



NEUQUEN, 14 de diciembre de 2017.

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: "**A. D. A. C/ B. H. G. S/ RECLAMACION DE FILIACION**", (JNQFAL EXP N° 72038/2015), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:**

I.- Vienen los autos a esta instancia a raíz de la apelación de la parte actora contra la sentencia que rechaza su pretensión de daño moral.

Se agravia pues entiende que el Juez omite realizar una interpretación positiva de la totalidad de las pruebas, cuyo resultado debe conducir a inferir que el accionado tomó conocimiento del embarazo, el parto y el nacimiento.

Señala que también se omite considerar que el demandado no negó haber mantenido una relación sentimental con la madre del accionante en la época de su concepción y así detalla que ambos estudiaban juntos y mantenían una relación afectiva, cuya intimidad generó la existencia del actor.

Indica que el demandado reconoció que ambos estudiaban y mantenían una relación que por diferentes motivos culminó en el año 1993, destacando que A. nació el 2 de enero de 1994 y que el hecho de no precisar en qué mes de 1993 culminó la relación implica una confesión del demandado.

Agrega que surge de las actuaciones agregadas por cuerda que en octubre de 1994 nace otro hijo del Sr. B. indicando la partida que éste era soltero, de modo que no existía impedimento legal por el cual hubiera sido atendible que negara u ocultara el nacimiento de A..



Destaca la nueva normativa del Código Procesal Civil y Comercial que admite que parientes y allegados de las partes puedan ser ofrecidos como testigos, puntualizando que en el caso la declaración de la madre es insustituible y necesaria para esclarecer el hecho, no pudiendo excluirla de antemano sin antes hacer aplicación de las reglas de la sana crítica.

Agrega que el testimonio de la madre fue ofrecido al demandar sin que haya sido rechazado, impugnado u opuesto por el demandado, valorando que la seriedad de las cuestiones debatidas amerita conocer la verdad de boca de los involucrados.

También encuentra equivocado que no se hayan valorado los dichos de la Sra. Z. quien atestigua haber convivido con el actor y su madre y afirma también que cuando el niño tenía dos años fue a la Defensoría y había un expediente en que el padre fue citado y anoticiado de la existencia del niño.

Expresa que el artículo 587 del Código Civil y Comercial, establece el derecho del hijo al resarcimiento derivado de los daños que le ocasionara la falta de reconocimiento, destacando que en el caso, el actor demostró a partir de indicios verosímiles que aquella ausencia se debió a una decisión, consecuencia del dolo o culpa del obligado a ello.

Alude a que en el marco de los principios que gobiernan la responsabilidad ésta se configuró, ya sea a partir del concepto de dolo o de culpa, pues recaía sobre el padre el deber de obrar con diligencia y despejar cualquier duda que existiera para determinar la existencia o inexistencia del vínculo filiatorio, invocando concretamente el artículo 1725 del Código Civil y Comercial que dispone que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia que le cabe



al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias."

Finaliza solicitando que se tengan por expresados los agravios y se haga lugar al recurso, condenando al demandado al pago del daño moral.

II.- La queja del apelante se dirige a poner en crisis el rechazo de la pretensión que por daño moral interpusiera conjuntamente con la reclamación de filiación.

En tal sentido, es preciso recordar que el actor es el hijo, ya mayor de edad, que es quien relata los hechos señalando que la relación entre sus padres tuvo lugar en ocasión de que ambos cursaran la carrera de contador público en la Universidad Nacional del Comahue.

De este modo es razonable que no brinde mayores detalles acerca de la relación, circunstancia que no es posible hacer extensiva al relato que efectúa el demandado al contestar la demanda, ocasión en que se refiere a la relación que mantuviera con la madre del actor en forma lacónica y sin brindar mayores detalles.

Así expresa: "*REALIDAD DE LOS HECHOS: ... durante el cursado de la carrera de Contador Público, en la Universidad Nacional del Comahue, la Sra. I. A. y el Sr. G. B. mantuvieron una relación, la cual por distintos motivos, llego a su fin aproximadamente en el año 1993. Que ambas partes se distanciaron una vez finalizada dicha relación y no volvieron a tener contacto a lo largo de los años. Que en ningún momento la Sra. I. A. le informó al Sr. G. B. que estaba embarazada, y menos aun que el bebé era su hijo...*"

Expuestos los hechos de este modo y reconocido por el demandado que en la época cercana al embarazo los padres mantuvieron una relación, resulta poco verosímil que el demandado no hubiera advertido dicho estado en la madre del joven aun cuando el embarazo fuera notorio la relación hubiera culminado.



En ese sentido le asiste razón al apelante cuando invoca el artículo 1736 del Código Civil y Comercial que establece: *"Prueba de la relación de causalidad. La carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma. La carga de la prueba de la causa ajena, o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quien la invoca."*

Bajo estas pautas, en este caso la carga de la prueba de la falta de anoticiamiento de la existencia del embarazo recaía sobre el demandado, y de la lectura de la contestación de demanda y luego los testimonios de los testigos ofrecidos advierto que no se ofreció prueba relacionada con la cuestión de la ausencia de dolo o culpa.

Así del interrogatorio de los testigos ofrecidos se advierte que -fuera de la prueba "biológica"- la actividad probatoria se encaminó a acreditar las obligaciones alimentarias que actualmente se encuentra cumpliendo con sus otros hijos, ya que el reclamo de alimentos también formaba parte de la pretensión.

Al respecto hemos tenido ocasión de analizar: *"Respecto del cuestionamiento al factor de atribución formulado por el demandado, cabe aquí reproducir parte de los fundamentos del voto del Dr. Silva Zambrano formulado en autos "Expte. N° 699-CA-0, al que oportunamente adhiriera y que rescato como fundamento en este tema para el presente caso... Concordantemente con lo dicho, fuera de lo típicamente "conductal", o mejor, de la prudente apreciación de la conducta, ¿qué es lo que autoriza en el caso a hablar de ilicitud?"*

*"Y bien, más allá de los primigenios pasos que se sentaron en el que, para nuestros tribunales vernáculos ha constituido el "leading case" sobre la materia y que aparece citado en la sentencia de primera instancia (Juzgado de Primera Instancia de San Isidro publicado en ED 128-333 con*



nota de Bidart Campos), el panorama actual se ha ampliado y sistematizado y una correcta y erudita exposición del tema la realiza el Dr. Hitters en un voto que pronunciara como juez de la SCBA. Dijo en efecto:

"...soy de la idea de que la falta de reconocimiento del progenitor...se constituye en **un hecho jurídico ilícito que genera responsabilidad civil...**Ello así, partiendo -por un lado- de la legislación interna; y -por otro- de los tratados internacionales, ratificados por nuestro país.

"a) Legislación interna.

"...la negativa infundada del padre genera efectos jurídicos, partiendo del punto basilar que de las interconexiones que surgen de los pliegues y repliegues del derecho de familia y de la responsabilidad civil, el hijo tiene un derecho subjetivo a ser reconocido por quien lo ha engendrado (Kemelmajer de Carlucci, "Responsabilidad por falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial" en "Derecho de daños", 1ª parte, págs.666-8)."

"En efecto, y en lo que tiene que ver con el an debeat, repárese que el art. 254 del Cód. Civil...le confiere a los hijos la potestad de reclamar su filiación extramatrimonial contra quien consideren su padre o su madre, y si éstos se niegan, entiendo que hay ilicitud -pues como luego veremos- no existe derecho sin su correlativa acción...a tal punto que la negativa infundada lleva implícita la sanción por indignidad (art. 3296 bis , Cód. Civil)."

"De lo dicho se sigue sin ambages que la actitud de marras de los progenitores genera un daño moral para sus hijos (art. 1078, Cód. Civil), pues afecta su derecho al nombre, su derecho a conocer su identidad, y sobre todo su derecho a la personalidad; por lo que debemos concluir que quien elude voluntariamente un deber jurídico de



reconocimiento es responsable de los daños originados...pues el desconocimiento del nexo biológico, importa una ilicitud."

"Ello así pues se pone en marcha de ese modo el sistema de responsabilidad civil que requiere: ilicitud, daño, nexo causal y factor de atribución (arts. 254, 903, 904, 1074 y 1078, Cód. Civil).

"b) Tratados internacionales.

"...Soy de la opinión de que con las normas del estatuto civilístico que he citado, basta y sobra para configurar la responsabilidad civil del accionado, empero no resultará baladí traer a colación un conjunto de documentos y tratados internacionales, que a partir de la reforma de 1994 tienen jerarquía constitucional..."

"No cabe hesitación de que en la segunda mitad de este siglo ha tenido concreción una nueva disciplina jurídica, esto es el derecho internacional de los derechos humanos (Gros Espiell, "Derechos Humanos", Perú, págs. 15-27) que a nivel convencional ha generado una serie de instrumentos y tratados Internacionales...que...han servido para 'oxigenar' al derecho interno, confiriéndole pautas abarcadoras a nivel universal y regional desplegando una pantalla protectora para el ser humano en cualquier lugar en que se encuentre."

"Esto es lo que se ha dado en llamar la dimensión transnacional del derecho y de la justicia (Cappelletti, Mauro, "Justicia constitucional supranacional"...).

"Desde este punto de mira repárese que tanto la Declaración Universal como la Declaración Americana, como el pacto de San José de Costa Rica, como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y la Convención de los Derechos del Niño, han diseñado un conjunto de reglas y pautas ...protegiendo el derecho a la familia, los derechos del niño, el derecho a la personalidad, etc.". Y concluye el magistrado:



"De lo que antecede surge que los padres tienen una serie de obligaciones y deberes con sus hijos, y que éstos gozan de un conjunto de derechos, entre ellos el de la personalidad jurídica, el derecho al nombre, el derecho a conocer su identidad, etc.; cuyo incumplimiento genera responsabilidad."

"En consecuencia, admitida la existencia del ilícito en la conducta del demandado, es dable recordar que esta Corte ha señalado que en tal situación, los daños causados merecen reparación...No exime de responsabilidad al progenitor la eventual falta de culpa o negligencia, pues **la indemnización por agravio moral no es punitiva sino resarcitoria, desde que debe atenderse a la causalidad más que a la culpabilidad...**" (SCBA, abril 28-1998, ED 181-225 y ss; cf. A. Alterini-López Cabana, "Cuestiones de responsabilidad civil en el derecho de familia", en "Derecho de Daños", Edición La Ley, p.240, con cita de doctrina y jurisprudencia en nota n° 15; Zavala de González, "Resarcimiento de daños", T. 2 c, p.228 y ss., especialmente la conclusión del III Congreso de Daños, p.233).

"En lo que atañe al daño moral ocasionado por la falta de reconocimiento paterno cabe presumirlo, por cuanto tal conducta omisiva lesiona uno de los más profundos intereses extrapatrimoniales del ser humano, que tiene rango de atributo de la personalidad, cual es su derecho a la propia identidad...." (CNCiv. Sala C, 30/3/98, pub. íd., ps. 286/287). "En lo que atañe al daño moral ocasionado por la falta de reconocimiento paterno cabe presumirlo, por cuanto tal conducta omisiva lesiona uno de los más profundos intereses extrapatrimoniales del ser humano, que tiene rango de atributo de la personalidad, cual es su derecho a la propia identidad...." (CNCiv. Sala C, 30/3/98, pub. íd., ps.286/287)". ("D. C. D. C. CONTRA C. P. M. S/ FILIACION", (Expte. N° 28985/6) 2/12/10)



De este modo no es posible sostener con verosimilitud que el demandado no haya tenido conocimiento del embarazo de la madre del actor, y en esa senda es posible afirmar que el padre supo o debió saber de su paternidad lo cual torna cuanto menos culposo su obrar (cfr. Cám. Nac. Apel. Civil, Sala C, "O.D.L.H., P. c/ M., G.", 17/12/2013, LLAR/JUR/105342/2013).

En igual sentido se ha señalado: *"En tanto que si el demandado tenía alguna duda sobre su paternidad, la conducta que era dable esperar de él es someterse cuanto antes a la prueba de ADN y disipar de ese modo cualquier sospecha, teniendo en cuenta que había mantenido un vínculo sentimental con la madre, por más efímero u ocasional que éste fuera (cfr. Cám. Apel. Civ. y Com. Salta, Sala III, "P., S. c/ D., J.M.", 9/6/2014, DFYP 2014, pág. 50).*

De todo lo dicho se sigue que la sentencia de grado ha de ser revocada en cuanto rechaza el daño moral del actor.

Luego: *"Con relación al monto de la reparación del daño moral hace ya tiempo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dado una clara directriz rechazando las sumas simbólicas o exiguas, por considerarlas violatorias del principio alterum non laedere que surge del art. 19 de la Constitución Nacional (autos "Santa Coloma c/ E.F.A.", 5/8/1986, Fallos 308: 1.160).*

*Sin embargo, tampoco puede fijarse un monto en concepto de reparación del daño moral que, por su magnitud, desvirtúe la finalidad de esta reparación. Esto también ha sido señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al sostener que, siendo el daño moral insusceptible de apreciación pecuniaria, sólo debe buscarse una relativa satisfacción del agraviado mediante una suma de dinero que no deje indemne la ofensa, pero sin que ello represente un lucro que justamente desvirtúe la finalidad de la reparación*





*pretendida (autos "Quelas c/ Banco de la Nación Argentina", 27/6/2000, LL 2001-B, pág. 463)."*

Bajo esas pautas entiendo que cabe fijar el monto en la suma de \$ 50.000.

Las costas de Alzada se imponen en el orden causado.

**La Dra. Patricia CLERICI dijo:**

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **SALA II,**

**RESUELVE:**

**I.-** Modificar la sentencia de fs. 212/215 en cuanto rechazó la pretensión por daño moral, declarando la procedencia de este rubro por la suma de \$ 50.000,00 e imponiendo las costas de primera instancia al demandado.

**II.-** Imponer las costas por su orden, regulándose los honorarios de la Dra. ... en el 30% de los que resulte de la determinación honoraria correspondiente al grado (art. 15, ley 1.594).

**III.-** Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

**Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRÍO - DRA. PATRICIA M. CLERICI**

**Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria**