

En la ciudad de Santiago del Estero, a los 17 días del mes de Junio del año dos mil trece, reunidos los Sres. Vocales de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 3era. Nominación: PEDRO JOSÉ BASBÚS, ARRULFO HORACIO HERNANDEZ y FEDERICO JOSÉ ARGIBAY BERDAGUER, bajo la Presidencia del primero, ante mí: Secretaria autorizante y en la Sala de Acuerdos del organismo mencionado supra, para dictar sentencia en autos: "EXPTE. N° 183.623 AÑO: 2.001 L. M. L. contra A. L. G. sobre FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL", por haber venido en apelación la resolución dictada por la Sra. Jueza de Familia de 2da. Nominación en fecha 20/12/2012 y que en su parte pertinente RESUELVE: I) Hacer lugar a la presente acción de filiación extramatrimonial incoada por M. L. L., en nombre y representación de su hijo menor de edad F. E. L., en contra del Sr. L. G. A.; II) Declarar que F. E. L., DNI N° 40.603.955, nacido el día 14 de octubre del año mil novecientos noventa y siete. es hijo del Sr. L. G. A., DNI N° 25.596.042; III) Con Costas a cargo del accionado por haber dado lugar al presente juicio; IV) HACER LUGAR A LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL peticionada, condenando al Sr. L. G. A. a abonar en concepto de daño moral la suma de \$ 20.000 al menor F. E. L. Not. Practicado el sorteo de autos resultó que los Sres. Vocales debían votar en el siguiente orden: Federico José Argibay Berdaguer, Pedro José Basbús y Arrulfo Horacio Hernández. Puesta la causa a estudio el Tribunal formuló los siguientes interrogantes:

- 1) ¿Es justa la sentencia apelada?,
- 2) ¿Qué decir respecto de las costas?

A la primera cuestión, el Dr. Federico José Argibay Berdaguer dijo: Plataforma fáctica: A los fines de resolver el presente recurso resultan relevantes los siguientes hechos: La actora interpone demanda de filiación extramatrimonial y daños y perjuicios, en representación de su hijo menor de edad F. E. L., en contra del Sr. L. G. A. Aduce que conoció al demandado en el año 1996 y comenzaron a salir. Que en algunas oportunidades iban a bailar en compañía de sus primos, amigos y hermanos. Refiere que en febrero del año 1997 le comunica al Sr. A. de su embarazo y éste desaparece sin dar la cara hasta la fecha.

Señala que pudo mantener a su hijo gracias a la ayuda de sus padres. Que el demandado a más de contar con un trabajo estable, se desempeña en una Escuela técnica. Expresa que promueve la presente demanda con la intención de que su hijo sea emplazado en el estado de familia correspondiente.

Seguidamente, solicita se condene al accionado a abonar una indemnización por el daño moral y psicológico que la falta de reconocimiento paterno le ocasionó al menor de edad arriba nombrado. En ese sentido, reclama la suma de \$ 40.000 (cf. 3/5).

El demandado, por su parte, niega haber mantenido una relación sentimental con la actora y haber conocido del embarazo de aquélla. Empero, aduce conocer de vista a la Sra. L. Señala que la demanda intentada en su contra es temeraria, maliciosa e infundada. Del mismo modo, refiere que la actora no demuestra los extremos invocados y necesarios para que proceda la acción de daños y perjuicios en su contra. Por lo expuesto, solicita que se rechace la demanda con costas. (cf. fs. 14/15).

A fs. 160/165 obra agregada sentencia de fecha 20/12/2012 dictada por la Sra. Jueza de grado, que admite la demanda instaurada haciendo lugar a las acciones de filiación y daños intentadas, condenando al demandado a pagar la suma de \$ 20.000 en concepto de daños moral e imponiendo las costas al vencido. Contra dicho pronunciamiento se alza el apelante, quien expresa agravios a fs. 173/176. A fs.181 se le da por decaído el derecho que ha dejado de usar la parte actora. Los agravios: Las quejas vertidas por la parte demandada pueden resumirse de la siguiente manera: a) Se agravia de que la A quo haga lugar a la demanda de daños y lo condene a abonar el daño moral causado al niño basándose en citas doctrinales y jurisprudenciales. Señala al respecto que no existe norma legal alguna que prevea el derecho del hijo a reclamar daño moral. Aduce el quejoso que la Sentenciante considera que existe ilícito por el solo hecho de haber dicho que conocía a la actora, la que -por otra parte- no produjo ninguna prueba que aportara elementos ciertos sobre el conocimiento de aquél de la existencia del niño antes de la instauración de la demanda, o sobre alguna ayuda solicitada, o que exista de su parte algún ilícito por la supuesta falta de reconocimiento.

Que de la prueba testimonial producida por el recurrente surge que ninguno de los deponentes conocía a la actora o la existencia del niño. Que la A quo no valoró esta probanza en su verdadera dimensión. En ese sentido, señala que la Jueza de grado se limitó a desestimar el testimonio del Sr. Bauque por considerar que lo que manifestaba lo sabía por dichos de terceras personas. Refiere que la Sra. Magistrada de grado tampoco ponderó la situación familiar de su parte, quien está casado desde el año 1996 y ya tiene un hijo, Gustavo Damián.

Expresa que la A quo basó su pronunciamiento en el hecho de que su parte reconoció conocer de vista a la actora, sin reparar en que el recurrente también aseguró que no era una persona de su frecuencia habitual. De allí sus dudas sobre la paternidad del niño, razón por la cual en la audiencia de conciliación manifestó que dejaba pendiente el reconocimiento a las resultas de la prueba de ADN.

b) Cuestiona la cuantía del daño moral condenado. Al respecto señala que la Sra. L. promovió demanda de filiación en el año 2001, cuando el niño contaba con 3 años de edad, pero no urgió el proceso hasta que el menor de edad alcanzó los 15 años. Por ello, la actora es co-responsable por la falta de reconocimiento del niño antes de la instauración de la demanda, por lo que corresponde que aquélla asuma su culpabilidad. Asimismo, alega el apelante que la Sra. Jueza de grado no tuvo en cuenta su actitud en el proceso, pues en ningún momento lo entorpeció más allá de las legítimas defensas y nunca se opuso a la prueba de ADN mostrando una conducta colaborativa.

Refiere que para la justipreciación del daño debe valorarse el hecho de que tomó conocimiento de la existencia del niño con la promoción de la presente demanda, y ante una entendible duda, aceptó someterse a la prueba de ADN, la que se concretó recién en marzo de 2012, obteniéndose el resultado en abril de dicho año. c) Se agravia de la condena en costas, pues si se establece que la progenitora es co-responsable de la falta de emplazamiento paterno debe aquélla cargar también con las costas. En ese orden, asegura el quejoso que no se puede excluir y/o morigerar la indemnización condenada sino se revisa la condena en costas. Finalmente, cita jurisprudencia acorde a la postura sustentada por su parte. Consideraciones legales:

1) Abocándonos al estudio del recurso intentado e ingresando en el análisis y consideración de los agravios sostenidos por el quejoso, el suscripto adelanta criterio sobre la admisión parcial del remedio procesal intentado. En nuestros días se dice que la especialidad de la materia familiar no implica repudiar la aplicación de normas generales como las que regulan la responsabilidad aquiliana o extracontractual, pues los integrantes de una familia son ante todo personas. En ese sentido, y habiéndose corrido la mirada de la responsabilidad civil del autor del ilícito a la víctima, desde la doctrina y jurisprudencia se admiten los reclamos de daños por falta de reconocimiento, basándose en el deber jurídico de no dañar (art. 19 CN). Sin perjuicio de lo reseñado, el suscripto estima menester destacar que estas normas sobre responsabilidad, que pesan sobre todo aquel que injustificadamente provoca un daño, deben aplicarse en cuestiones de familia con mucha cautela y suma prudencia, pues los conflictos que entre sus miembros se suscitan necesitan de resoluciones que tiendan a preservar o fortalecer los vínculos pacificando la convivencia de sus integrantes. En esa inteligencia, no podemos perder de vista que una condena de esta naturaleza (sea que se entienda en sentido resarcitorio o punitivo) -por lo general- agudiza o cronifica el entuerto, situación que redundan en perjuicio de los mismos lazos que requieren nacer o afianzarse, haciendo añicos la afectividad en ciernes. Dicho esto, bueno es recordar que como todo juicio de reproche su viabilidad está condicionada a la prueba de todos los elementos de la responsabilidad civil, esto es: antijuridicidad, imputabilidad merced a un factor de atribución -que en el caso es subjetivo-, nexos causal y existencia del daño. Que al tener el hijo el derecho a gozar del emplazamiento familiar que se corresponda con su realidad biológica en virtud de lo dispuesto por los arts. 7 y 8 de la CIDN, el padre tiene el deber jurídico de reconocerlo, pues el hecho de que el reconocimiento sea un acto voluntario y unilateral no lo convierte en discrecional, ya que no queda librado a la autonomía privada del sujeto reconociente. En esa dirección, no podría haberse previsto una acción judicial para reclamar el estado de hijo sino existiera el deber correlativo del padre de reconocer a su descendencia. En ese sentido, quien incumple con el mentado deber jurídico conociendo de la existencia de un hijo suyo (de allí su antijuridicidad) debe responder ante los daños ocasionados. Por su parte, el factor de atribución, en el caso que nos ocupa, no puede ser otro que el subjetivo y responde quien no puede justificar error excusable. Así, se dice: "La conducta omisiva resulta objeto de reproche en tanto la persona que debe reconocer y no lo hace incurre en ella intencional o negligentemente, sustrayéndose a los deberes que nacen del acto procreacional". (cf. FAMÁ María Victoria, La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal, Editorial Abeledo Perrot, pág. 652). Como se ve, el fundamento es la culpa o el dolo, es decir que quien sabiendo o debiendo saber que es padre se sustrajo a su deber jurídico. "El factor de atribución podrá ser el dolo o la culpa, pero siempre implicará un acto consciente del sujeto que le es imputable, de modo que no será pasible de resarcimiento quien ha obrado sin discernimiento, intención y/o libertad, o quien desconocía la situación fáctica que dio lugar a la conducta omisiva (p. ej., quien no reconoce un hijo por ignorar su existencia) (autora y ob. citadas pág. 655).

Por otro lado, el daño es una consecuencia del incumplimiento genérico del principio de no dañar y específica de la afeción del derecho a la identidad del hijo en sus múltiples dimensiones. Que aquél puede ser moral y/o material y su concurrencia independiente. Sobre el daño moral, la doctrina está conteste en sostener: ".Está plenamente ocasionado con la indeterminación del vínculo que arrastra todas las privaciones y goce de derechos emergentes del emplazamiento filial. Por último, la relación de causalidad no parece un tema complejo, puesto que "probada la filiación y concomitantemente o con

posterioridad, la negativa voluntaria al reconocimiento es obvio que el progenitor que haya incurrido en la conducta omisiva responderá por el daño. irrogado al hijo (cf. DUTTO, Ricardo J., Daños ocasionados en las relaciones de familia, Editorial Hammurabi, pág.198).

2) Sentadas estas premisas, y analizando las constancias de la causa sometida a examen, asiste razón al quejoso en cuanto a que no se demostró en autos su conocimiento respecto de la existencia del hijo con anterioridad a la promoción de la demanda. Que ello dimana de la orfandad probatoria de la actora, sobre quien pesaba la carga de probar tal extremo. Sin perjuicio de ello, se advierte que la demanda fue promovida en fecha (26/12/2001) y que el Sr. A. tomó conocimiento de la paternidad endilgada al ser notificado de la acción intentada (14/02/2002, cf. constancias de fs. 18). Del mismo modo, se observa una actitud ambivalente por parte del demandado, pues mientras en su escrito de responde que luce a fs. 14/15 niega haber mantenido una relación sentimental con la actora, dice desconocer quién puede ser el autor de su embarazo y solicita el rechazo de la demanda por temeraria e infundada con costas, a fs. 8, en oportunidad de celebrarse la audiencia de conciliación respectiva, expresa que el reconocimiento de la filiación de F. E. L. estará sujeto a las resultas de la prueba de ADN. Desde esa perspectiva, cabe inferir que si bien su actitud en el proceso no fue obstructiva (pues se sometió a la prueba de ADN cuando fue citado) tampoco fue acabadamente colaborativa (ya que negó relación con la actora y solicitó el rechazo de la demanda por temeraria e infundada). En efecto, quien se entera que es o puede ser el padre de un niño tiene el deber de arbitrar todos los medios que estén a su alcance a fin de despejar cualquier duda, contribuir a brindar certezas a la biografía de ese niño, que necesita construir su identidad sobre realidades, y no esperar a que se trabe la litis como aconteció en el sub-lite. En definitiva, en ello estriba el principio procesal de buena fe (coherencia, lealtad, narraciones veraces, etc.). Dicho esto corresponde confirmar lo resuelto por la A quo en lo relativo a la condena del Sr. A. por el daño moral causado al ahora adolescente por la falta de reconocimiento espontáneo una vez notificado de la presente causa, en la que pudo y debió arbitrar los recaudos tendientes a la celera determinación judicial de la paternidad endilgada. Empero, que no se entienda que estamos confirmando parcialmente esta condena sólo por la conducta procesal de la parte en juicio, sino que ese comportamiento, es analizado en el contexto general de la actitud tardía y renuente del accionado. Asimismo, conviene destacar que el daño moral causado por el no reconocimiento oportuno no requiere de prueba específica sino que se presume. Así, se dijo: "el perjuicio que deriva de la falta de emplazamiento en el estado filial. es indudable. La carencia de un vínculo jurídico. acarrea una situación anómala dentro del emplazamiento familiar que coloca a esa persona en una posición desventajosa desde el punto de vista individual y social." (AZPIRI, Jorge, citado por FAMA, María Victoria, La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal, Editorial Abeledo Perrot, pág. 659/660). En ese sentido, se sostuvo: "El hijo, durante todo el lapso anterior al reconocimiento o a la declaración judicial de su filiación, se vio impedido de ejercer los derechos que son inherentes al estado de tal" (ZANNONI, Eduardo, citado por autora mencionada en ob. de referencia, pág. 660). En ese orden, el repertorio pretoriano resolvió: "el presumible perjuicio resultaría de no haber contado con el apellido paterno y no haber gozado de la posesión de estado" (CN Civ., Sala B, 25/03/2003, LL 2003-F-y ED 204-338).

Cuestión diferente es el tema del quantum indemnizatorio cuya determinación debe realizarse hasta el momento en que el menor de edad es ubicado en su verdadero status respecto del progenitor.

Al respecto no existen fórmulas aritméticas, pero sí parámetros a tener en cuenta: la edad del menor y especial impacto en la adolescencia; el plazo transcurrido de la negativa paterna; la actitud del padre durante el proceso; la demora materna en iniciar la acción de filiación (tema discutido en doctrina y jurisprudencia); la situación social de las partes, etc. En ese sentido, no se nos escapa que el proceso tardó once años en dilucidarse (habiéndose iniciado en diciembre de 2001 se resolvió en fecha 20/12/2012) y que atento a ello F. E. pasó su infancia, principió y continuó su adolescencia sin el debido emplazamiento filiatorio -advírtase que cuenta en la actualidad con 15 años-. En ese orden, no es lo mismo ser reconocido u obtener sentencia de filiación a temprana edad que habiéndose convertido en adolescente. Así, se dijo: "La proyección social del daño guarda una evidente relación con la edad del hijo, puesto que cuanto más avanzada es ésta, más abarcativa y fluida será su vida de relación". (FAMÁ, María Victoria, ob. citada, pág. 662). En esa inteligencia, se sostuvo: "no es lo mismo el reconocimiento en los primeros años de vida cuando aún no ha salido del ámbito familiar, que la situación de quien ha debido transitar toda su escolaridad sin el apellido paterno, ni el goce del estado de familia al que debió ser emplazado" (C. 2º Civ y Com Paraná, 6/2/2007, LL Litoral, agosto 2007, p. 786). Igualmente, y a los fines de establecer un monto indemnizatorio equitativo y razonable, el suscripto considera que el comportamiento desarrollado por la madre (representante legal de la parte actora del juicio) también debe meritarse.

Efectivamente, estimo prudente destacar que la tardanza en obtener el emplazamiento debe achacarse no solamente a la actitud renuente del padre sino al obrar desidioso de la madre en el proceso, quien lo promovió en el año 2001 y lo concluyó -por diversos avatares procedimentales- en el 2012, teniendo aquélla la carga constitucional de instar el proceso. Que quede claro que ello en modo alguno significa achacar responsabilidad a la madre por el daño causado al hijo, pues la conducta ilícita generadora de la falta de identidad respectiva es atribuida al progenitor que no reconoce voluntariamente a su descendiente, sino dejar sentado que su conducta en el proceso terminó en definitiva coadyuvando a la tardanza con la que el menor de edad logró obtener su emplazamiento filial completo. En ese sentido, considero que debe morigerarse la suma condenada y fijarse la indemnización en \$ 14000. Dicho esto, habiéndose valorado también la conducta desplegada por la representante legal del actor para cuantificar los daños, y habiéndose modificado el monto establecido por la A quo, corresponde también morigerar lo decidido sobre costas.

En esa dirección, el suscripto estima que deben imponerse en primera instancia en un 85 % a cargo del demandado y un 15 % a cargo de la actora, debiéndose imponer en esta instancia en el orden causado por no haber mediado oposición. Por lo reseñado, el suscripto estima que la sentencia apelada debe revocarse parcialmente. Por lo expuesto A LA PRIMERA CUESTIÓN EL DR. FEDERICO JOSÉ ARGIBAY BERDAGUER dijo: Voto por la negativa proponiendo al Acuerdo admitir parcialmente el recurso intentado disminuyendo el monto del daño moral a la suma de \$ 14000 y, en consecuencia, estableciendo que las costas serán soportadas por el demandado en un 85% y por la actora en un 15%. A la primera cuestión los Sres. Pedro José Basbus y Arrulfo Horacio Hernández dijeron: Que compartan el voto del Sr. Vocal preopinante.

A LA SEGUNDA CUESTION EL DR. FEDERICO JOSÉ ARGIBAY BERDAGUER dijo: Las costas deben imponerse en esta instancia en el orden causado por no haber mediado oposición. A la segunda cuestión los Sres. Pedro José Basbus y Arrulfo Horacio Hernández dijeron: Que comparten el voto del Sr. Vocal preopinante. Con lo que se da por finalizado el acuerdo firmando los Sres. Vocales, Federico José Argibay Berdaguer, Pedro José Basbus y Arrulfo Horacio Hernández. Ante mi, Dra. María Carolina Josefina Agüero. Es copia fiel de su original que se reserva por secretaría. Doy fé.

SENTENCIA: Santiago del Estero, 17 de Junio del año dos mil trece. A mérito del acuerdo precedente, el Tribunal RESUELVE:

1º) HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso intentado disminuyendo el monto del daño moral a la suma de \$ 14000 y, en consecuencia, estableciendo que las costas serán soportadas por el demandado en un 85% y por la actora en un 15%.

2º) IMPONER las costas en la Alzada en el orden causado . Notifíquese, agréguese copia de la presente cuyo original se reservará por Secretaría.

Fdo. Dres. Federico José Argibay Berdaguer, Pedro José Basbús y Arrulfo Horacio Hernández.

Ante mi, Dra. María Carolina Josefina Agüero.

Es copia fiel de su original que se reserva por secretaría. Doy fé.