



Roj: **SAP GI 300/2018 - ECLI: ES:APGI:2018:300**

Id Cendoj: **17079370022018100158**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **2**

Fecha: **19/04/2018**

Nº de Recurso: **181/2018**

Nº de Resolución: **171/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA ISABEL SOLER NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección 2a Civil de la Audiencia Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.2)

Plaza Josep Maria Lidón Corbí, 1, pl. 5a - Girona - C.P.: 17001

TEL.: 972942368

FAX: 972942373

EMAIL:aps2.girona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 1707942120168231035

Recurso de apelación 181/2018 -2

Materia: Apelación civil

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Girona (ant.CI-7)

Procedimiento de origen: Filiación 2034/2016

Parte recurrente/Solicitante: Concepción , Elias , Feliciano

Procurador/a: Gregoria Tuebols Martinez, Carme Peix Espigol, Ma. Àngels Vila Reyner

Abogado/a: Xantal Altimir Losada, Maria Antonia Gomez Maestre, D^a ALEXANDRA DENIZ TORRAS

Parte recurrida:

Procurador/a:

Abogado/a:

SENTENCIA N° 171/2018

Ilmos. Sres:

PRESIDENTE

D. JOSÉ ISIDRO REY HUIDOBRO

MAGISTRADOS

D. JOAQUIM FERNÁNDEZ FONT

D^a. Maria Isabel Soler Navarro

Girona, 19 de abril de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO . En fecha 26 de febrero de 2018 se han recibido los autos de Filiación 2034/2016 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Girona (ant.CI-7) a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto



por la Procuradora D^a. GREGORIA TUEBOLS MARTINEZ, D^a. CARME PEIX ESPIGOL y D^a. MA. ÀNGELS VILA REYNER, en nombre y representación de D. Feliciano , D. Elias y D^a. Concepción , contra Sentencia de 18 de octubre de 2017 .

SEGUNDO . El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

"Estimo parcialmente la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales Dña. María Gregoria Tuebols Martínez, en nombre y representación de D. Feliciano contra Dña. Concepción y D. Elias , y DECLARO que D. Feliciano no es el padre biológico de Elias por lo que impugno su filiación matrimonial, declarándose en consecuencia la nulidad de la inscripción de la filiación en el Registro Civil, ordenando su rectificación y suprimiendo respecto de Elias el apellido Carlos Alberto . Asimismo, CONDENO a Dña. Concepción a abonar a D. Feliciano la cantidad de 10.000€, más intereses moratorios legales.

Firme esta resolución, remítase copia para su inscripción en el Registro Civil correspondiente, a los efectos legales oportunos.

Todo ello sin imposición de las costas procesales a ninguna de las partes."

TERCERO. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo, que ha tenido lugar el día 18/04/2018.

CUARTO. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente a la Magistrada D^a. Maria Isabel Soler Navarro.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda, formulada por D. Feliciano , en que ejercitaba una acción de impugnación de la filiación y acumulaba a dicha acción una acción de responsabilidad extracontractual, en reclamación de daños morales y patrimoniales, como indemnización o restitución de las sumas abonadas en concepto de alimentos al que aparecía como hijo común, habiéndose declarado que el actor no es el padre biológico del hijo nacido en el matrimonio, situación dolosamente ocultada por la madre, D^a Concepción .

La sentencia estima la acción de impugnación de la filiación, formulada y estima acreditado que la demandada actuó dolosamente ocultando al actor que no era el padre de su hijo nacido en el matrimonio, y fija la cuantía por daño moral en la cuantía de 10.000 euros, y desestima la acción de daños patrimoniales, en concreto por los alimentos abonados por inadecuación del procedimiento.

El actor recurre la sentencia invocando un error de derecho en cuanto a la estimación de inadecuación de procedimiento en cuanto a la acción acumulada de responsabilidad extracontractual por daños patrimoniales de restitución de alimentos y gastos y daños y perjuicios originados y un error en la valoración de la prueba en cuanto a la cuantificación del daño moral.

La parte apelada se opuso al recurso de apelación e impugnó la sentencia por la indebida admisión de la acumulación de la acción por daño moral (error de derecho); Y aunque no se mencione un error en la valoración de la prueba en cuanto a estimar acreditada una actuación dolosa de la impugnante que se hace en la sentencia.

SEGUNDO. - La parte apelante mantiene que la aplicación del art 1902 del CC es procedente para resarcir los daños tanto patrimoniales como morales causados por la actuación dolosa de la demandada en la ocultación de la no paternidad al apelante. Que la sentencia del TS invocada en la Instancia y en que fundamenta la viabilidad de la acción por daño moral, da a entender que hubiera accedido a ambas reclamaciones de haber sido susceptible de ser calificada de dolosa la actuación y conducta de la demandada.

Que la parte apelante no ha demandado por cobro de lo indebido o enriquecimiento injusto, sino por responsabilidad extracontractual siendo viable dicha acción.

Que esta acción resarcitoria de daños y perjuicios patrimoniales y morales reclamados es una consecuencia de la acción de impugnación de filiación ejercitada que es prejudicial de aquélla, procediendo en consecuencia la acumulación de conformidad con lo previsto en el Art 347.4. 2 de la LEC .(en realidad el Art es el 438.3)

Asiste razón a la parte apelante, la parte actora ejercita una acción de responsabilidad extracontractual del art 1902 del CC , acumulada a la acción de impugnación de la filiación.



El Art 438.3 de la L.E.C , dispone que no se admitirán en los juicios verbales la acumulación objetiva de acciones, salvo las excepciones siguientes, recogiendo entre ellas, la acumulación de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios a otra acción que sea prejudicial de ella. El procedimiento instado de impugnación de paternidad matrimonial, conforme a lo dispuesto en el artículo 753 de la LEC , debe sustanciarse por el juicio verbal con las especialidades contempladas en dicho precepto. El artículo 250 de la LEC acuerda sustanciar por el juicio verbal las demandas cuya cuantía no exceda de 6.000,00 euros , por lo que en principio una reclamación de cantidad que exceda de la cuantía señalada no podrá acumularse a la acción de impugnación de paternidad, por así impedirlo asimismo el artículo 73, 2 de la LEC , salvo que se trate de una acción de resarcimiento de daños y perjuicios, que proceda caso de ser estimada la acción principal. Ello obliga a determinar la naturaleza de la acción ejercitada en la que se reclama la devolución de las cantidades abonadas en concepto de alimentos y gastos satisfechos antes de estimarse la acción de impugnación de paternidad.

La parte actora no ejercita una acción de reclamación por pago indebido con relación a la cual, como recoge la sentencia de Instancia, no puede calificarse como una acción de resarcimiento de daños y perjuicios, entendiendo la doctrina tradicional que esta institución jurídica constituye un cuasicontrato, tesis que parece es la que sigue nuestro Código Civil. Sino que la actora ejercita una acción al amparo de lo dispuesto en el art.1902 del CC , acción que si puede calificarse como de resarcimiento de daños y perjuicios, y en consecuencia la acumulación es perfectamente posible, para reclamar tanto por los daños patrimoniales como morales y ello porque, esta segunda acción es prejudicial de la primera y en consecuencia estaría comprendida dentro de las excepciones recogidas en el art 438.3.2 de la LEC . no se da la inadecuación de procedimiento que aprecia la sentencia de instancia.

La sentencia de instancia se fundamenta para ello en que la acción ejercitada en relación a los daños patrimoniales reclamados, cantidades abonadas en concepto de alimentos y gastos satisfechos antes de interponerse la demanda, no puede estimarse una acción resarcitoria de los daños a diferencia de la acción por daños morales también ejercitada en la demanda y para ello se basa en la doctrina recogida en las sentencias del TS de fechas 30 de junio de 1099 y 22 de julio de 1999 .

Pero si nos atenemos a dichas sentencias y como mantiene la parte apelante, en el fundamento jurídico sexto de dicha sentencia se recoge al respecto:

"Ciertamente, los supuestos que comportan la aplicación del artículo 1.902 del texto legal sustantivo, vienen a originar, como consecuencia de esa aplicación, una reparación por el daño causado, que puede hacerse extensiva al doble ámbito patrimonial y moral, pero ello no resulta aplicable al caso de autos, en el que, como ha quedado razonado, no era posible hacer aplicación del meritado precepto, debido a no haberse apreciado una conducta dolosa en el comportamiento atribuido a la Sra. Antonia , y de aquí, que el perecimiento del primer motivo del recurso lleve implícito el correspondiente al segundo analizado."

La sentencia del TS no lo aplica no por no ser viable sino por no haberse acreditado una conducta dolosa en el comportamiento atribuido a la demandada.

La sentencia de Instancia no tiene en cuenta que la acción ejercitada por la parte actora lo es en base al art 1902 del CC , no por una acción de cobro de lo debido en que si sería de aplicación lo recogido en la sentencia de instancia.

Procediendo en consecuencia acoger este primer motivo del recurso y estimar acumulables ambas acciones por daños patrimoniales y por daños morales.

TERCERO.- Como consecuencia de lo resuelto anteriormente deberá entrarse en el examen de la acción de responsabilidad extracontractual por daños patrimoniales, si bien con carácter previo a entrar a examinar dicha acción así como el segundo motivo del recurso de apelación se entrara a examinar los motivos primero y segundo de la impugnación invocados ya que de estimarse los mismos conllevarían a la desestimación de los restantes motivos del recurso de apelación.

Por la representación procesal de D^a Concepción se impugna la sentencia en cuanto a la admisión en la sentencia de instancia la acumulación de la acción por daño moral, al no ser acumulables por razón de la cuantía reclamada 150.000 euros a un juicio verbal.

En relación a dicho motivo de impugnación solo cabe remitirnos a lo señalado anteriormente en el fundamento de derecho anterior desestimándose dicho motivo.

CUARTO.- Se impugna lo resuelto en cuanto a la acreditación de la actuación dolosa de la demandada, se invoca aunque no se menciona un error en la valoración de la prueba.

Con relación a la valoración de la prueba señalar: Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras Sentencia de 22/5/2000 con cita de la de 16 de octubre de 1992 << si la resolución de primer grado es aceptada,



la que confirma en apelación no tiene por qué repetir o reproducir los argumentos, debiendo, en aras de la economía procesal, corregir solo aquellos que resulte necesario (STS de 16 de octubre de 1992), amén de que una fundamentación por remisión no deja de ser motivación, ni de satisfacer la exigencia constitucional de tutela judicial efectiva>>.

La prueba documental el art.326 de la LEC regula la fuerza probatoria de los documentos privado y dice *"1. Los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen.2. Cuando se impugne la autenticidad de un documento privado, el que lo haya presentado podrá pedir el cotejo pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto. Si del cotejo o de otro medio de prueba se desprendiere la autenticidad del documento, se procederá conforme a lo previsto en el apartado tercero del artículo 320. Cuando no se pudiere deducir su autenticidad o no se hubiere propuesto prueba alguna, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica".*

El art. 376 L.E.C establece que los tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurren y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre éstas se hubiere practicado.

-El art.217 de la LEC, en su apartado 2 regula la carga de la prueba en general e impone al actor la prueba de la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda o de la reconvencción, y a los demandados en éstas la de los que impidan extingan o enerven la eficacia de los primeros.

La parte apelante fundamenta dicho error en la valoración del interrogatorio del Sr. Feliciano que admitió que era conocedor de la infidelidad de la esposa pero que la perdono. Es obvio que una cosa es reconocer que la esposa fue infiel y otra muy distinta reconocer que fruto de esta relación extramatrimonial fuera concebido el hijo nacido constante matrimonio. Por otro lado, no puede colegirse de dicha manifestación valorada aisladamente la consecuencia pretendida por la parte apelante, ya que dicho interrogatorio debe valorarse en su conjunto, y después del visionado del CD del acto de la vista en esta alzada, se constata que en ningún momento el Sr. Feliciano reconoció ser conocedor de que no era el padre biológico de Elias, al contrario sus respuestas fueron contundentes en cuanto a la ignorancia de tal hecho, así como las explicaciones dadas en relación a los hechos que narro a lo largo de su interrogatorio en que nada podía hacerle pensar que no fuera el su padre.

En cuanto a la prueba testifical, del Dr. Juan Carlos y la Letrada la Sra. Ribas, contratada por la Sra. Concepción en el proceso de separación y divorcio, nada acreditan, ya que como ya lo valora la sentencia, el hecho objeto de acreditación, que el Sr. Feliciano ya sabía que no era el padre biológico de Elias, se lo manifestó la misma Sra. Concepción, en ningún caso esta ratificado con otra prueba.

En cuanto al informe pericial de la Doctora la Sra. Lina, como ya lo valora la sentencia de instancia, la misma perito se ratificó en el acto de la vista en su informe que obra en autos en el que ya consta, que y a preguntas de las Letradas de las partes reitero que de los informes médicos que obran en autos no se evidencia que el Sr. Feliciano tuviera una imposibilidad para concebir y si solo una dificultad.

En cuanto a la valoración de la actuación del Sr. Carlos Alberto al comunicarle Elias que no era hijo suyo, al efectuarse las pruebas de paternidad.

Señalar que si algo acredita esta actuación es que efectivamente no era conocedor de que no era su padre biológico, y que para ratificar lo que le dijo el que hasta entonces había creído era su hijo entra dentro de la lógica del comportamiento humano de una persona que siempre había creído sin duda alguna que el hijo nacido en su matrimonio era su hijo biológico.

A ninguno de los testigos, amigos del actor y anteriormente amigos de ambas partes tenían conocimiento ni nunca el Sr. Feliciano les manifestó que Elias no era hijo suyo.

En definitiva estima la Sala que se llega a la misma conclusión fáctica de la sentencia de Instancia de que no encontramos base para dar por acreditado que el actor conocía su no paternidad, sino que las pruebas evidencian que la Sra. Concepción ocultó durante 22 años al Sr. Feliciano que Elias no era su hijo, en consecuencia dicha conclusión no es fruto de una errónea valoración de la prueba que se denuncia en el recurso, sino una deducción suficientemente razonada en la sentencia apelada, que no es desvirtuada con las alegaciones que al respecto se hace en la impugnación de la sentencia.

Debiendo desestimarse los motivos de impugnación formulados.



QUINTO.- Como segundo motivo del recurso de apelación se invoca un error en la valoración de la prueba en cuanto a la cuantificación del daño moral. Que la resolución adolece de una falta de motivación en cuanto a las circunstancias concurrentes en el presente caso.

Indemniza la sentencia de instancia, con 10.000 euros, tras constatar el daño psicológico sufrido por el actor constatado en los informes médicos. Después de estimar excesiva la cuantía de 150.000 euros reclamada por el actor.

Sobre el daño moral dice la *Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2008* que "Aunque el daño moral no se encuentre específicamente nominado en el *Código Civil*, tiene, ciertamente, adecuado encaje en la exégesis de ese amplísimo "reparar el daño causado" que emplea el artículo 1902, como tiene declarado esta Sala a partir de la *Sentencia de 6 de Diciembre de 1912*, y como se recuerda en la *Sentencia de 14 de julio de 2006* de continua referencia.

La construcción del referido daño como sinónimo de ataque o lesión directos a bienes o derechos extrapatrimoniales o de la personalidad peca hoy de anticuada y ha sido superada tanto por la doctrina de los autores como de esta Sala. Así, actualmente, predomina la idea del daño moral, representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cuanto si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad (ofensas a la fama, al honor, honestidad, muerte de persona allegada, destrucción de objetos muy estimados por su propietario, etc). De ahí que, ante, frente, o junto a la obligación de resarcir que surge de los daños patrimoniales, traducido en el resarcimiento económico o dinerario del "lucro censans" y/o "damnum emergens", la doctrina jurisprudencial haya arbitrado y dado carta de naturaleza en nuestro derecho a la reparación del daño o sufrimiento moral, que si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado.", y que, como señala la misma Sentencia, con cita de otras, si bien "los daños morales en sí mismos carecen de valor económico, no por eso dejan de ser indemnizables, conforme a conocida y reiterada jurisprudencia civil, en cuanto actúan como compensadores en lo posible de los padecimientos psíquicos irrogados a quien se puede considerar víctima, y aunque el dinero no actúe como equivalente, que es el caso de resarcimiento de daños materiales, en el ámbito del daño moral la indemnización al menos palía el padecimiento en cuanto contribuye a equilibrar el patrimonio, permitiendo algunas satisfacciones para neutralizar los padecimientos sufridos y la afección y ofensa que se implantó, correspondiendo a los Tribunales fijarlos equitativamente".

El Tribunal Supremo tiene dicho que puede existir daño moral en el caso de la madre que oculta de forma dolosa que el vínculo biológico que creía tener el padre con su hijo es inexistente (*sentencia de 22 de julio de 1999*).

Es palmario que, que el conocer que el hijo que uno tiene por suyo no lo es comporta un daño emocional grave y evidente por la pérdida del vínculo paterno filial ejercido hasta dicho momento, en este caso durante 22 años.

En el caso que resolvemos es claro que la constatación de que el actor se creía padre de su hijo Elias y así se inscribió como matrimonial y él descubrir que no lo es cuando el hijo ya cuenta con 22 años ha de conllevar necesariamente, un impacto psíquico o emocional en quien se creía progenitor que merece ser indemnizado. El actor ha acreditado que el mismo ha estado sometido a tratamiento médico así consta acreditado en autos y fue ratificado por la Psicóloga la Sra. Violeta en el acto de la vista.

Ciertamente, el daño moral plantea siempre el problema tanto de su constatación como de su cuantificación. En palabras del Tribunal Supremo, el daño moral es el daño no susceptible de ser evaluado patrimonialmente y que consiste en un menoscabo tanto del ámbito moral en estricto sentido, como del ámbito psicofísico; identificándose con los sufrimientos, padecimientos o menoscabos que no tienen directa o secuencialmente una traducción económica (*sentencia del Tribunal Supremo 583/2015, de 23 de octubre*).

Y en relación a su contenido económico, la jurisprudencia señala que este tipo de daño no puede valorarse con pruebas objetivas, pero ello no excusa ni imposibilita que los tribunales lo cuantifiquen, atendiendo para ello a las circunstancias concurrentes en cada caso. También ha dicho el *Tribunal Supremo que no son admisibles las indemnizaciones de carácter meramente simbólico (sentencia 261/2017, de 26 de abril)*.

En el presente caso, la indemnización reconocida por la sentencia de instancia, de 10.000,00 euros, entendemos que resulta insuficientes a las circunstancias concurrentes. Hay que tener en cuenta tres factores importantes: primero, que en todo momento el actor fue ajeno al engaño hasta que Elias se lo comunicó, al tiempo transcurrido 22 años y a la efectiva relación afectiva que les ha vinculado a lo largo de estos 22 años y en que el padre ha ejercitado sus funciones paterno-filiales cuidando y velando en todo momento por su hijo como así lo ha admitido la misma Sra. Concepción, por ello se estima ajustada a



derecho y proporcionada a las circunstancias concurrentes la fijación de una indemnización de 40.000,00 euros.

SEXTO- Y por último en cuanto a la acción de responsabilidad extracontractual por daños materiales, la parte actora en su demanda reclamaba por los siguientes conceptos:

Coste de la manutención de Elias desde su nacimiento NUM000 -1994 hasta la firma del convenio de separación 4-06-2004, 79.799,94 euros, que por analogía con el periodo en que hay un convenio de separación la parte actora lo cuantifica en 648,78 euros mensuales multiplicado por los 123 meses de duración de dicho periodo.

Se reclama también el importe del coste de las pruebas de paternidad realizadas el 16 de agosto de 2016, por importe total de 500,00 euros

La pensión de alimentos que el actor abonó desde la firma del convenio regulador de separación de fecha 4-6-2004 hasta el 31-8-2012, 70.069,68 euros.

Periodo universitario desde el inicio de los estudios en fecha 6-9-12 al 31-8-2016, fecha en que el actor tiene conocimiento que no es el padre biológico de Elias y deja de abonar la cantidad de 700,00 euros mensuales, 36.700,00 euros. En total se reclama la cuantía de 187.069,62 euros.

En relación a dicha acción la parte demandada en su contestación a la demanda opuso la inadecuación del procedimiento, inexistencia de dolo ni de daño moral, improcedencia de la devolución de alimentos por no tener efectos retroactivos y prescripción de la acción.

Con relación a los tres motivos de oposición, la inadecuación del procedimiento, inexistencia de dolo ni de daño moral, ya han sido resuelto en los Fundamentos jurídicos anteriores.

Y en cuanto a la prescripción de la acción solo cabe ratificar lo resuelto al respecto en la sentencia de Instancia, acreditado que el actor tuvo conocimiento de que el que hijo nacido en el matrimonio no era su hijo biológico ha quedado acreditado tuvo lugar cuando el mismo Elias así se lo comunica en agosto de 2016, y la demanda se interpone en diciembre de 2016, no estando en consecuencia prescrita la acción ejercitada de conformidad con lo establecido en el Art 121-21.3 del CCCat . que fija un plazo de tres años para el ejercicio de la acción por responsabilidad extracontractual.

No cabe duda de la procedencia de dicha acción. Si bien es cierto, como se ha señalado anteriormente la STS 22.7.1999 -que consideró inaplicable el art. 1902 CC al caso lo fue por no apreciar dolo en la conducta de la demandada, que conoció la paternidad biológica de su hijo cuando éste ya tenía veinticuatro años-, y la discusión estaría en si es suficiente la culpa, además, lógicamente, del hecho dañoso y nexo de causalidad.

La STS de fecha 24/04/2015 , invocada en la contestación a la demanda oponiendo la improcedencia de la devolución de alimentos por no tener efectos retroactivos, dicha sentencia desestima el desembolso de las cantidades pagadas como pensión por alimentos a favor de una hija tras declarase la inexistencia de relación de filiación, sin embargo dicha sentencia lo hace en base a que la acción ejercitada lo era por cobro de lo indebido, ya que en el supuesto contemplado en dicha sentencia no se ejercitó la acción por responsabilidad extracontractual al estar la misma prescrita, y la misma sentencia ya recoge al respecto:

"El problema jurídico que plantea el recurso se contrae a determinar si se puede admitir la acción de enriquecimiento injusto derivada del *artículo 1895 del CC* , para la devolución con carácter retroactivo de los alimentos entregados a una hija menor, como consecuencia de una sentencia que declara la inexistencia de relación paterno filial, precedida de un proceso de impugnación de aquella, que hace desaparecer esta obligación no "ex nunc" sino "ex tunc".

Todo ello a partir de un motivo único en el que se denuncia la infracción del *artículo 1895 CC* , en relación con la jurisprudencia que lo interpreta y con las contradicciones existentes entre Audiencias Provinciales.

Esta Sala no se ha pronunciado de forma expresa sobre la acción que ha de ejercitarse para reclamar los alimentos pagados por quien se creía progenitor y posteriormente resulta que no lo es, como tampoco sobre la retroactividad de los efectos de la sentencia que declara la inexistencia de relación paterno filial en cuanto a la obligación de devolver alimentos cuyo importe había sido fijado previamente en una sentencia de divorcio. Las *sentencias de 22 de julio de 1999 y 14 de julio de 2010* no responden a supuestos iguales. Se refieren a casos de padres que habiendo tenido hijos de su matrimonio, se habían separado y descubren después de la interposición de demandas de paternidad que uno de los hijos del matrimonio no era hijo biológico suyo y solicitan la indemnización correspondiente por una contribución indebida a las cargas del matrimonio. En ambos casos la acción ejercitada no fue discutida por las partes, lo que no ocurre en este caso en el que la parte ahora recurrente no ejercita en la demanda la acción del *artículo 1902 del CC* , que ni siquiera menciona,



sino la del *artículo 1895 del CC* . Tampoco se pronuncian sobre si constituye justa causa la existencia de una sentencia fijando alimentos que impide la posibilidad de apreciar la existencia de un cobro de lo indebido después de declararse la inexistencia de la obligación."

Y continua diciendo :

"1. La Sentencia recurrida descarta que se pueda subsumir el caso bajo las reglas del cobro de lo indebido, sino que lo sería bajo las reglas del *artículo 1902 del CC* , por lo que la acción estaría prescrita, dado que el actor había tenido perfecto y cabal conocimiento de que la hija no era suya, mediante la notificación de la *sentencia de 2 de septiembre de 2008* , y, en cualquier caso " *no existe base jurídica para estimar la acción de reembolso por cobro de lo indebido de pensiones alimenticias* ". La Sentencia de Primera Instancia había subsumido el deber de restitución bajo las reglas de la "*repetición de lo indebido* ", del *artículo 1895 CC* , tal y como había sido configurada la demanda, y no en el *artículo 1902 CC* , siendo aquella y no esta la norma sobre la que versa el recurso, puesto que la acción deducida no tiene como fundamento un daño causalmente vinculado a la infidelidad de la madre y consiguiente nacimiento de una hija que ha sido considerada, hasta la impugnación de la filiación, como matrimonial, cuyo importe se cifra en lo pagado por alimentos, sino en el pago indebido de estos".

Supuesto en consecuencia distinto al presente en que la acción ejercitada lo de responsabilidad extracontractual del Art 1902 del CC ., y para cuya viabilidad solo cabe remitirnos de nuevo a lo señalado en la STS de fecha 22/07/1999 .

Como hemos señalado anteriormente sobre la carga de la prueba -El *art.217 de la LEC* , en su apartado 2 regula la carga de la prueba en general e impone al actor la prueba de la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda o de la reconvencción, y a los demandados en éstas la de los que impidan extingan o enerven la eficacia de los primeros.

Dentro de esta carga de la prueba la de la indemnización de daños y perjuicios incumbe a la actora y la de su cuantificación que se valorará de forma prudencial por el órgano judicial, conforme a criterios objetivos y razonables, con estricta observancia del Principio de Congruencia que rige el proceso civil y atendiendo a la finalidad de garantizar al perjudicado la reposición, restauración o restablecimiento del bien, derecho o interés lesionado, en toda su integridad, al momento en que se liquida el daño o quebranto sufrido, como pone de manifiesto, entre otras, la *Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2004* . .

En el caso presente ha quedado acreditado la actuación dolosa de la demandada al mantener en la creencia al actor de que el hijo nació en el matrimonio era hijo suyo, como tampoco cabe duda la procedencia de la reclamación de la pensión que a partir de la separación el actor ha venido abonado y que acreditada en su demanda, en las cuantías reclamadas y que se efectuó el pago no es objeto de controversia por la parte demandada ni consta error alguno en su cálculo, así como los gastos derivados de la práctica de la prueba de paternidad, daños patrimoniales acreditados, así como su relación de causalidad con la actuación dolosa de la demandada. En la cuantía total por dichos conceptos de 107.269,68 euros.

Mayores dificultades presenta la reclamación en concepto de alimentos, reclamada con anterioridad a la sentencia de separación, que como la misma parte actora admite en su demanda son difíciles de cuantificar acudiendo para su cuantificación por analogía a la cuantía que en concepto de pensión de alimentos que ha venido satisfaciendo reclamando por tal periodo el importe de 79.799,94 euros

Tenemos que partir, como se recoge en la jurisprudencia referida anteriormente que para la procedencia de la acción del ART 1902 CC , el actor debe acreditar el daño efectivamente producido.

En el caso presente, los alimentos que el actor reclama fueron abonados dentro el ámbito de una relación matrimonial en que se dan un entramado de relaciones personales y económicas y en que los cónyuges asumen en cada entorno familiar el pago de las cargas familiares en el modo y forma que estiman más idóneo, y aún admitiendo que forzosamente el actor contribuyo al mantenimiento del que durante 22 años creyó era su hijo biológico , lo que no ha quedado acreditado es la cuantificación de dicho importe, ya que no podemos fijar una cuantía ni aproximada ni por analogía como pretende el actor sino que la cuantía a fijar a de responder al perjuicio real sufrido y en este caso, no cabe duda por la dificultada de la prueba del perjuicio a indemnizar no se ha acreditado.

Lo que ha de conllevar a la desestimación de la fijación por dicho concepto de la indemnización reclamada. Ascendiendo en consecuencia la cuantía a indemnizar por daños patrimoniales acreditados en 107.269,68 euros (70.069,68+36.700,00+ 500,00), más la cuantía fijada en concepto de daño moral fijada en 40.000,00 euros la cuantía total a indemnizar por la demandada ascenderá a 147.269,68 euros.



Por todo lo anteriormente expuesto procede la estimación parcial del recurso de apelación y la desestimación de la impugnación formulada.

SÉPTIMO- Al estimarse parcialmente el recurso de apelación no se hará pronunciamiento expreso en materia de costas en esta alzada y al desestimarse la impugnación las costas de esta alzada se impondrán a la parte impugnante, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el art 398 de la LEC

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación

FALLO

QUE ESTIMANDO parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación procesal de D. Feliciano y que **DESESTIMANDO** la impugnación formulada por la representación procesal de D^a Concepción contra la sentencia dictada en fecha 18 de octubre de 2017 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Girona en los autos de Filiación nº 2034/2016 de los que dimana el presente rollo, **SE REVOCAPARCIAMENTE** la expresada resolución, en el siguiente sentido:

La indemnización por daño moral se fija en 40.000,00 euros; la indemnización por daños patrimoniales en 107.269,68 euros, condenando a la demandada D^a Concepción a abonar al actor D. Feliciano la cuantía de 147.269,68 EUROS, manteniendo en todo lo demás los pronunciamientos del Fallo de la sentencia de Instancia.

En materia de costas en esta alzada no se hace pronunciamiento expreso en relación al recurso de apelación y se imponen a la parte impugnante en relación a la impugnación formulada.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación en los supuestos del número 3º del artículo 477.2 LEC y recurso extraordinario por infracción procesal cumulativamente (D.F. 16ª, 1.3ª LEC). También cabe recurso de casación, en relación con el derecho civil catalán, sustantivo y procesal, en los supuestos del artículo 3 de la Llei 4/2012. El/los recursos debe/n ser interpuesto/s ante esta Sección en el plazo de veinte días.

Y firme que sea esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.