera instancia

1. D. Diego interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Fabio y D.ª María Consuelo, en la que solicitaba se dictara sentencia por la que se declare

"responsables solidariamente a Don Fabio y a Doña María Consuelo y por tanto se les condene al pago de la indemnización por daños y perjuicios que asciende a:

"Por lo que, conforme a la valoración y cuantificación del daño psicofísico y moral a la fecha de la presentación de la demanda, sin poder hacer una valoración determinada dado que está actualmente en tratamiento farmacológico, puede ascender a la cantidad de 12.191,42€. Indemnización compatible con otras indemnizaciones.

"Por el daño moral producido por la pérdida de la relación paterno filial con su hija una cuantía de 157.700 €.

"Daño moral al haber sido humillado y herido en su honor y dignidad, haber sufrido intromisión en su familia y en su intimidad. Deteriorando su propia imagen y que se cuantifican prudencialmente en 20.000 €.

"Daño patrimonial consistente en

"A) Que como consecuencia de haber ocultado la paternidad de la menor Carla a mi representado, por parte de Doña María Consuelo y Don Fabio a mi representado conforme a los hechos ya expuestos en este escrito.

"1. Don Diego en defensa de los intereses de la menor, y por ser requerido y emplazado por el Juzgado de Primera Instancia Número (sic) para que conteste a la demanda de la demanda (sic) interpuesta por Fabio contra él, en reclamación de la filiación no matrimonial e impugnación contradictoria de Carla, se ha visto en la necesidad de personarse con abogado y procurador en dicho procedimiento. Reclamando como indemnización a ambos las cantidades abonadas a los profesionales cuya representación y defensa es preceptiva, lo que alcanza una cantidad de:

"Presupuesto de la Procuradora..... 184,08 €

"Factura n.º NUM000 de la abogada..... 812,21 €

"Factura n.º NUM001 de la abogada..... 812,21 €

"TOTAL..... 1.808,50 €.

"2. se ha visto en la necesidad de proceder a hacerse una prueba de paternidad biológica para adquirir la certeza de que no era el padre biológico de la menor cuyo coste ascendió a la cantidad de 350 €.

"3. Indemnización a la que se deberá condenar únicamente a Don Fabio, por enriquecimiento injusto y abuso de derecho y, como demandante de la paternidad biológica, por lo que respecta a las cantidades abonadas por mi representante para el cuidado de la menor, desde su nacimiento y anteriores a las fijadas en la sentencia de separación, debido al dolo en la ocultación de la paternidad a Don Diego desde que tuvo conocimiento de que era el padre biológico de la menor, que ascienden a la cantidad de 35.066,66 €.

"Asimismo con el interés legal desde la interposición de la demanda y de acuerdo con lo establecido en el art. 576.1 y 3 LEC, al contener esta sentencia una condena a una cantidad líquida, ésta devengará intereses legales iguales al interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde el día en que fuese dictada la sentencia".

2. Mediante diligencia de ordenación de 20 de febrero de 2014 se requirió al demandante para que concretara la cuantía de la demanda y para que indicara si iba a ejercitar acción al amparo de la LO 1/1982 de 5 de mayo, de Protección Civil del derecho al Honor y a la Intimidad Personal y **Familiar** y a la propia imagen, ante lo que el actor presentó nuevo escrito en el que solicitaba se dictara en su día sentencia:

"por la que se declare responsables solidariamente a Don Fabio y a Doña María Consuelo y por tanto se les condene al pago de la indemnización por daños y perjuicios que asciende a la cantidad de DOSCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL CIENTO DIECISÉIS EUROS CON CINCUENTA Y OCHO CÉNTIMOS DE EURO -239.116,58 euros-, de los cuales 227.116,58 euros corresponden a los daños especificados y valorados en los Hechos de la demanda (octavo, noveno, décimo y undécimo, y los restantes 12.000 euros a lo prudencialmente estimado



como valoración por los días en que tardará en recuperarse y por las posibles secuelas que pueda padecer, que puedan ser valoradas por perito o conforme a los informes médicos que se aporten, pero asimismo reseñados, para que puedan ser tasados en periodo de prueba o ejecución de sentencia, como autoriza la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal referida a la "deuda valor".

"Consistentes en:

"Por lo que, conforme a la valoración y cuantificación del daño psicofísico y moral a la fecha de la presentación de la demanda, sin poder hacer una valoración determinada dado que está actualmente en tratamiento farmacológico, puede ascender a la cantidad de 12.191,42€. Indemnización compatible con otras indemnizaciones.

"Y 12.000 euros a lo prudencialmente estimado como valoración por los días en que tardará en recuperarse y por las posibles secuelas que pueda padecer, que puedan ser valoradas por perito o conforme a los informes médicos que se aporten, pero asimismo reseñados, para que puedan ser tasados en periodo de prueba o ejecución de sentencia, como autoriza la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal referida a la "deuda valor".

"Por el daño moral producido por la pérdida de la relación paterno filial con su hija una cuantía de 157.700 €.

"Daño moral, al amparo de la LO 1/1982 de 5 de mayo de protección Civil del derecho al honor y a la intimidad personal y **familiar** y a la propia imagen, al haber sido humillado y herido en su honor y dignidad, haber sufrido intromisión en su familia y en su intimidad. Deteriorado su propia imagen y que se cuantifican prudencialmente en 20.000 €.

"Daño patrimonial consistente en:

"A) Que como consecuencia de haber ocultado la paternidad de la menor Carla a mi representado, por parte de Doña María Consuelo y Don Fabio a mi representado conforme a los hechos ya expuestos en este escrito.

"1. Don Diego en defensa de los intereses de la menor, y por ser requerido y emplazado por el Juzgado de Primera Instancia Número (sic) para que conteste a la demanda de la demanda (sic) interpuesta por Fabio contra él, en reclamación de la filiación no matrimonial e impugnación contradictoria de Carla, se ha visto en la necesidad de personarse con abogado y procurador en dicho procedimiento. Reclamando como indemnización a ambos las cantidades abonadas a los profesionales cuya representación y defensa es preceptiva, lo que alcanza una cantidad de:

"Presupuesto de la Procuradora..... 184,08 €

"Factura n.º NUM000 de la abogada 812,21 €.

"Factura n.º NUM001 de la abogada 812,21 €

"TOTAL..... 1.808,50 €

"2. Se ha visto en la necesidad de proceder a hacerse una prueba de paternidad biológica para adquirir la certeza de que no era el padre biológico de la menor cuyo coste ascendió a la cantidad de 350 €.

"B) Indemnización a la que se deberá condenar únicamente a Don Fabio, por enriquecimiento injusto y abuso de derecho y, como demandante de la paternidad biológica, por lo que respecta a las cantidades abonadas por mi representante para el cuidado de la menor, desde su nacimiento y anteriores a las fijadas en la sentencia de separación, debido al dolo en la ocultación de la paternidad a Don Diego desde que tuvo conocimiento de que era el padre biológico de la menor, que ascienden a la cantidad de 35.066,66 €.

"Asimismo con el interés legal desde la interposición de la demanda y de acuerdo con lo establecido en el art. 576.1 y 3 LEC, al contener esta sentencia una condena a una cantidad líquida, ésta devengará intereses legales iguales al interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde el día en que fuese dictada la sentencia.

"Al pago de las costas judiciales por imperativo legal y su evidente temeridad y mala fe en caso de oponerse a nuestras justas pretensiones.

2. La demanda fue presentada el 28 de enero de 2014 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 19 de Madrid, fue registrada con el n.º 146/2014. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.

3. D.ª María Consuelo y D. Fabio, a través de sus respectivas representaciones procesales, contestaron a la demanda mediante escritos en los que solicitaban la desestimación íntegra de la demanda con expresa condena en costas a la actora.

4. El Ministerio Fiscal se personó en el procedimiento y contestó a la demanda.



5. D.^a María Consuelo presentó escrito interponiendo incidente excepcional de nulidad de actuaciones, que fue inadmitido mediante providencia de 6 de febrero de 2018.

6. Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 19 de Madrid dictó sentencia de fecha 11 de julio de 2018, con el siguiente fallo:

"SE DESESTIMA la demanda formulada por Don Diego, absolviendo a Doña María Consuelo y Don Fabio de los pedimentos formulados en la demanda sin hacer expresa imposición de las costas causadas".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de D. Fabio y de D. Diego.

2. La resolución de estos recursos correspondió a la Sección 8.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que los tramitó con el número de rollo 975/2018 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 24 de mayo de 2019, con el siguiente fallo:

"1º.- ESTIMAR PARCIALMENTE EL RECURSO de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Gamazo Trueba, en nombre y representación de D. Diego, contra la sentencia número 215/2018 de fecha 11 de Julio de 2018 y pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia número 19 de Madrid, en el procedimiento de juicio ordinario número 146/2014.

"2º.- REVOCAR parcialmente la Sentencia, en los siguientes términos:

"Estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Gamazo Trueba en nombre y representación de D. Diego, frente a Doña María Consuelo representada por la Procuradora Sra. González Rivero y D. Fabio, representado por la Procuradora Sra. Afonso Rodríguez, debo:

"1.- Declarar y declaro la **responsabilidad** de Doña María Consuelo por los hechos objeto del procedimiento.

"2.- Condenar y condeno a la Sra. María Consuelo a abonar al Sr. Diego la suma de 12.191,42 € por daño físico-psíquico e intereses por la mora procesal.

"3.- Condenar y condeno a la Sra. María Consuelo a abonar al Sr. Diego la suma de 50.000 € por daños morales e intereses por la mora procesal.

"4.- Confirmar la Sentencia apelada en el resto, absolviendo a la Sra. María Consuelo y al Sr. Fabio del resto de las pretensiones.

"5.- No hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en Primera Instancia.

"3º.- No hacer expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

"4º.- DESESTIMAR EL RECURSO de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Alfonso Rodríguez, en nombre y representación de D. Fabio, frente a la Sentencia n.º 215/2018 de 11 de Julio de 2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 19 de Madrid, en el Procedimiento Ordinario 146/2014.

"1º.- Confirmar íntegramente la sentencia apelada en el particular recurrido.

"2º.- Imponer al apelante las costas de esta alzada".

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. D.^a María Consuelo interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

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

"Segundo.- Sobre la interpretación del grado de culpa para que se genere la **responsabilidad extracontractual**. Infracción del art. 1902 del Código Civil y de la jurisprudencia del Tribunal, Supremo que exige una conducta dolosa en la demandada para apreciar culpa **extracontractual** en las relaciones **familiares**.

"Tercero.- Sobre la improcedencia de la indemnización por daño moral y psicológico. Vulneración del art. 1902 del Código Civil y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la inexistencia de culpa **extracontractual** que determine la **responsabilidad** de la demandada y por tanto las acciones indemnizatorias por daño moral y psicológico".



2. Remitidas las actuaciones a esta sala por la Audiencia Provincial, las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó providencia de fecha 15 de septiembre de 2021, poniendo de manifiesto a las partes personadas las posibles causas de inadmisión y frente a esta, tanto las partes como el Ministerio Fiscal, presentaron escritos de alegaciones.

3. El 19 de enero de 2022 se dictó auto de admisión cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.^a María Consuelo contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 24 de mayo de 2019, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 8.^a, en el rollo de apelación 975/2018, dimanante del juicio ordinario 146/2014, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n. 19 de Madrid".

3. Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4. Por providencia de 12 de enero de 2024 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 7 de febrero de 2024, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El procedimiento se inicia por la demanda que interpone el exesposo frente a su exesposa y frente al varón que resulta ser el padre biológico de la niña concebida antes del matrimonio y nacida tras su celebración y que ha ejercitado con éxito una acción de reclamación de paternidad e impugnación de la paternidad del marido.

El juzgado desestimó la demanda respecto de los dos codemandados. La Audiencia la estimó parcialmente respecto de la madre, a quien condenó a indemnizar al actor por daños físico-psíquicos y por daño moral. La madre recurre en casación.

Son antecedentes necesarios los siguientes.

1. El 6 de marzo de 2010, Diego e María Consuelo contrajeron matrimonio canónico.

Con anterioridad a la celebración del matrimonio la pareja, que había acordado mantener una relación de noviazgo "en castidad", tras tomar unas copas, mantuvo una única relación sexual el último fin de semana de octubre de 2009 (según mantiene Diego, sin penetración pero con eyaculación).

2. El 2 de agosto de 2010, María Consuelo tuvo una hija, Carla, que fue inscrita en el Registro Civil como hija matrimonial de Diego.

3. El día 11 de junio de 2011, Fabio (compañero de trabajo de María Consuelo, con quien mantuvo una relación) realizó una prueba de paternidad de la que resultó que Carla era hija suya.

4. El día 30 de enero de 2013, Diego recibió el informe emitido el 28 de enero de 2013 por el Centro de Fertilidad y Genética en el que se indicaba que quedaba excluida su paternidad respecto de Carla.

5. El 25 de febrero de 2013, Diego presentó demanda de separación contenciosa que se transformó en mutuo acuerdo. El 4 de junio de 2013 el Juzgado de Primera Instancia n.º 79 de Madrid dicta sentencia por la que se aprueba el convenio regulador acordado por ambos, con régimen de visitas a favor de Diego y la obligación de pago de una pensión alimenticia.

6. El 25 de junio de 2013, Diego es emplazado por el Juzgado de Primera Instancia n.º 97 de Madrid para que conteste a la demanda presentada contra él y contra María Consuelo por Fabio, quien ejercita acción de filiación respecto de Carla e impugnación de la filiación contradictoria. El 18 de marzo de 2014 el juzgado dictó sentencia por la que declaraba que Carla era hija no matrimonial de Fabio y anuló la filiación contradictoria de Diego.

7. El 13 de enero de 2014, María Consuelo promueve procedimiento de divorcio que se sustanció en el Juzgado de Primera Instancia n.º 79 (autos 1123/2013) y que concluye mediante sentencia dictada el 12 de diciembre de 2014 por la que se declara el divorcio y se desestima la reconvencción presentada por Diego por la que interesaba la declaración de nulidad del matrimonio, por entender que la acción de nulidad matrimonial estaba caducada. Diego recurre en apelación y la sección 22.^a de la Audiencia Provincial de Madrid dicta sentencia el



19 de febrero de 2016 por la que revoca la sentencia del juzgado, declara la nulidad del matrimonio y reconoce el derecho de Diego a recibir una indemnización de 18000 € por daño moral.

8. El 10 de febrero de 2014, Diego presenta demanda de nulidad de su matrimonio. El Tribunal Eclesiástico Metropolitano dicta el 22 de febrero de 2016 sentencia de nulidad. En la parte dispositiva la sentencia declara que, a la fórmula de dudas concordada responde, afirmativamente, o sea que consta la nulidad del matrimonio por incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por parte de la esposa, y negativamente, o sea que no consta la nulidad del matrimonio por error doloso provocado por la esposa y padecido por el esposo.

9. La demanda que da lugar al presente procedimiento la presenta Diego el 28 de enero de 2014 contra María Consuelo y contra Fabio. En la demanda ejercita una acción de **responsabilidad extracontractual** basada en el art. 1902 CC. La demanda se basa en la ocultación maliciosa de la verdadera paternidad de la hija y solicita la indemnización de perjuicios (daño físico-psíquico, daño moral por la pérdida de la relación paterno filial con la hija, daño moral por la humillación de su honor y dignidad, perjuicio patrimonial por un proceso anterior de filiación, gastos de la prueba de paternidad, gastos de cuidado de la menor).

10. La sentencia de primera instancia de 11 de julio de 2018 desestima la demanda.

Se declara en esta sentencia: i) No hay prescripción de la acción, contra lo invocado por el codemandado Fabio. ii) No hay cosa juzgada de la sentencia dictada, después de presentada la demanda de este proceso, sobre nulidad matrimonial, en la que se fija una indemnización a favor del ahora demandante de 18 000 euros. iii) En cuanto a la indemnización por daños morales, a partir de lo declarado por la sentencia de nulidad del Tribunal Eclesiástico, no cabe ver en la demandada una intención maliciosa de engañar al demandante, por lo que no existe el dolo que podría originar la **responsabilidad**. En cuanto al codemandado, no tiene **responsabilidad** alguna, pues no tiene el deber jurídico de comunicar al demandante su paternidad biológica. iv) No procede la indemnización por la lesión del honor y dignidad del demandante. No ha habido ninguna intromisión relacionada con la LO 1/1982. v) No procede indemnizar los gastos del proceso de filiación, que forman parte de las costas. vi) No procede el pago de los gastos de la prueba de paternidad, pues fue una decisión voluntaria del demandante. vii) No procede la condena del codemandado al reintegro de los gastos de atención de la hija, conforme a la doctrina jurisprudencial.

11. Interpuesto recurso de apelación por el demandante, la sección 8.ª de la Audiencia Provincial dicta sentencia el 24 de mayo de 2019 por la que estima en parte el recurso de apelación, estima en parte la demanda y condena a la demandada al pago de 12.191,42 euros por daños físico-psíquicos y 50.000 euros por daño moral. La sentencia confirma la exclusión de la **responsabilidad** del padre biológico que había sido codemandado, pero también desestima el recurso de apelación interpuesto por este último impugnando la no imposición de costas al demandante en la primera instancia.

En lo que interesa a efectos del recurso de casación, la decisión de la Audiencia respecto de la madre demandada y ahora recurrente se basa, en síntesis, en las siguientes consideraciones: i) no es aplicable a este caso la doctrina jurisprudencial fijada en la sentencia del pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo 629/2018, de 13 de noviembre, puesto que la ocultación de las dudas sobre la paternidad o el conocimiento de que la menor no era hija del demandante no pueden incardinarse en los deberes conyugales, ni en concreto en las consecuencias de la infracción del deber de fidelidad, pues la relación mantenida por la demandada con el padre biológico de la niña fue anterior al matrimonio, cuando la madre mantenía con el demandante una relación de noviazgo; ii) no hay regulación legal de la relación de noviazgo, por lo que si un miembro de la pareja realiza una conducta que causa daño al otro, causalmente relacionado, debe ser indemnizado; iii) queda descartado el dolo de la demandada, pues no se puede concluir que María Consuelo supiera desde el primer momento que el actor no era el padre biológico de la niña, pero su actuar debe calificarse de culposo, pues no actuó con la diligencia que el caso debía, atendidas las circunstancias, pues había mantenido relaciones con Fabio y por tanto conocía la posibilidad de que el embarazo no obedeciese a la relación mantenida con Diego, por lo que necesariamente debió tener dudas sobre la paternidad y no se lo manifestó a Diego; también porque, en 2011, una vez que tuvo conocimiento cierto de que Diego no era el padre, no se lo comunicó.

12. La demandada condenada interpone recurso de casación, fundado en tres motivos.

SEGUNDO.- En el primer motivo del recurso de casación se denuncia la infracción de los arts. 1968.2 y 1969 CC, por entender que la acción estaba prescrita cuando se interpuso la demanda.

Este primer motivo debe ser desestimado.

Además de que la prescripción de la acción no guarda relación con la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida, que no se ha pronunciado sobre la prescripción, es una excepción que para poder ser tomada en consideración debe ser alegada en la contestación a la demanda, y en este caso la demandada no alegó en su contestación



a la demanda que la acción de **responsabilidad** que se dirigía contra ella estuviera prescrita, por lo que no podemos entrar ahora en casación a analizar esta cuestión.

El motivo, por tanto, incurre en causa de inadmisión que, de acuerdo con la doctrina de la sala deviene, en este momento procesal, en causa de desestimación. No obsta que en su día fuera admitido a trámite, dado el carácter provisorio de la admisión acordada inicialmente, por hallarse sujeta a un examen definitivo en la sentencia (sentencias 564/2013, de 1 de octubre; 146/2017, de 1 de marzo; y 650/2019, de 5 de diciembre, 406/2021, de 15 de junio, entre otras muchas). El Tribunal Constitucional ha afirmado en numerosas resoluciones que "la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción puede volverse a abordar o reconsiderarse en la sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar, en su caso, a un pronunciamiento de inadmisión por falta de tales presupuestos" (por todas, SSTC 32/2002, de 11 de febrero; 204/2005, de 18 de julio; 237/2006, de 17 de julio; 7/2007, de 15 de enero; 28/2011, de 14 de marzo; 29/2011 de 14 de marzo; 69/2011, de 16 de mayo; y 200/2012, de 12 de noviembre).

TERCERO.- Los motivos segundo y tercero del recurso de casación deben ser analizados conjuntamente, pues en ambos se denuncia la infracción del art. 1902 CC por entender que no concurren sus presupuestos y porque el precepto no es aplicable a las relaciones **familiares**, por lo que no son indemnizables los trastornos psicológicos y el daño moral reclamados.

La recurrente cita la sentencia de esta sala de 22 de julio de 1999, que entendió que era preciso el dolo para indemnizar los daños derivados de una ocultación de la paternidad, e invoca jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales puesto que, para apreciar **responsabilidad** por daños en este tipo de supuestos, algunas exigen la acreditación del dolo por parte de la madre, que en este caso no se da, mientras que otras se basan en el incumplimiento de un deber de informar sobre las dudas o sobre el conocimiento de la paternidad.

Razona también que, en contra de lo que dice la sentencia recurrida, es aplicable el criterio de la sentencia del pleno de esta sala 629/2018, de 13 de noviembre, que excluyó la aplicación de las reglas de **responsabilidad** para estos casos, resultando indiferente que cuando se produjo el embarazo estuvieran o no casados.

CUARTO.- Debemos dar respuesta en primer lugar a los óbices de inadmisibilidad invocados por la parte recurrida respecto de los motivos segundo y tercero del recurso de casación.

No apreciamos que estemos ante causas de inadmisibilidad de las que esta sala considera absolutas, por lo que no impiden que entremos a analizar las cuestiones jurídicas planteadas por la recurrente. En efecto la recurrente, con cita del precepto adecuado y con justificación del interés casacional, cuestiona la concurrencia en el caso de los presupuestos para exigir la indemnización por los perjuicios reclamados al amparo del art. 1902 CC, así como la aplicación por la sentencia recurrida de la doctrina de la sala.

La propia parte recurrida, tras señalar que no se justifica el interés casacional, o que se pretende una nueva valoración de la prueba y se prescinden de hechos acreditados en la instancia, ha podido identificar los motivos del recurso y oponerse a ellos, por lo que no se le genera indefensión alguna. A estos efectos, en particular, la recurrida explica las razones por las que a su juicio la situación de los litigantes no es la misma que la de un matrimonio y, por tanto, tal y como ha entendido la sentencia recurrida, no sería aplicable la doctrina de la sala contenida en la sentencia del pleno 629/2018, de 13 de noviembre, pues los litigantes no estaban casados cuando se produjo el embarazo, y tampoco se puede considerar que fuera una relación análoga a un matrimonio, pues no convivían, por lo que sí es aplicable el art. 1902 CC. Igualmente razona que ha quedado acreditada la existencia de culpa de la demandada que determina su **responsabilidad** por el daño moral psicológico.

Procede por tanto que abordemos el análisis de los motivos dos y tres del recurso y, por lo que decimos a continuación, van a ser estimados.

QUINTO.- La sentencia del pleno 629/2018, de 13 de noviembre, que descartó la aplicación del art. 1902 CC al caso del cónyuge que ocultó la verdadera paternidad de uno de los hijos, afirmó que, conductas como la enjuiciada tienen respuesta en la normativa reguladora del matrimonio, que no contempla la indemnización de un daño moral generado a uno de los cónyuges en un caso de infidelidad y de ocultación y pérdida de un hijo que consideraba suyo mediante la acción de impugnación de la filiación. La sentencia se refería a un supuesto en el que el embarazo de la madre como consecuencia de las relaciones sexuales con un tercero se produjo cuando estaba casada con el actor, y la sentencia de apelación, que fue casada, relacionó los daños no con la infidelidad, pero sí con los efectos de la ocultación de la infidelidad matrimonial, consistentes en haber tenido el marido como propio un hijo que no lo era. De ahí las referencias en la mencionada sentencia 629/2018, de 13 de noviembre, a la fidelidad matrimonial.

En el caso que juzgamos ahora la niña fue concebida antes del matrimonio de los litigantes, y por este motivo la sentencia recurrida considera que se trata de un caso diferente al que tuvo en cuenta la citada sentencia del



pleno 629/2018, de 13 de noviembre, pues la relación de María Consuelo con Fabio por la que se concibió la niña fue anterior al matrimonio de María Consuelo y Diego, cuando "simplemente eran novios" y, dice la sentencia ahora recurrida, "para las relaciones de "noviazgo" no existe regulación legal alguna".

Frente a esta interpretación que lleva a cabo la sentencia recurrida de la sentencia 629/2018, debemos observar que no puede haber diferencia en la solución que se alcance por el hecho de que exista o no matrimonio (o, de haberlo, como es el caso, por el hecho de que la concepción tuviera lugar antes de su celebración), si verdaderamente lo que se pretende (y se reconoce, como hace la sentencia recurrida), es el resarcimiento de los trastornos emocionales y los perjuicios morales ocasionados al ser privado el actor "de la presencia o de la convivencia" con la niña. El interés de criar a los propios hijos y no verse expuesto a su privación sería reconocible con independencia del vínculo matrimonial.

Cuestión distinta es si lo que se pretende es el resarcimiento de los perjuicios sufridos por haber celebrado el marido un matrimonio, luego declarado nulo, por la creencia equivocada de que el hijo que esperaba la esposa era suyo. En el caso, esta pretensión fue objeto de otro procedimiento en el que la sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia por la que declaró la nulidad del matrimonio por "error sobre las cualidades esenciales de la otra contrayente" (art. 73.4.º CC). También reconoció el derecho de Diego a recibir una indemnización de 18 000 € por daño moral (con apoyo, no en el art. 1902 CC, sino en los arts. 7 y 98 CC) "por la frustración de un proyecto de vida en común posteriormente invalidado". La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de febrero de 2016 (que no es la ahora recurrida), de una parte, para declarar la nulidad, tuvo especialmente en cuenta las declaraciones de los testigos en el sentido de que los contrayentes accedieron a contraer matrimonio a causa del embarazo de María Consuelo, y el convencimiento manifestado por ambos de la paternidad de Diego, quien conoció la inexistencia de tal relación biológica en el mes de enero de 2013 cuando, a causa del deterioro de las relaciones conyugales, se hizo la prueba de paternidad. La misma sentencia, por otra parte, consideró que era "suficiente la mera actitud imprudente o negligente" del cónyuge obligado a indemnizar" conforme al art. 98 CC, y entendió que María Consuelo, "aunque ignorara, al tiempo de celebrarse el matrimonio, que pudiese padecer alguna enfermedad de transmisión sexual, y en ello no basamos la declaración anulatoria, existía la posibilidad, perfectamente conocida por la misma, de que el embarazo que determinó la celebración del matrimonio obedeciese a sus relaciones con un tercero, lo que no manifestó entonces a Diego".

SEXTO.- Con independencia de la existencia o no de matrimonio, la **responsabilidad** civil de la madre frente al padre por haber sido "privado de la presencia o de la convivencia" con la niña, que es por lo que ha condenado la sentencia objeto de este recurso de casación, en este caso no está justificada.

En primer lugar debemos recordar, como hizo la citada sentencia del pleno 629/2018, en línea con la mejor doctrina, la función de "acotamiento" propia de las reglas generales de **responsabilidad** civil. La función de "acotamiento" o "demarcación", en cuanto definición de derechos entre las partes (dicho de manera simple, la libertad de quien realiza una acción u omisión, de un lado, y los intereses de las víctimas, por otro) exige tener en cuenta, junto a los intereses del varón a quien se atribuye una falsa paternidad, los demás intereses protegibles concurrentes, que en el **ámbito** del Derecho de familia están sometidos a sus propias normas y principios.

Que nuestro sistema de **responsabilidad extracontractual** sea de cláusula abierta, general, significa que todo daño puede ser indemnizable si es digno de protección. Pero por eso precisamente no se excluye, antes al contrario, que en la apreciación de si debe dispensarse la tutela aquiliana a un concreto interés deban valorarse todos los intereses concurrentes.

Entre otros, el interés general en la estabilidad de las relaciones **familiares**, que no ha desaparecido aunque deba conciliarse con los derechos fundamentales individuales de todos sus miembros; los derechos a la intimidad, autonomía y dignidad de la mujer que, sin ser en modo alguno absolutos, pueden contribuir a que no se afirme de manera incondicional y absoluta un deber, sancionable vía **responsabilidad** civil, de información o de comunicación de una duda sobre una paternidad (lo que puede no estar justificado en atención a las circunstancias, bien por las relaciones abiertas admitidas en la pareja, bien por el riesgo de propiciar una ruptura **familiar** aunque finalmente el hijo acabe siendo de la pareja, bien por la protección del interés del menor, que puede quedar tutelado adecuadamente sin perjudicar los demás intereses cuando concurre la voluntad conjunta de formar una familia con independencia de la veracidad biológica, principio constitucional que tampoco es absoluto en sede de filiación, en especial cuando solo se cuestiona en el momento en que surge una crisis en la convivencia **familiar**).

No debe excluirse que puedan llegar a advertirse comportamientos abusivos que generen daños que deban ser resarcidos, lo que en cada caso estará en función de las circunstancias concurrentes. Además, en el caso de que en atención a las circunstancias la conclusión fuera favorable a la aplicación de las reglas de



responsabilidad, para la fijación de la obligación de resarcir los perjuicios ocasionados habría que tomar en consideración las categorías propias del derecho de daños, en particular en función del conocimiento que aquel que invoca la ocultación hubiera podido tener de su falta de paternidad.

SÉPTIMO.- La aplicación al caso litigioso de las anteriores consideraciones determina la estimación de los dos motivos del recurso de casación y, al asumir la instancia, a la vista de la prueba que consta en las actuaciones, confirmamos el fallo de la sentencia de primera instancia en el sentido de absolver a la demandada ahora recurrente.

En efecto, no concurren en este caso circunstancias que permitan establecer la **responsabilidad** de la demandada. Es el propio demandante quien desde su relato de hechos en la demanda refiere que, tras una previa relación de noviazgo, dejaron la relación, que María Consuelo tuvo entonces otro novio, un compañero de trabajo, con el que iba a casarse, pero anuló la boda, y volvieron a salir el actor y ella. Refiere también que la actitud de María Consuelo durante el noviazgo hizo la relación difícil, que ella decía que iba a dejar ese trabajo. Y cuenta cómo, a pesar de haber acordado mantener un noviazgo en castidad, el último fin de semana de octubre de 2009 tuvieron una relación sexual no completa (sin penetración pero con eyaculación). Explica que fue la única relación sexual que tuvieron hasta después de casarse. Refiere también que cuando ella le comunicó que estaba embarazada recuerda perfectamente que le preguntó "¿De mí?", a lo que ella le respondió con certeza que sí.

A este respecto consideramos, al igual que el juzgado, muy clarificador lo que se recoge en la sentencia dictada por el Tribunal Eclesiástico en el procedimiento de nulidad seguido a instancias del marido y en el que se declaró la nulidad por incapacidad de la esposa para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio, pero no por error doloso ni sobre la fidelidad de la esposa ni sobre la paternidad de la niña. Sobre estos particular, se recoge en esta sentencia:

"(...) el íter de los acontecimientos hemos podido comprobar cómo a pesar de la infidelidad de la demandada, conocida por el demandante antes de la celebración del matrimonio, él accedió, a pesar de lo "horroroso y humillante" de dicha realidad a continuar la relación de noviazgo con ella (f. 118). Que aunque sospechaba y la infidelidad desde el principio comenzó un segundo período de relación con ella (...)

"Sumando que el esposo demandante en ningún momento de su declaración afirma, como por el contrario hace en relación a la paternidad, que de haber sabido que a esposa era infiel antes de contraer matrimonio, él no se hubiera casado con ella.

"Sumando que incluso descubierta la infidelidad tras el matrimonio decide continuar con la convivencia: "Le dije que estaba dispuesto a continuar hacia delante si ella estaba dispuesta a cambiar" (f. 120).

"(...) Como se puede verse en las declaraciones del esposo lo que este intentó fue negar la realidad que en aquellos momentos comenzaba a ser poco menos que evidente (...).

"Pese a que de las declaraciones parezca desprenderse que el esposo no habría contraído matrimonio de saber que la hija que espera D^a María Consuelo no era suya: "si yo hubiera sabido que ella estaba embarazada de otra persona no me hubiera casado con ella" (f.120) o "Si Diego hubiera sabido que no era el padre de la niña, seguro que no se hubiera casado conmigo" (f. 128), el comportamiento real es otro. Cuando el esposo empieza a tener indicios claros de que la paternidad de la hija era de otro hombre, e incluso cuando lo supo con certeza, el vencimiento del error no provocó, sin embargo, que el rompiera la relación, con lo cual tampoco podemos concluir que el hipotético error doloso en este sentido fuera la causa directa de la prestación del consentimiento matrimonial por parte del esposo.

"De nuevo el esposo intentó negar una realidad incluso cuando fue evidente, como dice el Perito: "...Más bien, cada uno por su parte se engañó a sí mismo, de acuerdo con la alternativa menos conflictiva de las posibles, y alimentó en el otro el error, dando prioridad a su deseo sobre el origen de la paternidad, en detrimento del sentido de realidad" (f. 230). ...

"(...) Si el esposo demandante alega el estado de embriaguez para no saber si la única relación sexual era suficiente para producir el embarazo, dudando de si hubo no penetración total y eyaculación intercorpórea (f.119) ¿por qué la esposa no podría tener también la misma incertidumbre? ..."

Si tomamos en consideración las circunstancias referidas por el propio demandante acerca de la relación de noviazgo y acerca de que la única relación sexual que tuvo con la demandada antes del matrimonio "fue una relación sexual no completa (sin penetración pero con eyaculación)", lo que ciertamente no excluye el embarazo pero lo hace altamente improbable, debemos concluir que el propio actor pudo tener motivos muy fundados para creer que él no era el padre. A la valoración de la sentencia ahora recurrida de "que ella creyera o quisiera creer que el embarazo se debía a la relación mantenida con D. Diego , pero no deja de ser una creencia,



esperanza o deseo", debe sumarse, por ser coherente con el propio relato del demandante, la valoración de la sentencia de nulidad canónica seguida a instancias suyas acerca de que "...más bien, cada uno por su parte se engañó a sí mismo, de acuerdo con la alternativa menos conflictiva de las posibles, y alimentó en el otro el error, dando prioridad a su deseo sobre el origen de la paternidad, en detrimento del sentido de realidad".

En definitiva, en este caso, en atención a las circunstancias, no pueden cargarse en exclusiva sobre la mujer los perjuicios reclamados por el actor como consecuencia de la errónea creencia de que fuera el padre de la niña.

En consecuencia, estimamos los motivos segundo y tercero del recurso de casación, y por las mismas razones desestimamos íntegramente el recurso de apelación del demandante y absolvemos a María Consuelo de la demanda dirigida contra ella.

OCTAVO.- La estimación del recurso de casación determina que no se impongan las costas de dicho recurso a ninguna de las partes.

No hacemos especial pronunciamiento sobre las costas de las instancias respecto de la recurrente, dadas las dudas de derecho sobre las cuestiones planteadas (arts. 394 y 398 LEC).

FALLO

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

1.º- Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por María Consuelo contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 24 de mayo de 2019, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 8.ª, en el rollo de apelación 975/2018, dimanante del juicio ordinario 146/2014, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 19 de Madrid.

2.º- Casar la sentencia recurrida en el sentido de dejar sin efecto todos los pronunciamientos de **responsabilidad** y condena de María Consuelo a indemnizar a Diego .

3.º- No imponer las costas del recurso de casación.

4.º- No hacer especial declaración en cuanto a las costas de las instancias respecto de la demandada ahora recurrente, María Consuelo .

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.