



NEUQUEN, 26 de septiembre de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "R. N. A. C/ R. A. R. S/ RECLAMACION DE FILIACION", (JNQFA4 EXP N° 40367/2009), venidos en apelación a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Medori, dijo:

I.- Que la parte actora interpone recurso de apelación contra la sentencia definitiva del 26 de septiembre del 2016 obrante a fs. 274/282, expresando agravios a fs. 285/289 y vta.

Cuestiona la cuantificación del daño moral efectuada por la sentenciante al fijar la suma de pesos sesenta mil \$60.000, habiéndose petitionado la suma de pesos ciento cincuenta mil \$150.000, y que no se haya considerado a su favor que el accionado supo en todo momento que era su padre dado que fue reconocido a los 13 años y luego de haber sido notificado de la presente demanda.

Afirma que para la cuantificación del daño se deben tener presente las concretas repercusiones que la conducta omisiva ha provocado, así deben indemnizarse las aflicciones, sufrimientos o perturbaciones en los sentimientos que se derivaron de la actitud del demandado.

Alega que por más de una década fue discriminado por su padre dado que era conocido como el hijo de un renombrado comerciante del pueblo generando una minusvalía social; siendo notable la declaración testimonial -no considerada por la Magistrada- de la Sra. C. D. quien da cuenta del daño sufrido durante toda la escuela primaria por la ausencia paterna, falta de ocupación y asistencia económica.

Con relación al rechazo del rubro daño material por perdida de chance, afirma que se ha realizado una errónea



apreciación de la prueba al sentenciar que no ha sido demostrado acabadamente que la falta de reconocimiento ha generado en el hijo no reconocido la privación de la posibilidad de acceder a una mejor calidad de vida.

Critica que sólo se han considerado las testimoniales ofrecidas por la parte demandada, las que -en su opinión- tampoco acreditan el aporte alimentario por parte del accionado hacia su persona, tal como lo entendió la juez de grado quien consideró que "... por el contrario, el demandado ha demostrado que pese a haber omitido reconocer su paternidad, ha efectuado aportes alimentarios en especie y en dinero (cfr. declaraciones testimoniales de fs. 207/208/209/210/214).

Destaca la falta de consideración del contenido de las testimoniales ofrecidas por su parte de las que resulta que R. no hizo aportes económicos sino que fue su madre quien durante el embarazo hasta la sentencia de alimentos de fecha 15/05/2015 dictada en autos caratulados "R. N. A. c/ R. A. s/ Alimentos para los hijos" expte Nro. 50849/2011), se hizo cargo de la manutención de manera exclusiva dado que por parte del demandado sólo ha recibido aportes de manera esporádica, sin continuidad ni relevancia alguna.

Agrega que con las declaraciones de J. P., Y. M. y S. R. se acredita que aportaba "...ropa, zapatillas, útiles," pero que no existen aportes económicos acreditados mediante recibos o constancias de depósitos bancarios.

Señala especialmente la declaración de la Sra. C. D., docente del equipo directivo de la escuela primaria a la que concurrió desde 3° hasta 7° grado, quien dijo "...N. tenía muy buena capacidad intelectual sin problemas de aprendizaje sólo relacional y en lo social, sabía que pasaba muchas horas sólo debido a que su madre debía hacer horas extras a los fines de obtener mayores ingresos a pesar que R. era dueño de un corralón de materiales y de un bolicheailable".



Considera indemnizable la pérdida de chance al no haber sido reconocido el actor por su padre hasta la demanda de filiación cuando tenía 13 años de edad, pese que el A- quo sostenga que "las privaciones económicas que en concreto ha invocado el actor, no acredita que tales carencias se hubieran evitado si el accionado hubiera reconocido su paternidad" (la frustración de poder acceder a una educación más completa estudiando inglés, tener una bicicleta o formarse como jugador de tenis o básquet, haber gozado de viaje de vacaciones, ir al cine, haber contado con un televisor o una computadora, ropa adecuada", etc., etc..

Reprocha la afirmación del A quo en punto a que "...si la progenitora aguardó más de trece años para promover la acción de filiación y durante todo ese lapso recibió sin cuestionamiento alguno de los aportes alimentarios efectuados por el demandado, ha de entenderse que los estimó adecuados a las posibilidades de éste, máxime si se considera que en autos, no se ha acreditado que el Sr. R. tuviera ingresos que le hubieran permitido abonar una cuota alimentaria más alta"; trasladando de este modo la responsabilidad que le cabe al padre por la falta de reconocimiento del hijo y la falta de un aporte económico adecuado, hacia la madre.

Enfatiza que tal reproche corresponde hacerlo al demandado más no a la progenitora, bajo ningún fundamento la inacción de la madre puede llevar a rechazar o disminuir indemnización alguna, ni atenuar la responsabilidad del demandado, dado que no es la finalidad en éste proceso toda vez que, la pretensión es compensar el daño sufrido por ésta parte ante la falta de emplazamiento oportuno.

En virtud de ello, solicita se revoque la decisión impugnada haciendo lugar al rubro reclamado por pérdida de chance, fijándose el monto por dicho concepto.

En punto a las costas, señala que la A quo debió fijarlas conforme lo dispuesto por el art. 68 del C.P.C. y C.;



por cuanto el demandado se allanó a la pretensión de emplazamiento resultando ésta parte vencedora, y además el accionado rechazó cualquier tipo de indemnización habiendo sido condenado a abonar el daño moral, resultando también vencedora.

Indica que la sentenciante erróneamente aplicó el art. 71, distribuyendo las costas en un 60% a cargo de ésta parte y en 40% a cargo del accionado siendo el obrar malicioso y antijurídico del demandado y su actitud renuente a efectuar el reconocimiento lo que condujo a ésta parte a demandarlo. Consecuentemente, pide se revoque e impongan expresamente a la contraria.

Corrido el pertinente traslado la parte demandada contesta a fs. 291/292 y vta.

Señala preliminarmente que se incumplen los requisitos formales de los arts. 253 y 265 del CPCC, dado que el actor solo manifiesta su disconformidad limitándose a reclamar un monto mayor pero sin fundar los errores de la juez de grado.

En punto al daño moral dice que el monto ha sido prudencialmente fijado, debiendo ser confirmado. Y en relación al daño material por perdida de chance, agrega que omite producir prueba alguna, así no acredita que sus hermanos por parte del padre hubieran viajado al exterior, tampoco que fuera un deportista de elite presuponiendo que la ausencia de aportes económicos hace por si sola tener por acreditada la perdida de chance.

Concluye que tampoco podrá ser valido el reclamo efectuado en punto a las costas, debiendo ser confirmada la decisión de grado, por cuanto de los rubros reclamados sólo prospero el daño moral y en un monto bastante inferior al peticionado, habiéndose rechazado los demás rubros pretendidos.



II.- Ingresando al estudio de la cuestión traída a entendimiento resulta que la decisión en crisis resolvió declarar abstracta la pretensión de reclamación de filiación de la paternidad extramatrimonial deducida por el actor, en virtud del reconocimiento de la paternidad efectuado por el demandado; a continuación, hizo lugar a la indemnización por daño moral reclamada por N. A. R. contra A. R. R. fijó la suma de pesos 60.000,00, y rechazó el reclamo de indemnización en concepto de pérdida de chance, por incumplimiento del débito alimentario y de daño psicológico; de igual forma, el planteo de pluspetición inexcusable por la parte demandada; mientras que las costas causídicas las distribuye en un 60% a cargo de la actora y en un 40% a cargo del accionado (art. 71 CPCC).

Para así decidir, consideró que el daño moral no requiere ser acreditado en supuestos como el de autos, por cuanto conforme lo indica la doctrina mayoritaria, "el daño se presume, es decir, opera in re ipsa a partir de la conducta ilícita, por cuanto la actitud omisiva del progenitor genera un daño para el hijo no reconocido, desde que se afecta su derecho al nombre, a conocer su identidad, a la personalidad y al de quedar emplazado en el estado de familia que le corresponde, con todos sus efectos propios; además de influir negativamente en la vida social desde que la portación del apellido materno es visto con desvalor por gran parte de los miembros de la sociedad".

Por tal motivo, tuvo por configurado el daño moral invocado por el actor ponderándose a su favor, que el accionado supo en todo momento que era padre del niño y recién lo reconoció cuando éste tenía 13 años y luego de haberse notificado de la presente demanda, siendo dable presumir que la imposibilidad de ostentar el apellido paterno durante todo ese tiempo le ha producido sufrimientos, máxime si se considera que el actor, se ha visto privado de portar su apellido paterno durante toda la escolaridad primaria, más



allá de que surja de la prueba rendida en autos que el actor siempre se referenció como hijo del demandado y así era considerado en el contexto social en el que se desarrolló.

Así justipreció el monto, estimando justo y equitativo fijar la indemnización a abonar por parte del Sr. A. R. R. en concepto de daño moral al Sr. N. A. R. en la suma de \$ 60.000,00 consolidado a la fecha de la presente sentencia.

En punto al daño material por incumplimiento del débito alimentario, razonó que el reclamo debe rechazarse sin mayores análisis dado que no resultan indemnizables los alimentos no percibidos, sino que el reclamo se encuentra absorbido por la pretensión de indemnización en concepto de pérdida de chance, es decir la falta de una posibilidad razonable de obtener una ganancia o evitar una pérdida, quedando al prudente arbitrio judicial la fijación de la suma, de acuerdo con las particularidades del caso. Así, rechazó el reclamo por incumplimiento del débito alimentario, analizando la procedencia del reclamo por pérdida de chance.

Luego, estimó que la pérdida de chance no puede presumirse por el sólo acaecimiento del hecho ilícito sino que debe ser demostrada; pero que en el sub- lite no se demostró acabadamente que la falta de reconocimiento ha generado en el hijo no reconocido la privación de la posibilidad de acceder a una mejor calidad de vida, esto es, las privaciones económicas invocadas como la frustración de poder acceder a una educación más completa estudiando inglés, tener una bicicleta o formarse como jugador de tenis o básquet para desarrollarse profesionalmente en alguna de esas actividades, haber gozado de un viaje de vacaciones, ir al cine (para lo cual debía trasladarse a Neuquén), haber contado con un televisor en su habitación, una computadora o ropa adecuada.

La Magistrada considera que no se ha acreditado que dichas carencias se hubieran probablemente evitado si el



accionado hubiera reconocido su paternidad, diciendo "...por el contrario, el demandado ha demostrado que pese a haber omitido reconocer su paternidad, ha efectuado aportes alimentarios en especie y en dinero (cf. Declaraciones testimoniales de fs. 207/208, 209/210 y 214) y surge de esa misma prueba que los hermanos mayores del actor -que contaron siempre con emplazamiento paterno- hayan podido acceder a los bienes y servicios que el actor invoca como frustrados. Tan es así que ninguno de los hermanos mayores ha completado la educación secundaria, no han hecho viajes al extranjero, ni acceso a bienes de lujo ni posibilidad de estudiar el idioma inglés tal como se desprende de las testimoniales mencionadas en el párrafo anterior; para concluir rechazando el rubro.

III.- Del análisis de las actuaciones se extrae que la M. E. B. inició en representación de su hijo N. A. B., demanda de reclamación de filiación extramatrimonial y de resarcimiento de daños y perjuicios por la suma de pesos trescientos cincuenta mil (\$350.000) contra el A. R. R. el 16 de junio de 2009 cuando el niño tenía 13 años.

Narra que se vinculó con el demandado A. R. formando pareja públicamente en el año 1992, quien ya contaba con tres hijos de su matrimonio. Así, en enero de 1995 le comunicó su estado de gravidez al accionado, quien con una actitud elusiva se retiró de la casa de la Sra. B. y avocada a su incipiente embarazo, dio a luz a N. A. el 8 de septiembre de 1995 siendo los abuelos quienes solventaron todos los gastos, necesidades previas y de internación.

Señala que pese a la holgada situación económica y actividad comercial desarrollada por el accionado, jamás asistió económicamente a su hijo ni con dinero ni materiales de su corralón; por ello con fecha 7/12/2007 remitió carta documento intimándolo a efectuar el reconocimiento de paternidad y emplazar en el estado de hijo al niño



inscribiéndole ante el Registro de estado y capacidad de las Personas siendo la respuesta de éste, el silencio.

De esta manera, acciona judicialmente reclamando daño moral, y como daño patrimonial los derivados por el incumplimiento del debito alimentario, daño psicológico y perdida de chance; advirtiéndole que: "...A tenor de los requerimientos insatisfechos de N. quien demuestra ser proclive a las actividades deportivas, en el presente juicio de filiación en que se reclaman daños patrimoniales, lo resarcible en la chance perdida es, la frustración y/o falta de la posibilidad de acceder a una educación más completa estudiando el idioma inglés, poseer una bicicleta, formarse y adiestrarse como jugador de tenis o básquet para desarrollarse en el futuro como profesional en actividades deportivas citadas. Deben incluirse también entre las chances perdidas, posibilidad de gozar de algún viaje de vacaciones, ir alguna vez al cine (debiendo trasladarse a Neuquén), en fin, la posibilidad de haber gozado de una vida sin tantas restricciones: haber contado con un televisor en su habitación, una computadora, ropa adecuada. Y no tener que realizar "changas" desde muy niño, pese a la holgura económica de quien el menor conoce, es su progenitor" (cfr. fs. 23).

A fs. 120 se presenta A. R. R. contesta demanda, allanándose a la pretensión de filiación por haber efectuado el reconocimiento de N. A. con fecha 27 de septiembre de 2010 conforme surge del acta N° 116 agregada a fs. 116. Además, peticona la apertura de cuenta judicial para depósito judicial de alimentos por la suma de pesos seiscientos (\$600) con fecha 29/09/2010; rechaza la procedencia de los rubros indemnizatorios describiendo las conductas que cumplió a favor del hijo desde que nació y el vinculo con sus otros tres hermanos de un matrimonio anterior.



Adquirida la mayoría de edad, el 24 de febrero de 2014, se presenta N. A. R. con nuevo patrocinio, solicitando se abra la causa a prueba.

IV.- Que los agravios, que cumplen los recaudos del art. 265 del CPCyC, al cuestionar la evaluación que se hace en la sentencia del marco probatorio respecto a la insuficiente cuantificación del perjuicio no patrimonial (moral) y por falta de acreditación del material por pérdida de chance, imponen abordar todos los aspectos que se integran al daño, como uno de los elementos de la responsabilidad que obliga a repararlo, particularmente en el caso por haber afectado a un niño, y en tal sentido estimo oportuno señalar como punto de partida que:

"...respecto a la reparación del daño sufrido, cabe atender que el derecho de toda persona a que se respete su integridad física, psíquica y moral está expresamente garantizado en el art. 5° de la Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que tuvo recepción legislativa a través de la Ley N° 23054, y adquirió la misma jerarquía que las propias cláusulas de la Constitución Nacional por imperio de su art. 75, inc. 22), conforme reforma del año 1994.

"Constituye un derecho no enumerado y garantizado implícitamente por la Constitución Nacional (art. 33), que la víctima de un menoscabo a bienes jurídicamente tutelados, como en el caso, la integridad psicofísica, perciba una compensación económica por el daño sufrido si se da el supuesto de que resulta imposible volver las cosas a su estado anterior.

"La CSJN ha inferido el derecho a la reparación del principio general de no dañar a otro (alterum non laedere) también ínsito en el primer párrafo del art. 19 de la Constitución Nacional ("Santa Coloma" Fallos, 308:1160, "Aquino" Fallos 327:3753), así como en sus arts. 17 y 18 C.N.



"La reparación de los daños sufridos ilícitamente corresponde al derecho que las personas tienen a verse libres y, por ende protegidas de toda interferencia arbitraria (o ilegal) en el ejercicio de sus derechos, sea que ésta provenga de particulares o del Estado. Este derecho básico a la autonomía e inviolabilidad de la persona subyace a la lista del art. 14 y al principio enunciado en el artículo 19, mientras que el derecho a reclamar su protección se encuentra establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional" (CSJN, "Diaz, Timoteo" Fallos 329:473 Voto Dra. Argibay).

"Los arts. 1109 y 1113 del Cód. Civil consagran al principio general establecido en el art. 19 CN que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero. El principio alterum non laedere, entrañablemente vinculado a la idea de reparación tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica". (CSJN "Günter" - Fallos 308:1118).

"Oscar Puccinelli expresa que el derecho a la reparación es un derecho perfectamente extraíble de las normas que explicitan algunos de sus contenidos, ya sea por la vía de los arts. 17 y 41; la del art. 75, inc. 22 (por los tratados sobre derechos humanos jerarquizados); o la del art. 33, que haría confluir a todas ellas a la vez. También entiende que la existencia concreta y palpable de un derecho fundamental a la reparación, surge de lo establecido en el art. 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Derecho constitucional a la reparación", E.D. 167-969).

"La Corte Suprema ha señalado que indemnizar es eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento (Fallos 283:212, "Aquino" Fallos 327:3753-Petrachi - Zaffaroni, "Cuello" Fallos 330:3483, -Lorenzetti).



“La acción enderezada a obtener la reparación por la lesión al derecho personalísimo como lo es la integridad psicofísica, está contemplada tanto en el C.Civil como en el actual CCyC dentro de la genérica función resarcitoria regulada por la responsabilidad civil, antes extracontractual y contractual, ahora unificada, comprensiva de la reparación del daño moral, y que actualmente con mayores alcances fue regulado bajo la denominación “consecuencias no patrimoniales”.

“El deber genérico de no causar daño a otros en su persona y en sus bienes, “alterum non laedere”, con rango de “deber jurídico” latente en el C.Civil (arts. 1066, 1068, 1072, 1086, 1109, 1113), es confirmado en la nueva redacción del art. 1716 del CCyC al imponer de manera más categórica, bajo el título “Deber de reparar”, que “La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme a las disposiciones de este Código”, y particularmente en punto al recaudo de la antijuridicidad, al disponer en su art. 1717 que cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada, superando los alcances del anterior art. 1066 del C.Civil que la equiparaba con la transgresión de una prohibición expresa dispuesta por una norma.

“Por ello, atendiendo al fundamento constitucional de la función reparadora del daño, el nuevo CCyC ha unificado ambas órbitas de responsabilidad - contractual y extracontractual- y ha incorporado importantes cambios dirigidos a ampliar la caracterización y mejorar la enunciación de los elementos de la responsabilidad civil, siempre en relación al daño resarcible (art. 1737), los factores de atribución (arts. 1721 y 1724), la antijuridicidad (art. 1717), y el nexo de causalidad (art. 1726), se han mantenido los mismos recaudos que se exigían bajo el régimen



del C.Civil y que, por otra parte, fueron aplicados en la sentencia de grado.

"Con mayor precisión, respecto a la indemnización del daño, el actual art. 1738 del CCyC prescribe que aquella comprende: "la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances.

"Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida".

"Mientras el C. Civil sobre el daño patrimonial estipulaba que: "Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades" (art. 1068), el actual art. 1737 del CCyC prescribe que lo hay "cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva".

"Por ende, el daño patrimonial reside en un resultado económico, y no en la preexistente lesión del derecho o del interés que genera ese resultado. ¿Acaso se dirá que un hecho sin consecuencia económica disvaliosa (perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria) produce daño patrimonial? El daño patrimonial provendrá de la lesión de un interés económico vinculado con la preservación de un bien (patrimonial o extrapatrimonial); pero la lesión del interés no es el daño sino su causa generadora. ..no deben confundirse las lesiones que puede inferir un determinado hecho (en el caso, las ocasionadas a la integridad somática y síquica de la



persona) con el o los daños resarcibles que aquellas lesiones pueden producir. La lesión entraña la afectación de determinada esfera de la persona.

"El daño versa sobre las concretas consecuencias o efectos disvaliosos, es decir, consiste en el producto o resultado negativo de la violación del derecho, bien o interés de la víctima. No siempre surge un perjuicio resarcible a pesar de la causación de determinadas lesiones. Por ejemplo, no existe daño material alguno, a pesar del menoscabo de la integridad sicofísica, para quien ha visto cubiertos sus gastos terapéuticos por un ente mutual, no ha sufrido pérdida de ganancias durante el período de curación y no experimenta secuelas incapacitantes o aminorantes ulteriores." (p. 48 vta. y 73 Matilde Zabala de Gonzalez, Resarcimiento de daños 2a, daños a las personas, integridad sicofísica).

"... Finalmente, el nuevo ordenamiento en su art. 1740 impone que la reparación del daño debe ser plena y que ello consiste en restituir la situación de la víctima al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie, pudiendo aquella optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero." (esta Sala III en "CERVERO ROCAMORA ROSER Y OTRO C/ HIDALGO CLAUDIA ELIZABETH Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C-LESION O MUERTE" (Expte. N°422099/2010, Sent. 28.06.2916).

Que si bien llega consentido a la Alzada haberse acreditado la concurrencia de los cuatro elementos de la responsabilidad civil a los fines de la condena por la reparación del perjuicio moral sufrido por el actor: la antijuridicidad, el factor de atribución (culpa grave y dolo), el daño y la relación de causalidad entre el perjuicio y la conducta censurada, consistente en la omisión del reconocimiento filiatorio oportuno, a su respecto esta Sala III se ha expedido acerca de esta particular materia y el



mismo rubro bajo el imperio del Código Civil, que resulta aplicable al presente por sus alcances temporales, señalando:

"A.- La antijuridicidad: El régimen de la paternidad extramatrimonial previsto en el art. 247 del C.Civil, facilita y simplifica la determinación de la identidad del hijo; sin embargo en tanto dicho compromiso del padre es omitido, se afecta o perturba la determinación de la filiación y el goce de derechos humanos elementales, como es el de la identidad, al nombre, a las relaciones familiares, a la dignidad personal y protección de la integridad moral, implícitamente reconocido en la Constitución Nacional (art. 33), y expresamente en el Pacto de San José de Costa Rica -Ley 23.054-, y la Convención de los Derechos del Niño -arts. 7.1, 8.1 y 2 ratificada por Ley 23.849-, se conculca el principio establecido en el art. 1109 del C.Civil, generando un daño resarcible a quien tiene el derecho a obtener para sí el cumplimiento del deber; incluso se ha considerado que en estos supuestos la antijuridicidad la define la caracterización abusiva de la omisión (art. 1071 C.Civil).

"Sobre el particular, el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012, en su Art. 587, comprendido en el Título de la Filiación, y bajo la denominación Reparación del daño causado, prevé expresamente: "El daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable, reunidos los requisitos previstos en el Capítulo 1 del Título V del Libro Tercero de este Código", receptando la doctrina y jurisprudencia nacional consolidada que considera que la falta de reconocimiento genera un daño jurídicamente reparable.

"Por ello, aún cuando la reforma no introduce cambios en lo que se refiere a los factores de atribución que es de tipo subjetivo (dolo o culpa -arts. 1722 y 1724), amplía la función reparatoria de la responsabilidad, a las de prevención, imponiendo que toda persona, en cuanto de ella dependa, debe adoptar, de buena fe y conforme a las



circunstancia, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud, y la de no agravar el daño, si ya se produjo (art. 1710).

“Así, en el título Preliminar se anticipa a la mencionada tutela al incluir como principio que impregna a todo el ordenamiento y relaciones jurídicas, el que fija que los derechos deben ser ejercidos de buena fe, y lo considera abusivo cuando contraría los fines del ordenamiento jurídico o si se han excedido los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres (arts. 2do., 9no. Y 10mo.).

“El proyecto recepta la doctrina y jurisprudencia mayoritaria respecto a la función reparatoria de la responsabilidad civil por la que, el deber de reparar surge de la violación del deber de no dañar a otro o del incumplimiento de una obligación, estableciendo como regla principal en materia de antijuridicidad que la acción u omisión dañosa es antijurídica salvo que se pruebe que está justificada, como actualmente se admite frente al ejercicio regular de un derecho.

“Que en definitiva, conforme las consideraciones legales expuestas, la conducta asumida por el demandado con posterioridad a la notificación de la demanda, ... no permiten caracterizar como voluntario y oportuno la filiación que recepta la condena, ni que el proceder de aquel fuera habilitado por tratarse del ejercicio regular de un derecho; ... comprobándose incumplidos los deberes que se le imponían, incluso el de actuar de buena fe, frente a la trascendencia del derecho humano comprometido, ... ”.

“Que en tal sentido, cabe restringir los efectos de la interferencia de la conducta de la madre para viciar la voluntad del progenitor que omite el reconocimiento, fundamentalmente a partir de la notificación de la demanda, habiendo contado con pleno acceso al verdadero estado de las cosas para exteriorizarlo.



"B.- Que el factor de atribución constituye un requisito de la responsabilidad por daños en casos de falta de reconocimiento de la filiación, el que por ser de tipo subjetivo, impone que se constate haber incurrido en culpa o del dolo.

"Que como se anticipara, de los antecedentes expuestos surgen indicios concordantes sobre la grave negligencia del demandado al formular su negativa al reconocimiento voluntario del vínculo filial y al describir los hechos, tanto como la negativa dolosa a otorgar voluntariamente el estado y trato de hija a la actora.

"Que si bien no existe prueba de haber conocido antes de la demanda el embarazo de la madre y el nacimiento de la actora, y que el demandado se sometió a la prueba de ADN en estas actuaciones, tales circunstancias no exculpan por sí la omisión que se le endilga a título de dolo y culpa grave, conforme la evaluación cumplida de sus actos posteriores, que constituyen indicios suficientes que obstan concluir que el reconocimiento de la filiación sea voluntario y oportuno.

"C.- El daño y la relación causal con el ilícito: La necesaria conexidad entre daños y bien jurídico protegido nos lleva a determinar cuál es el bien o derecho que se vulnera con la falta de reconocimiento. Creemos que de lo que se trata es de una vulneración a los derechos de la personalidad, concretamente una violación del derecho a la identidad personal, al negarse el estado civil; más concretamente el estado de familia, en este caso el estado de hijo. Por lo tanto, lo que se debe resarcir específicamente es el daño que deriva de la falta de emplazamiento en el estado de familia, falta de emplazamiento en el estado de hijo por no haber mediado reconocimiento voluntario. Este daño a un bien jurídico extrapatrimonial como lo es el derecho a la identidad y especialmente el derecho al estado de familia o al emplazamiento familiar, puede producir daño moral o daño



patrimonial: El daño moral deviene de la falta de emplazamiento familiar, de la negativa o falta del derecho a la identidad, específicamente configurado por la falta de derecho de uso del nombre, y por la falta de ubicación en una familia determinada. (Graciela Medina, Responsabilidad civil por la falta o nulidad del reconocimiento del hijo (Reseña jurisprudencial a los diez años del dictado del primer precedente 07/ 08/ 2004 Lexis N° 0003/000573- JA 1998-III-1166).

"Por lo expuesto, aún cuando se adhiera a la mayoritaria doctrina -ahora receptada en el proyecto de C.Civil- respecto a que no se requiere una prueba específica de la afectación de los bienes extrapatrimoniales -que reconoce el daño moral- como consecuencia de la conducta del padre que omite voluntariamente el reconocimiento de la filiación y emplazamiento en estado de hijo en forma oportuna, lo cierto es que en estas actuaciones ha quedado configurado ..."

"VI.- Acerca de la procedencia y cuantificación del daño moral en los supuestos de responsabilidad del padre que omite el reconocimiento y emplazamiento oportuno del hijo, la doctrina explica que: "... En realidad, el reconocimiento de un hijo constituye un derecho-deber. De allí que el no reconocimiento voluntario de la paternidad sea considerado como antijurídico. En tal sentido, si la filiación y el apellido, como atributos de la personalidad, no pueden ser desconocidos legalmente y el orden jurídico procura su concordancia con el orden biológico, aquel que lude voluntariamente su deber jurídico de reconocer a su hijo, resulta responsable por los daños ocasionados a quien tenía el derecho a ser emplazado en el estado de familia respectivo, por no poder ejercer el goce y derechos derivados del mismo. El primer precedente que registra nuestra jurisprudencia, a favor del reconocimiento, se remonta al año 1988. En efecto,



por entonces, en un fallo que tuvo lugar en la Provincia de Buenos Aires, en el departamento judicial de San Isidro, la Alzada confirmó el decisorio de primera instancia, que había hecho lugar al resarcimiento por daños y perjuicios en virtud de que el demandado no había reconocido voluntariamente a su hijo (E.D. 128-330 y 173-473).

“En tal ocasión, se determinó que la falta de reconocimiento del hijo propio engendra un hecho ilícito, que hace nacer, a su vez, el derecho a obtener un resarcimiento en razón del daño moral que puede padecer el hijo por tal omisión. El fundamento del ilícito se encontró -en el referido precedente- en el artículo 3296 bis del Código Civil: “Es indigno de suceder al hijo, el padre o la madre que no lo hubiera reconocido voluntariamente durante la menor edad o que no le haya pasado alimentos y asistencia conforme a su condición y fortuna”. Dicha sanción prevista por la norma llevó a sostener el carácter antijurídico de la omisión del reconocimiento voluntario.

“A partir de entonces se fue abriendo paso, en la jurisprudencia una corriente favorable al resarcimiento, la que finalmente impera en la actualidad. Agréguese que el derecho del niño a ser reconocido por sus padres tiene protección constitucional. La reforma constitucional de 1994 ha incluido tratados internacionales con jerarquía constitucional (conf. Art. 75, inc. 22), entre los cuales encontramos la Convención sobre los Derechos del Niño que contempla el derecho a la identidad del niño, en particular, el derecho a conocer a sus padres biológicos (arts. 7° y 8°).

“Entre dichos tratados con jerarquía constitucional también se encuentra consagrada expresamente la igualdad de los hijos, la cual debe ser observada a fin de procura el emplazamiento en el vínculo filial. En efecto, se determina que la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del



mismo. Las medidas de protección y asistencia deben hacerse sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Además, se señala que los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la Convención, debiendo asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, enumerando entre otras cuestiones, la condición de sus padres o de sus representantes legales.

“Por todo ello, el hijo tiene el derecho a ser reconocido por sus progenitores. De lo que se infiere que el acto de reconocimiento de un hijo es un derecho - deber en nuestro ordenamiento jurídico. En este entendimiento, la conducta omisiva del progenitor debe ser catalogada de antijurídica.

“El Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 contempla en el título de la Filiación, una norma expresa en tal sentido, bajo la denominación Reparación del daño casado: “El daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable, reunidos los requisitos previstos en el Capítulo 1 del Título V del Libro Tercero de este Código” (art. 587).

“La disposición proyectada se limita a efectuar una remisión a las normas generales de la responsabilidad civil, sin efectuar un desarrollo específico de los daños en materia de filiación, lo que hubiera sido conveniente en razón de las diversas cuestiones y conflictos interpretativos que han surgido en la práctica judicial. En tal contexto, en su redacción se desconocen los problemas prácticos que se han debatido en la jurisprudencia argentina en derredor de la temática en cuestión. Ante la ausencia de previsiones específicas, seguirán vigentes las discusiones jurisprudenciales que rigen ante la falta de reconocimiento voluntario del hijo por parte del progenitor.

“No hallará exenta tampoco la posibilidad de que se tome en consideración el quantum indemnizatorio del daño moral por la actitud procesal del demandado durante el juicio de



filiación. La jurisprudencia tiene dicho que el daño moral debe ser admitido, si se ha demostrado la actitud procesal asumida por el progenitor renuente a asumir su obligación parental, en cuanto a la no contestación de la demanda y que recién en la contestación de la expresión de agravios afirmó que no tenía conocimiento de la existencia de la niña" (Néstor E. Solari en Proyecto de Código Civil y Comercial, Edit. Rubinzal Culzoni, Enero 2013, Punto 4, pag. 540/543,).

"También mayoritariamente la jurisprudencia es coincidente en que: "El daño moral debe cuantificarse valorando las particulares circunstancias de cada caso. Pues no es lo mismo el dolor moral que puede sufrir un adolescente, quien transita en la vida de relación como persona negada por su padre, e incluso con el mote de "madre soltera" (con la consiguiente disminución que siente frente a sus amigos y compañeros de colegio y conforme a su posición social), o el que puede tener aquel a quien su padre obstinadamente lo desconoce como hijo, que el de aquel otro, cuando ello sucede en sus primeros años de vida, en donde todavía no se repara en tales aspectos o el padre biológico en los hechos no desconoce el vínculo." (Civil - Sala E DUPUIS. Sentencia Definitiva C. E238939 M., M. del C. y otro c/M., V. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS)." ("D. N. I. C/ C. M. N. Y OTROS S/ IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD" (Expte. N° 20909/2005 Sent. 19.12.2013).

Será entonces, conforme las premisas jurídicas expuestas, que se abordará el recurso del actor.

V.- Que a los fines de la confituración y cuantificación del daño derivado de la oportunidad y términos en que se reconoce el vínculo filial, anticipo que la evaluación incluirá además de la prueba colectada, la conducta procesal del progenitor exteriorizada la desarrollar la defensa, por entender que:

"Que los antecedentes colectados acerca de la actuación cumplida por el demandado resultan elocuentes para



desvirtuar la posibilidad de justificar su conducta, alejando del análisis las circunstancias de exculpación como son la duda o error respecto a la paternidad, o el ocultamiento materno. El obligado no satisface con hipótesis alguna aquellas negativas del vínculo de la madre y los términos con los que se introduce la contrariedad que genera la pretensión; por el contrario, constituyendo indicios precisos, graves y concordantes respecto a la certeza de su paternidad, y con ello, aporta el requisito subjetivo de la responsabilidad, al integrarse y completar la antijuridicidad de la omisión al reconocimiento. Se ha comprobado un exceso en el ejercicio del derecho de defensa que ameritaba el planteo, y desproporcionado en relación a las circunstancias que rodearon la concepción y gestación de una madre expuesta a la vulnerabilidad de tener que afrontar la vida como madre ... Tales extremos evidencian un desinterés deliberado y de despreocupación que caracteriza al obrar negligente, descalificable por abusivo y contraria a la buena fe que se le imponía, tratándose de una hipótesis factible la que se le confrontaba; tal conducta termina consagrando su voluntad de eludir los deberes que se le imponían como progenitor, que incumplidos constituyen la ilicitud, al afectar derechos directamente vinculados con esenciales atributos de la personalidad humana, y que se ven reflejados en las afecciones que informa el especialista ..." ("D. N. I. C/ C. M. N. Y OTROS S/ IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD" (Expte. N° 20909/2005 Esta Sala III Sent. 19.12.2013).

Que en la causa se ha evidenciado por parte del padre que, luego de citar en tres oportunidades su "matrimonio anterior" y como "fruto" de esa unión a tres hijos, cuando se refiere a su cuarto hijo, el actor N., alude a "encuentros de tipo sexuales" con la madre "dentro de un período de dos años", que nunca habría sido "una relación sentimental o de



noviazgo estable", en clara categorización filial (fs. 123 vta).

Continúa explicando acerca de su "paternidad", que no se encontraba dentro de su "proyecto de vida el hecho de ser nuevamente padre" por lo que "luego del conocimiento del estado de gravidez de la actora, decidí terminar con la relación" (fs. 123 vta), evidenciando que la ruptura es derivación de su concepción y existencia misma.

Luego, invoca haber propuesto a la madre "concurrir conjuntamente al Registro Civil, para formalizar el reconocimiento de N.", y no haberlo concretado atribuyéndoselo al proceder negativo de aquella y el error de derecho por entender que no podía hacerlo solo (fs. 124 y vta./232), hipótesis que sin prueba que las confirme, primero se dirige a desacreditar a la progenitora, y luego a eludir las consecuencias de su recalcitrante conducta que se prologó a lo largo de 15 años, cuando de la propia instrumental que aportó a fs. 118 no podía ignorar que como padre había registrado a su segundo hijo sin la presencia de su esposa.

Que estas expresiones justifican desde ya la entidad de la afección moral de N. porque como se comprobará, la omisión del reconocimiento filial oportuno es el correlato de una clara diferenciación acerca del momento y el vínculo en el que los hijos fueron concebidos, tanto por la condición de la madre (matrimonio/encuentros sexuales).

Acerca de la relación familiar padre/hijo, desde la contestación de la demanda si bien se alude a un contacto familiar "digno", sólo cita "la excelente relación" con los hermanos P., Y. y J.M., y con la tía F., sin prueba de lo afirmado de que hasta los 6 años concurrió todos los domingos al domicilio para ver al hijo -fs. 123 vta-, y en relación al trato en edad mayor las descripciones de los testigos P., M. y R. refieren sucesos genéricos donde se omite toda referencia concreta a cómo era el contacto o trato que se dispensaban



padre e hijo; de todas formas, el valor de certeza de sus dichos queda relativizada por tratarse el primero de un amigo y dependiente del local bailable que explota la familia; su nuera, la segunda; y la última, la ex - esposa.

En contrario, la vicedirectora de la escuela a la que concurría N., describe que la falta de reconocimiento paterno le produjo "problemas en la parte educativa, sugerimos su tratamiento porque tenía rebeldía, enojos y al sugerirle a la mamá sobre qué podría hacerse para tratar esta problemática, me informó que N. ya estaba en tratamiento y este tema de tener al papa cerca en el espacio físico y lejos en su función de papá le generaba conflictos. No había otro motivo, por eso era tratado. Me consta que no había otro motivo porque era un chico muy inteligente y capaz" y acerca de visitas refiere "Hace 10 u 11 años atrás era muy esporádica, no tenía una rutina de visita. Actualmente ninguna. Si N. tiene que verlo lo va a ver al negocio o en el boliche que tiene" (fs. 199), agregando que "hay un reconocimiento de los hermanos. No es una situación muy asidua ni tampoco permanente porque son relaciones que no se trabajaron desde la familia. Tiene un poco más de contacto que cuando era chiquito" (fs. 198 vta).

La testigo U. declaró que N. demostraba tristeza y estaba afligido por el tema del reconocimiento, que la madre trabajaba en el municipio y "salía apurada porque tenía que traer a N. al Psicólogo y N. era chiquito" (fs. 200/201).

Precisamente, si bien los testigos coinciden sobre la relación entre hermanos (D., U., M., R.), ninguno pudo describir que hayan observado al padre en algún episodio social, en la escuela, en momentos de enfermedad, o en cualquier otro ámbito, con el hijo.

Es categórico el informe institucional de la escuela respecto a que "fue su madre, Sra. B. M. quien participó de las reuniones, actos escolares y demás situaciones que se han



presentado con el alumno en cuestión. La única figura presente en relación a su vínculo social más próximo fue siempre su madre" (fs. 247).

El padre destaca haber erogado gastos escolares y para el viaje de fin de curso, sin demostración que haya sido una ocupación o acto personal que exteriorice afecto filial, y de igual forma, cuando se refiere al aporte de materiales para la ampliación de la vivienda de la madre, se los atribuye a la tía F., y no hay indicios de que siquiera haya acudido al lugar.

Finalmente, lo expuesto se contextualiza con la circunstancia de que sus tres hijos anteriores (P. V., A. Y. y J. M.), su tía F. y la actual pareja del padre son los que ejercieron y ejercen la explotación de los establecimientos de corralón y bailable los informes municipales de fs. 38/46 y 72/79, confirmando la observación como de conocimiento público que describen los testigos que individualizan su pertenencia al padre (D., fs. 199 y vta - U. fs. 201, G., fs. 196 vtam C. fs. 204).

Comprobándose a su vez que aún promovida demanda de alimentos a mediados del año 2011 (B. M. E. C/ R. A. R. S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS" (EXTE. 50.849/2011) recién el 17 de abril de 2013 el padre ofrece aportar \$600, sin presentarse a las sucesivas audiencias señaladas a lo largo de un año a la que se había supeditado la fijación de la cuota provisoria (verificado del registro de actuaciones de la causa de fecha 08.03.12, 20.09.12, 19.11.12 y 12.03.13), además de haber sido intimado a que abone las cuotas correspondientes a Octubre a Diciembre de 2015 y Enero a Abril de 2016 (05.05.16).

Lo acreditado en definitiva es que la condición de hijo recién la reconoce el padre en el Registro del Estado civil y capacidad de las personas el 27 de septiembre de 2010 (fs. 116) 15 años después e inmediatamente a la interposición de la demanda que le fue notificada el 19 de agosto de 2010



(fs. 107 y vta), muy a pesar que desde el 11 de diciembre de 2007 había recibido la intimación por carta documento (fs. 47/96) para que lo cumpliera.

1.- Que el marco fáctico y jurídico expuesto permite apreciar circunstancias objetivas que exceden la ya gravosa falta de reconocimiento como hijo, configurándose una severa distorsión respecto al trato otorgado por el padre a sus tres hijos anteriores, e impropio pretender que su rol sea suplido por el fraternal, y cuya intensidad es descripta por los testigos miembros de una comunidad en la que -coinciden- se conocen todos.

Y que en su conjunto habilita otorgar un grado de certeza significativo de que tal proceder a lo largo de los años en que se construye la personalidad de un individuo ha influido negativamente en el hijo y su equilibrio espiritual, con una presencia que no se concreta en la misma medida que N. ha tenido que observar la detentaban sus hermanos y frente a terceros, por la que cualquier actividad social que demanda ser identificado, es señalado con otro apellido.

Que la afectación en la autoestima y modo de vinculación social de N. se presenta entonces como una inferencia que es razonable obtener a partir de aquellos elementos citados, que constituyen medios probatorios indirectos válidos que hace operativa la presunción sobre la gravedad del desmedro a los fines de mensurar la entidad o suficiencia de la reparación del perjuicio reclamado, y de ello que su reparación deba ser plena.

En este sentido, la Dra. Kemelmajer de Carlucci incluyó entre los daños derivados de ser hijo de madre soltera: daño a la vida de relación sufrido por llevar el sello de la ilegitimidad: Desventaja frente a los compañeros de colegio y otras amistades o minusvalía social. Daño por el desamparo producido por la carencia de una figura paterna cierta y responsable, que no puede ser suplido en forma



ambivalente por la madre, porque cada uno de los roles guarda una clara autonomía. Lesión a los sentimientos de un menor que se siente rechazado por su padre. Daño moral futuro cierto derivado del hecho de que la histografía de la vida del menor llevará siempre el sello de la actitud paterna renuente (D, R.C. c. A.M.B. Corte Sup. Justicia Mendoza, Sala 1 Civ. y Com. LL Gran Cuyo 2001-808).

Que para cuantificar el contenido del daño moral por falta de reconocimiento paterno deben tenerse presente las concretas repercusiones que la conducta omisiva ha provocado, pues esa situación anómala dentro del emplazamiento familiar coloca a la persona en una posición desventajosa desde el punto vista individual y social (conf. O. E. M. y otro c/ P. A. O. s/ daños y perjuicios, CNAC Sala K 14-jun-2013 MJ-JU-M-81556-AR | MJJ81556 | MJJ81556).

Considerando que fijar la extensión del perjuicio constituye una "consecuencia de la relación jurídica" que no se hallaba firme al momento de la entrada en vigencia del CCyC -conforme expresa previsión del art. 7- ésta quedó sujeta al nuevo régimen que estipula a tal fin que "El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas".

"Hay cierto acuerdo en que debe distinguirse entre la existencia y la cuantificación del daño. La segunda operación debe realizarse según la ley vigente en el momento en que la sentencia determina la medida o extensión, sea fijándolo en dinero, o estableciendo las bases para su cuantificación en la etapa de ejecución de sentencia. En este sentido se afirma: "No hay inconveniente en aplicar el nuevo CCyC a los juicios pendientes para cuantificar los daños (v.gr. ver art. 1746 CCyC). "Por qué no aplicar así los mecanismos de cuantificación previsto por la nueva ley? (art. 165 parr. 3º CPCCN y CPCCBA)" Una sentencia coincide con esta



afirmación con fundamento en que "el artículo 1746 únicamente sienta una pauta para su liquidación. Otros votos afirman sin tapujos la aplicación inmediata. Dice el Doctor Sebastián Picasso: "A diferencia de lo que sucede con el resto de las disposiciones relativas a la responsabilidad civil, el artículo 1746 del nuevo Código resulta aplicable en tanto no se refiere a la constitución de la relación jurídica (obligación de reparar) sino a las consecuencias de ella (art. 7º, CCyC). En efecto, la regla no varía la naturaleza ni la extensión de la indemnización que tiene derecho a percibir la víctima: únicamente sienta una pauta para su liquidación". De allí que las sentencias dictadas con posterioridad al 1º de agosto de 2015, aunque se trate de juicios comenzados antes, deberían contener las bases cuantitativas y las relaciones que se tuvieron en cuenta para arribar al resultado que se determine." Jalil sostiene que "el modo de cuantificación de los daños se rigen por la ley vigente al momento de los hechos y no cuando esa liquidación se realiza"; la palabra "modo" no es aquí del todo clara pues luego afirma: "cualquier regla del CCyC, que imponga un aumento, atenuación o modificación (art. 1750) no es de aplicación inmediata a los daños producidos con anterioridad." La norma citada no está referida a un modo de liquidación; solo expresa 29 que fijado el momento (por el modo que correspondía), puede ser atenuado. (Aida Kemelmajer de Carlucci, ob. cit. Pag. 234/235). Que el C.Civil, en su art. 1078, no señaló pautas para cuantificar el daño moral, dejándolo librado a la prudente valoración jurisdiccional que admitía recurrir al auxilio de algunas guías cualitativas, dependiendo de la concepción que se le otorgara en cada supuesto, esto es, su función sancionatoria o resarcitoria, deteniéndose en la gravedad de la falta o la reparación de la víctima, respectivamente.

Lo cierto es que el nuevo art. 1741 del CCyC, al establecer expresamente que "El monto de la indemnización debe



fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas", ha delimitado la actividad jurisdiccional y acentuado sus funciones reparatorias.

Las satisfacciones sustitutivas y compensatorias a las que se refiere la norma aluden al denominado "precio del consuelo" que procura "la mitigación del dolor de la víctima a través de bienes deleitables que conjugan la tristeza, la desazón o las penurias"; se trata "de proporcionarle a la víctima recursos aptos para menguar el detrimento causado", de permitirle "acceder a gratificaciones viables", confortando el padecimiento con bienes idóneos para consolarlo, o sea para proporcionarle alegría, gozo, alivio, descanso de la pena. Esta modalidad de reparación del daño no patrimonial atiende a la idoneidad del dinero para compensar, restaurar o reparar el padecimiento en la esfera no patrimonial mediante cosas, bienes, distracciones, actividades, etc que le permitan a la víctima, como lo decidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales". Agregó el Alto Tribunal que "aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido... El dinero no cumple una función valorativa exacta; el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida". En definitiva: se trata de afectar o destinar el dinero a la compra de bienes o la



realización de actividades recreativas, artísticas, sociales, de esparcimiento que le confieran al damnificado consuelo, deleites, contentamientos para compensar e indemnizar el padecimiento, inquietud, dolor, sufrimiento, o sea para restaurar las repercusiones que minoran la esfera no patrimonial de la persona (comprar electrodomésticos, viajar, pasear, distraerse, escuchar música, etc). Este criterio había tenido amplia aceptación en la jurisprudencia. (El daño moral contractual y extracontractual- Jorge Mario Galdós- <http://www.nuevocodigocivil.com/wpcontent/uploads/2015/05/El-da%C3%B1o-moral-contractual-y-extracontractual-Por-Jorge-Mario-Gald%C3%B3s.pdf>).

Lo que se indemniza en estos casos son las aflicciones, sufrimientos o perturbaciones en los sentimientos que se derivan de la falta de conocimiento de la propia identidad, y de no ser considerado en el ámbito de las relaciones humanas (por ej. en el colegio como hijo de padre desconocido...(conf. C.Ap. CC Mercedes, sala 1º, set. 12-2006, <http://www.abeledo.com.ar/perrot.com>)).

Por las consideraciones expuestas, estimo ajustado elevar el monto de la condena a favor del actor por el daño no patrimonial a la suma de \$135.000, consolidado a la fecha de la sentencia de grado -según lo que la misma ha establecido que llega firme- que le permitirá obtener una satisfacción sustitutiva y compensatoria del padecimiento aplicándolo a la adecuación de prestaciones habitacionales o bienes que mejoren su actual condición, tanto como realizar un viaje de esparcimiento a lo largo de un mes.

2.- Respecto a la procedencia del perjuicio patrimonial y siguiendo el marco jurídico antes exteriorizado, anticipo que de la prueba relevada surge un grado de certeza suficiente sobre el daño generado para admitir el resarcimiento de la chance, por la frustración de la posibilidad razonable de consolidar la adquisición de un bien



jurídicamente protegido, representado por el acceso a una mejor calidad de educación, cultura, esparcimiento, o capacitación deportiva, de haberse concretado los aportes del progenitor conforme sus posibilidades económicas, aún prescindiendo de un resultado final incierto.

Ello se desprende de la misma conceptualización del rubro indemnizable al tratarse del "daño producido por la negativa a pasar alimentos tienen el carácter de chance, puesto que las necesidades mínimas han sido cubiertas por la madre, por ello el perjuicio sufrido consiste en la pérdida de la posibilidad de haber tenido una vida con menos restricciones económicas correspondiendo fijarle conforme a las constancias de la causa". (conf. A. D. y otros c/ A. N. s/ filiación extramatrimonial. Tribunal Colegiado de Familia de Rosario. Sala 5. (27/4/2007). MJJ13388).

En punto a ello, la Dra. A. Kemelmajer de Carlucci sostuvo al pronunciarse en la materia como Juez de la Sala I de la Corte Suprema de Justicia de Mendoza que "No existe norma que genere una inmunidad civil en contra del padre que causa daños no pasando alimentos. El impago de esos alimentos genera un daño material consistente en la privación de los elementos que le hubiesen permitido una mejor asistencia y desarrollo en todos los aspectos", siguiendo la opinión de autores y tribunales que entienden que hay daños y perjuicio que provienen de no cumplir con el deber de asistencia, y con soporte constitucional en la Convención Internacional de los Derechos del Niño: "Los Estados partes pondrán el máximo empeño en garantizar el conocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres, o en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño (art. 18 inc 1); "A los padres u otras personas encargadas del



niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño (art. 27 inc. 2); "Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño" (art. 27 inc..4)." concluyendo con su voto en que "El Estado, a través del Poder Judicial, tiene que asegurar el cumplimiento de estas disposiciones y, en todo caso, aún en la duda, debe promover la solución que mejor se adecue a la obligación que asumió internacionalmente a través de la ratificación de la Convención" (CAUSA 78885 - "F., A. del C. por su hijo en jº 146.186/48.474 F., A. por su hijo menor N. c/ C., S. p/ D. y P. p/ Ord. s/ Cas." - CSJ DE MENDOZA - SALA I - 28/05/2004).

Que los elementos de la causa exteriorizaron de manera coincidente que:

Que fue la madre la que sola brindó la asistencia al hijo hasta que aquel alcanzó 17 años, contando con ingresos como empleada de un organismo público, que la obligaba a trasladarse a otra ciudad.

Acerca de la asistencia maternal y la aptitud o condiciones de N., la vicedirectora de su escuela primaria de carácter pública, describe que ningún aporte económico realizó éste para N., y que la madre quien lo solventó "Con trabajo. Siempre hizo trabajos con horas extras para cubrir las necesidades básicas", que "la peleo siempre desde su laburo y con la ayuda de los abuelos de N. que nunca lo abandonaron", y acerca de N. que "tiene muy buena capacidad intelectual, no tiene ni tuvo problemas de aprendizaje. Lo que siempre aparecía eran los problemas en lo relacional, en la socialización. Reaccionaba violentamente. Académica muy buena, pero su problema relacional era lo que más le dificultaba y como vicedirectora del establecimiento tenía charlas a solas



con N. tratando de encaminar y hacerle ver otras cosas"; "que al conocer a N. muchos años en la escuela yo sabía de las horas de más que pasaba N. solo, por las horas extras que pasaba la madre para cubrir sus necesidades. ... Esos indicios dan la pauta que no había un papá atrás. Sé que la mamá a veces pedía un tiempo para abonar determinados gastos y no podría ser de un hijo del Sr. R. conforme lo conoce la comunidad" (fs. 198 y 199 vta).

El informe escolar de egreso del nivel secundario en el establecimiento público da cuenta que "respecto a su rendimiento académico, en general fue un buen alumno, con capacidad de aprendizaje demostrado en las calificaciones que mantenía, en ocasiones responsable con las taras escolares. Repitió sólo 3° Año" (fs. 247).

Que la madre y el hijo vivieron y viven en una casa de dos dormitorios obtenida mediante un crédito hipotecario descripta a fs. 229, mientras el padre comparte la suya con otros dos familiares, señalada como "amplia" y con 3 dormitorios en la planta alta (fs. 232), mientras el testigo C. la describe "inmensa" (fs. 203 vta) ocupando 2 o 3 lotes (fs. 204) y U. lo extiende a 4 terrenos (fs. 201).

Que el padre es reconocido en una comunidad pequeña vinculado con actividades comerciales explotando un corralón de materiales de construcción y un bolicheailable, con asiento en los mismos establecimientos ubicados en la ciudad y tareas que en actualidad desempeñan sus tres hijos nacidos con anterioridad a N. de otra relación, su hermana y su actual pareja, aspectos sobre los que la testigo D. reseña: "El Sr. R., conocido como L., siempre estuvo muy bien económicamente. Es dueño del corralón, uno de los más importantes de la localidad actualmente, el boliche de L., que es como le dicen todos, tiene un bolicheailable. Después compró una esquina de dimensiones amplias donde se construyó una casa muy linda donde vive. La comunidad identifica al Sr. L. con estos tres



espacios", que "No le consta con papeles pero a todos en la comunidad nos consta el corralón de L., el boliche de L. son las actividades comerciales que se conoce en la comunidad que él tiene"; que "El común de comunidad vimos cuando él estaba en la dirección de la construcción del Boliche" (fs. 199 y vta), que U., vecina del demandado, confirma en su mayor parte (fs. 200vta/202), todo ello corroborado en los informes municipales agregados a fs. 38/46 y 72/79.

Que recién el 16 de abril de 2013 se provee la presentación del padre para realizar el primer depósito de \$600 por alimentos cuando el adolescente ya estaba próximo a cumplir 18 años, conforme surge del registro del sistema dextra en la causa B. M. E. C/ R. A. R. S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS" (EXTE. 50.849/2011).

Que la conclusión acerca de la exclusividad de la madre en el sostén económico y atención de todos los aspectos de la vida y desarrollo del niño, ciertamente limitados por tener que derivar de un salario que debían compartir, incluso erogando tratamientos en psicología durante años al hijo por la precisa afectación detectada por la autoridad escolar y a la que no debió ser ajeno que haya repetido el 3º año del secundario, tampoco se verá alterada aún si pudiera haberse acreditado lo invocado respecto a que la tía de N. -F.- hubiera colaborado con materiales y con mano de obra para adicionar a la casa un tapial, un lavadero, el frente y rejas, o el aporte para útiles escolares o el pago del viaje de egresados (fs. 123 vta.), episodios que, aún referenciados por algunos testigos (C. 203 vta, R., fs. 207 vta), sólo lo saben por comentarios.

Que sentado lo anterior con la comprobada omisión de proporcionar alimentos por parte del progenitor, se infiere una segunda conclusión, esto es que se ha configurado el perjuicio por la pérdida de chance para el hijo, conforme a que si al aporte económico de la madre si hubiera sumado el



del padre vinculado a una doble actividad comercial, no se requiere mayor comprobación acerca de que esta asistencia doble hubiera mejorado la situación de aquel, e indiferente al nivel del acceso a la educación, cultural, deportes, u otras actividades que pudieran haber alcanzado otros miembros del grupo familiar, porque en definitiva lo que se evalúa es cierta probabilidad de acceso por parte del hijo no reconocido y la aptitud económica de que el progenitor los provea.

Que último importa dar una respuesta afirmativa a lo postulado por el actor cuando introduce una de las cuestiones centrales derivadas de la ausencia de una regulación expresa en el C.Civil sobre la carga de la prueba del daño material y moral ante la falta de reconocimiento del hijo, que fuera advertido por la doctrina y jurisprudencia, y que el nuevo CCyC zanja remitiendo a las reglas generales contenidas en el Capítulo 1 del Título V de Libro Tercero, cuya Sección 4º incluye el art. 1744 por el que la "Prueba del daño" está a cargo de "quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos".

Que de todas formas esta materia ya había recibido un profundo abordaje axiológico y jurídico por parte de la Dra. Kemelmajer de Carlucci en la causa antes citada, y que guarda con los presentes una notable equivalencia en los hechos subsumidos:

a) La madre es persona de escasos recursos; trabaja como empleada en un establecimiento comercial; tuvo a su hijo en un hospital público; ha litigado con beneficio de litigar sin gastos; el niño concurre a una escuela pública. El padre, en cambio, es odontólogo, tenía cuatro inmuebles a su nombre, algunos de los cuales estaban alquilados. Estos datos muestran de modo manifiesto que si bien, gracias al esfuerzo materno, el niño ha tenido cubiertas sus necesidades mínimas, el aporte paterno le hubiese dado la chance cierta de lograr una mejor



asistencia, una vida sujeta a menos restricciones y un mayor desarrollo en todos sus aspectos.

b) Jurídicamente el actor tuvo posibilidad de petitionar alimentos provisorios conjuntamente con la demanda por filiación; sin embargo, fácticamente, atento a la conducta del demandado en ambos juicios (filiación y daños y perjuicios), sus chances de haberlos obtenido prontamente son bastante escasas. Consecuentemente, como mínimo, hay un daño moratorio cierto representado por los intereses de las sumas que debieron pagarse oportunamente y no fueron sufragados; recuerdo que la liquidación de ese daño es aceptada por toda la doctrina que estima que la compensación reparadora por el incumplimiento de la obligación alimentaria debe limitarse a esos intereses.

c) Al momento de la sentencia por filiación el actor contaba con 13 años, o sea, una época en la que los reclamos materiales crecen porque se entra en la adolescencia. No parece que esas demandas pudiesen ser satisfechas con el mero sueldo de una empleada de comercio.

Por todo lo expuesto, se admitirá el daño reclamado con el carácter de chance, y en su mérito, se habrá de determinar el monto conforme las constancias de la causa.

3.- Que para fijar equitativamente la cantidad que habría permitido superar el piso de las necesidades mínimas cubiertas por la madre en el pronunciamiento que he seguido, la Dra. Kemelmajer de Carlucci, ponderó las siguientes pautas aplicables a la pretensión del actor por resultar equiparables la envergadura de las actividades de un profesional con la que se derivan de explotar dos establecimientos comerciales de corralón de materiales de construcción y un local bailable, tanto como los ingresos que percibe una empleada pública y una dependiente de comercio:

A) Que la acción por daños y perjuicios no puede ser la vía paralela que permita eludir los plazos de prescripción de la



acción por alimentos. Por eso, los daños cubiertos no pueden superar, en principio, los períodos que cubriría una demanda por alimentos.

B) Que el actor no ha acreditado ninguna carencia específica.

C) Que el juicio por filiación se prolongó por años en períodos en que las necesidades de los niños crecen, y que el padre, por su profesión e ingresos, tuvo oportunidades reales de satisfacerlas, infiriendo que un aporte mensual paterno habría permitido a este niño ser socio de algún club, concurrir a una academia para estudiar un idioma o rudimentos de informática, aprehender cómo se toca un instrumento musical, etc., todas actividades que normalmente desarrollan los hijos de aquellos, para favorecer su desarrollo físico y espiritual, que exigen de un aporte dinerario imposible de proveer por una empleada dependiente.

Que las presentes actuaciones han insumido un trámite que hasta aquí alcanza a ocho años, mientras que la causa "R. N. A. C/ R. A. R. S/ ALIMENTOS PARA LOS PARIENTES" (EXP-50849/2011) fue promovida en septiembre de 2011 y recién con fecha 15 de mayo de 2015 se dictó sentencia en que se fijaron los alimentos definitivos en la suma de \$2.500,00, aprobándose el 16 de septiembre del 2016 planilla de la que por diferencias adeudadas resultó la suma de \$125.529,59 la que se ordenó pagar a través 50 cuotas de \$529,59, así como que el demandado fue intimado a pagar los alimentos mensuales impagos entre octubre de 2015 y abril de 2016 por \$17.500.

Que a los fines de liquidar el valor de la frustración de chances se habrá de considerar por un lado aquello que hubiera sido requerido para la asistencia de N. durante los cinco años anteriores a la promoción del juicio de alimentos en complemento de la brindada por la madre, y sobre su resultado aplicar un porcentual significativo de mayor o menor valor de la chance.



En este sentido, "Para cuantificar la indemnización o perdida de chance, debe considerarse que lo resarcible es la eliminación de la chance misma que, si bien algún valor tiene, éste no es el objeto al que la chance tendía ... ; por ello, el resarcimiento debe ser menor al determinado para daños ciertos. Un criterio de orientación para valuar el monto reside en atender al que hubiese correspondido de haber un daño concreto en lugar de una chance perdida y aplicar un porcentaje al resultado, según la probabilidad de lo esperado" (CCiv y Com. Rosario, sala 2º 29-4-03, RCyS, 2004-III-116).

Luego, habiendo adquirido firmeza el pronunciamiento en el que para atender las necesidades acreditadas de N. se valuó la cuota alimentaria entre septiembre de 2011 a mayo de 2015 en la suma de \$2500, estimo prudente justipreciar en \$2.000 el aporte correspondiente a un período anterior a la promoción de dicha demanda, y que multiplicado por 60 meses - conforme el plazo quinquenal de prescripción en la materia- alcanza la suma de \$ 120.000.

Que al conceptualizar el rubro la oportunidad malograda de obtener la mejora derivada de los bienes asistenciales considerados (educación, cultura, deportes, etc), en base a lo exteriorizado por las autoridades escolares del nivel medio y la vicedirectora del primario, infiero como probabilidad suficiente de ello aplicar a la anterior la proporción del 40%.

Por lo expuesto, estimo ajustado fijar la suma indemnizatoria en \$48.000,00, la que desde la fecha de interposición de la demanda (16.06.2009) devengará intereses a la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén hasta el 31.07.2015, y hasta el efectivo pago, a la que fije el Banco Central de la República Argentina efectivo pago, de conformidad con lo establecido en el art. 768 inc. c) del C.Civil, debiéndose utilizar aquella hasta que la última sea publicada.



4.- Por todo lo expuesto, propiciaré al acuerdo que, haciendo lugar al recurso de apelación del actor, se eleve el monto de condena a la suma de \$183.000 comprensivo de los rubros daño moral y material por pérdida de chance, comprensivo de los intereses y su cómputo para el último.

VI.- Que en relación a los gastos causídicos, importando la presente sentencia una modificación sustancial respecto de los rubros por los que prospera la pretensión, se habrá de dejar sin efecto lo dispuesto a su respecto en el pronunciamiento de grado.

Luego, atendiendo a los precitados conceptos que integran la condena, que el reconocimiento filial se cumple luego de notificada la demanda, y el concreto agravio introducido, procede concluir que será el accionado el que cargará con las costas en su totalidad y en ambas instancias por su carácter de vencido (art. 68 del CPCyC).

VII.- Atento el nuevo monto de condena, los honorarios establecidos en la instancia de grado, se dejarán sin efecto, los que oportunamente, deberán adecuarse al nuevo pronunciamiento (art. 279 C.P.C.C); regulándose los honorarios profesionales de los letrados actuantes por la parte actora y demandada ante la Alzada en el 30% y 25% respectivamente, de lo que resulte para cada uno de ellos por igual concepto y actuación en la instancia de grado (art. 15 de la ley 1.594).

El Dr. Ghisini, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Modificar la sentencia dictada a fs. 274/282, elevando el monto de condena a la suma de PESOS CIENTO OCHENTA Y TRES MIL (\$183.000), comprensivo de los rubros daño moral y material por pérdida de chance, comprensivo de los intereses y



su cómputo para el último, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran el presente.

2.- Imponer las costas de ambas instancias al demandado vencido (art. 68 C.P.C.C.).

3.- Dejar sin efecto los honorarios regulados en la instancia de grado, los que oportunamente, deberán adecuarse al nuevo pronunciamiento (art. 279 C.P.C.C.).

4.- Regular los honorarios de Alzada a los letrados actuantes por la parte actora y demandada ante la Alzada en el 30% y 25% respectivamente, de lo que resulte para cada uno de ellos por igual concepto y actuación en la instancia de grado (art. 15 de la ley 1.594).

5.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA