En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de junio del año dos mil diecisiete, reunida en acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de la Dra. María Fernanda Zanatta y asistencia de la Sra. jueza de Cámara Dra. Dra. Graciela Mercedes García Blanco y del Sr. juez de Cámara Dr. Julio Antonio Alexandre, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"C., K. A. c/ F., H. I. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS", expte. nro. 540/16,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 1 (expte. nro. 597/13), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 365) y auto de fs. 366, correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Graciela Mercedes García Blanco, Dra. María Fernanda Zanatta y Dr. Julio Antonio Alexandre.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 305/312vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, la Dra. García Blanco dijo:

La Sentencia Definitiva nro. 101/2016 del Juzgado Civil nro. 1 de la jurisdicción dispuso hacer lugar a la demanda, declarando la responsabilidad del señor H. I. F., condenándolo a resarcir a la Sra. K. A. C. la suma de $483.200 (cuatrocientos ochenta y tres mil doscientos pesos) más los intereses correspondientes a la tasa activa del Banco Nación liquidados en la etapa de ejecución de sentencia hasta cancelar total y definitivamente el capital, a calcular desde el momento en que se efectuó la notificación de la demanda de

filiación, lo cual ocurrió el día 21 de noviembre de 2007.

Impuso las costas de este proceso a la parte demandada perdidosa (*cf*. art. 69 del CPCC). Dispuso que la mora se produzca de pleno derecho una vez trascurrido 10 días de que la presente resolución se encuentre firme o consentida.

Reguló los honorarios de los profesionales actuantes (fs. 305/312).

Contra la misma se alzaron las partes a fs. 315 la accionante, a fs. 316 la letrada de la parte actora Dra. A. C. R. apeló por bajos sus honorarios profesionales, a fs. 323 el demandado.

A fs. 346/349 se glosó el memorial de agravios del demandado, sostiene que recién tuvo conocimiento cuando se efectuó la notificación de la acción de filiación en el año 2007 (21/11/2007, notificación demanda).

No violó un deber jurídico, no estuvo comprometida su responsabilidad porque la realidad fue el desconocimiento que K. pudiera ser su hija. La exigibilidad se produjo al notificar la acción de filiación. Solicita que el importe de alimentos se compute desde el 21 de noviembre de 2007 hasta los 21 años de K..

Se queja de la condena por daño moral, hace mención al desconocimiento, porque la madre estaba unida en matrimonio y había tenido un

encuentro casual con ella, ignoraba la existencia de la hija. Solicita una morigeración del *quantum* indemnizatorio.

No se demostró el supuesto daño psicológico porque K. terminó los estudios secundarios en La Rioja y nada se declara de pretender cursar universitarios. Ese apelante tiene dos hijas y vive de un sueldo municipal.

Solicita también se condene a pagar los alimentos atrasados desde la fecha de notificación, no desde el nacimiento.

Expresó agravios a fs. 351/356 la parte actora.

A modo de introducción dice que durante su primer año de vida el padre la visitó, fue abandonada e ignorada, remite a la conducta en el juicio de filiación.

El primer agravio es el comienzo del curso de los intereses. Hace referencia a la pérdida de oportunidades por la situación económica en que vivió.

Hace el razonamiento que si las cuotas alimentarias se calcularon desde el nacimiento es porque quedó demostrado que conocía el demandado, por lo tanto los intereses se deben desde esa fecha.

La actora contesta los agravios del demandando a fs. 358/360, dice que el padre frecuentó la casa de su madre hasta que tuvo un año de vida, por otra parte estuvo rebelde y tuvo una conducta obstructiva que llevaron a diez años de pleito. Debe desestimarse el argumento que no conocía su existencia. La ilicitud nace del momento que debe reconocer y no lo hace. En cuanto al daño moral dice que es una responsabilidad derivada del factor subjetivo en tanto el progenitor omitió intencionalmente el reconocimiento voluntario, sustrayéndose al deber jurídico respectivo (fs. 359).

También contesta a fs. 361/362 el demandado, sosteniendo la fecha del cómputo dispuesta por el juez *a quo* invoca lo dispuesto por el art. 570 del CC y C N.

Análisis:

El primer agravio del padre apelante lo constituye el importe fijado por alimentos solicitando se fije desde la notificación de la demanda de filiación el 21 de noviembre de 2007. El juez de grado hizo lugar al monto

reclamado en la demanda por daño consistente en la pérdida de chance (fs. 310 y fs. 5vta.).

A los fines del tratamiento del tema debo decir que el demandado recién se presenta en el pleito apelando la sentencia, a fs. 19 se decretó la rebeldía de H. I. F. notificada a fs. 22, decidiendo abrir la causa a prueba a fs. 24.

He de coincidir con el juez *a quo* respecto de los efectos de la rebeldía.

La jurisprudencia ha sostenido: "La falta de contestación de la demanda no implica como consecuencia automática que los hechos en ella invocados sean tenidos por ciertos. La sentencia debe ser pronunciada según el mérito de la causa.

Según lo dispuesto en el artículo 64 del código procesal, la comparecencia del rebelde en ningún caso retrograda la sustanciación del procedimiento. Vale decir que el demandado declarado rebelde no puede plantear defensas sustanciales que solo estuvo facultado para deducir al contestar la demanda, aun cuando su presentación posterior lo habilita para ejercer la defensa de sus derechos en la forma que la ley determina (*cf*. Palacio, L., "Derecho Procesal Civil", T° IV, páginas 206/207; Fassi, S. C., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado", ed. 1978, T° I, página 263).

El efecto de la rebeldía –vale recordar- es tener por reconocidos los hechos lícitos señalados en la demanda que pueden motivar su éxito. "Pero si nada de lo expresado al demandar, como hecho fundante de la pretensión, podía determinar su éxito de acuerdo al derecho vigente, ninguna relevancia tiene, para la solución del litigio, el silencio del demandado". Sin

desconocer que la rebeldía no posee un efecto vinculante que vede al juez la facultad de juzgar la bondad de la pretensión actora, es cierto que el silencio a partir del cual se configura tal "status" procesal es, al menos, frente a la carga procesal de responder al interrogante que toda demanda conlleva con respecto a la legitimación de sus sujetos, la veracidad de su causa, la legalidad y mérito de su objeto, una presunción contraria a quien, abroquelado en tal silencio y despreciando el "deber" de responder y negar, contradecir y excepcionar, no satisface aquella carga (arts. 60, 354, 484 del CPr; art. 919 CCiv.; Carlos J. Colombo – Claudio M. Kiper, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación anotado y comentado*, T. 1, pág. 464 y ss., editorial La Ley, Buenos Aires, 2006).

La presunción procesal deriva del principio establecido por el CCiv: (919) que solo otorga al silencio calidad de manifestación de voluntad, en aquellos casos en que el requerido tenga obligación de explicarse; quien es convocado a juicio no tiene obligación de contestar; pero, es indudable que cuando el juez confiere traslado al accionado lo es con el objeto que se pronuncie respecto de las pretensiones del accionante, manifestando su conformidad o disconformidad; en esta inteligencia es razonable que el silencio pueda ser interpretado como un reconocimiento tácito de hechos y documentos (*cf*. Highton E. - Areán B, "Código Procesal Civil y Comercial de La Nación", T. 7, pág. 9 y ss, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2007).

Como señalé párrafos precedentes, debe observarse si lo expresado al demandar, como hecho fundante de la pretensión, consecuentemente el monto reclamado, podía determinar su éxito de acuerdo al derecho vigente, por ello ninguna relevancia tiene, para la solución del

litigio, el silencio del demandado. La actora estimó el daño material en el 20% de los salarios del demandado desde el día del nacimiento a los 21 años.

En este orden de ideas, considero que el juez a quo efectuó una valoración errada de la petición formulada por la actora y asentando su decisión en una sentencia del Superior Tribunal de Mendoza a la que atribuye una conclusión definitoria que no coincide con lo que fue resuelto, que en situación análoga al presente pleito rechazó el monto requerido por daño material por el reconocimiento tardío de la hija, dando fundamentos doctrinarios que hicieron a su inviabilidad como fuera requerida y readecuó a lo que consideró efectivamente la lesión.

Va de suyo que no he de abordar el daño moral, por la extensa recepción y repercusión en doctrina y jurisprudencia que sin excepción ha admitido la procedencia de reparación económica por el reconocimiento tardío de la filiación, y la falta de argumentos en el memorial de agravios no llevan a una solución distinta.

Los niños, tienen un derecho constitucional y supranacional a tener una filiación –y para tenerla, debieron haber sido reconocidos-, toda vez que ese derecho, y el de conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, el derecho a la identidad individual y familiar y, subyacente a ellos y como principio fundamental, el interés superior del niño, se hallan consagrados en los arts. 3, 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional sobre derechos humanos que integra el bloque de constitucionalidad argentino (*cf*. art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional).

El ataque a esos derechos fundamentales configura por sí, precisamente, el daño moral, sin perjuicio de la

existencia de otros daños en concreto que pudieran acreditarse (Ameal-Hernández-Ugarte, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial*. Editorial Estudio, Buenos Aires, 2016, t. 2, p. 605).

La omisión del demandado de haber reconocido a su hija constituye un acto antijurídico en los términos del art. 1066 del Código Civil y su interpretación por la doctrina y la jurisprudencia, noción que ha sido reafirmada en la actualidad por el art. 1717 del Código Civil y Comercial de la Nación (deber general de no dañar).

En el daño moral el nexo de causalidad entre el hecho dañoso y el derecho avasallado es directo y no merece ser acreditado, participo de la idea de que el mismo surge "in re ipsa", se presume cuando como en el caso ha habido una lesión a un derecho personalísimo derivado de la falta de cumplimiento espontáneo del hijo.

A mayor abundamiento, causa tal daño la falta de reconocimiento cuando esa situación es la consecuencia de la conducta del progenitor, esa omisión se proyecta en la esfera de los derechos subjetivos, exclusión del orden sucesorio, uso del apellido paterno, y falta de protección estructurada en general alrededor de la patria potestad, como asimismo en la vida social que debió usar el apellido materno, y es lo que acaece en el curso habitual y ordinario de los hechos y resulta del conocimiento de los sentimientos normales de las personas el sufrimiento de un hijo negado por su padre, segregando los vínculos afectivos propios de los lazos biológicos, ocultando los abuelos, tíos, primos, etc, como igualmente la imposibilidad de la madre de suplir el rol paterno ausente.

Lejos estuvo el demandado de demostrar razones serias que justifiquen su ausencia de reconocimiento (como indicaré más adelante), por el contrario, solo priorizó la situación de sus hijos matrimoniales en detrimento de la actora, ocasionándole un padecimiento aun mayor.

Consecuentemente la responsabilidad del demandado decidida en primera instancia no resulta conmovida, en cuanto al monto indemnizatorio concedido por daño moral, dejo de lado mi parecer por el principio *reformatio in pejus*, por lo cual no corresponde disminuirlo y lo confirmo en $80.000.

Concluido el tema sobre el resarcimiento por daño moral, he de analizar la procedencia de la reparación por daño material y consecuentemente la determinación del monto, puesto que no sucede lo mismo que respecto de aquel.

En el citado precedente invocado por el juez *a quo*, cuya lectura es enriquecedora y orientadora, uno de los puntos principales que delimitó fue sobre la procedencia del reclamo por daño material por el no reconocimiento del hijo.

Las distintas posturas que transitan desde la falta de legitimación activa, hasta el rechazo por carecer de daño, a considerar que exclusivamente procede cuando hubo una indigencia total o admitido exclusivamente como pérdida de chance.

En el convencimiento que escapan al marco de la queja el detalle de la doctrina nacional e internacional, toda vez que el demandado exclusivamente pide la morigeración, atrincherado en el argumento que desconocía su paternidad, simplemente transcribo la postura que comparto, expuesta en tan trascendente fallo

de la CSJ Mendoza y que deviene necesaria para abordar la cuestión:

"Incumplimiento del deber de asistencia y daños derivados de la falta de reconocimiento. En una obra reciente se afirma: "El resarcimiento del daño patrimonial derivado de la falta de reconocimiento, que la doctrina vincula con las carencias materiales de la víctima, es una cuestión que presenta notables puntos de contacto con el problema del resarcimiento del perjuicio por incumplimiento del deber de asistencia (Reviriego, Salvatori, La responsabilidad en el derecho de familia. Particularidades y principales supuestos, en Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo, *Tratado de la responsabilidad civil*, Bs. As., ed. La Ley, 2004 pág. 266). En el análisis de esta relación se visualizan dos tendencias:

"a) Una considera incompatibles ambos rubros; o sea, se deben reclamar alimentos, más sus intereses, pero no daños y perjuicios (Reviriego, Salvatori, *La responsabilidad en el derecho de familia. Particularidades y principales supuestos*, en Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo, Tratado de la responsabilidad civil, Bs. As., ed. La Ley, 2004, pág. 267; Sambrizzi, Eduardo, *Improcedencia del reclamo de daños por incumplimiento del pago de la cuota alimentaria y por la falta de comunicación con los hijos o su obstrucción*, LL 2003-A-104). Esta posición se funda en las siguientes razones:

"- No corresponde la aplicación indiscriminada de los principios de la responsabilidad civil en el ámbito del derecho de familia.

"- El incumplimiento del deber de asistencia material genera diversas consecuencias legales: (I) Está incriminado como delito penal; (II) Constituye causa de

separación personal y divorcio (art. 202); (III) Puede configurar un supuesto de pérdida de la patria potestad. Consecuentemente, su desatención puede generar responsabilidad civil; sin embargo, ese daño debe ser indemnizado dentro de la limitación propia de la naturaleza de la obligación en tratamiento, especialmente cuando debe efectivizarse en dinero. Consecuentemente, la indemnización del daño derivado de no pasar cuota alimentaria se compensa exclusivamente con los intereses. Sólo si el incumplimiento es doloso, deberá repararse el mayor daño causado fuera de los intereses.

”- No cabe presumir daño por el impago de las cuotas; la falta de pago pudo no haber repercutido en absoluto en su nivel de vida, o las eventuales privaciones sufridas pudieron no haberlo afectado en modo alguno.

”- Excepcionalmente, esos daños serían reparables si se acreditara que la falta de pago de las cuotas implicó que el hijo sufriera un daño específico y de cierta gravedad, que no hubiera padecido de haberlas percibido, como sería, por ej., si la falta de pago impidió una intervención quirúrgica, que con cierta probabilidad hubiera evitado un daño irreversible que sufrió por no haberse operado.

”- En cambio, la madre está legitimada para reclamar en nombre propio al padre que no pagó al menor la cuota alimentaria los daños materiales ciertos que ella hubiera sufrido con motivo de esa falta de pago, los cuales, en la generalidad de los casos, están constituidos por el monto de las cuotas no abonadas, que ella debió reemplazar, ya sea con dinero propio o de un préstamo, con más sus intereses.

”Compartiendo esta tendencia se ha declarado improponible el reclamo por el detrimento sufrido por quien a falta de ayuda del padre debió sustentarse sólo con el apoyo materno. Se argumenta que si bien el derecho a alimentos se asienta en el emplazamiento de estado del hijo, pudo haberlos requerido de su progenitor con carácter provisional aún antes de interpuesta la demanda de filiación, si el vínculo aparecía verosímil (Cám. CC Morón, sala II, 21/10/1997, La Ley Bs. As., 1998-399).

”b) Otra posición, en cambio, entiende que hay daños y perjuicios que provienen de no cumplir con el deber de asistencia. Con criterio más general aún, este daño ha sido reconocido en algunos congresos y jornadas que se han ocupado del tema reparación de daños y perjuicios derivados del incumplimiento de los deberes que emanan de la patria potestad; en esas ocasiones se ha hablado de daño moral y material, mas no hay pronunciamiento sobre la carga de la prueba. Así, por ej., en el VII Congreso Internacional de Derecho de Daños (Bs. As., 2/4 Octubre del 2002), la comisión n° 5
recomendó: "Se debe admitir la procedencia de la acción por daño moral y/o material contra el progenitor que viole derechos subjetivos del derecho derivados del derecho-función de la autoridad de los padres" (*cf* con este criterio, Grosman, Cecilia, *Responsabilidad de los cónyuges entre sí y respecto de los hijos, en Los nuevos daños*, obra colectiva coordinada por Carlos Ghersi, Bs. As., ed. Hammurabi, 1995, pág.414; Antonio, Daniel H., *Responsabilidad paterna por incumplimiento del deber alimentario y por los malos tratos*, en Mosset Iturraspe, J., y otros, Responsabilidad de los padres, tutores y guardadores, Santa Fe, ed. Rubinzal, 1998, pág. 175; Gorvein, Nilda, Incumplimiento del deber de asistencia familiar como una forma de violencia dentro de la familia

y de maltrato hacia el menor, J.A 1994-I-835; Belluscio, Claudio A., *Incumplimiento alimentario respecto de los hijos menores*, Bs. As., ed. La Rocca, 2002, 152 y ss; Sobrino, A., y otras, *Alimentos y daño moral*, J.A 1998-II-689; Nicoliello, Nelson, El padre que omite cumplir con sus deberes para con el hijo incurre en conducta ilícita y debe indemnizar los daños y perjuicios, en Rev. Judicatura, N° 35, Junio 1993, pág. 85, aunque estos tres últimos autores se refieren sólo al daño moral). Es también la posición asumida por la Corte de Casación italiana en decisión del 7/6/2000 en la que afirma: "La conducta ilícita del padre natural que paga con relevante retardo los alimentos debidos al hijo menor determinan una lesión en sus derechos fundamentales de hijo y de persona menor de edad, lesión que se traduce en un daño a la vida de relación que resulta resarcible a la luz del art. 2043 del código civil italiano" (*Resp. Civile e previdenza, anno* 2000, vol LXV pág. 923, con nota de Patricia Ziviz, Continua *il cammnino del danno esistenziale*; *cf.* Gariella, Annalisa, *Mantenimiento e alimenti: La violazione degli obblighi*, en Cendon, Paolo *Trattato breve dei nuovi danni, Padova*, ed. Cedam, 2001, pág. 1384).

”Esta posición, liderada especialmente por Nelly Minyersky (*Daños y perjuicios: incumplimiento alimentario y obstrucción al régimen de comunicación entre padres e hijos*, en Rev. Derecho de Familia, n° 20, 2002, pág. 63 y ss; de la misma autora, su ponencia a las Segundas Jornadas Mendocinas de Derecho Civil, J.A 1991-II-849; *Los daños y perjuicios en el derecho de familia, en Derecho Privado*, Libro homenaje a A. Bueres, Bs. As., ed. Hammurabi, 2001, pág. 1768, aunque en estos dos últimos trabajos, elaborados originariamente en coautoría con Lily Flah y Lidia Viggiola, las referencias

específicas son al daño moral) se funda en las siguientes razones:

”- En nuestros días, uno de los problemas más profundos que concurre a frustrar o entorpecer el pleno desarrollo del niño está constituido por la inobservancia paterna del deber de asistencia en su aspecto alimentario, tema de indudable trascendencia en atención a los requerimientos propios del sujeto alimentado, un menor de edad.

”- En todo el mundo civilizado existe una suerte de guerra contra la inejecución de la deuda alimentaria en la que los remedios se multiplican, aunque no siempre con éxito; en 1999, una investigación del Ministerio de Justicia de Francia estableció que el 65% de las condenas judiciales por alimentos se pagan irregularmente, o directamente no se cumplen (Berthet, Pascual, *Les obligations alimentaires et les transformations de la famille*, París, ed. L’Harmattan, 2000, pág. 226). Los jueces, pues, no deben cerrar los ojos a esta realidad y recurrir a todos los medios legales para evitar el mal descrito.

”- El incumplimiento de los deberes de asistencia es un hecho grave, de tal magnitud, que la ley lo reprime aún penalmente; nada impide que, incluso, esos daños se peticionen constituyéndose en actor civil en el proceso penal (Caimmi, L.A. y otro, *Los delitos de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar e insolvencia alimentaria fraudulenta*, 2" ed., Bs. As., ed. Depalma, 1997, pág. 173 y ss); más aún, en principio, estos daños deben ser reparados si se pretende la suspensión del juicio a prueba (Ver Peluzzi, Marcelo A., *El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar y la reparación del daño en la suspensión del proceso a prueba*, en Rev. de D. Procesal,

2002-2-319).

”- La Convención Internacional de los Derechos del Niño dispone: "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).

”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.

”- 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” (CSJ Mza. ElDial MC31F2).

Concluyó en dicha oportunidad la distinguida doctrinaria que el daño tiene carácter de chance, que

consistió en la perdida de “chance” entendiéndola, en la posibilidad de haber tenido una vida con menos restricciones, rechazó los cálculos de la actora, y estableció una suma que habría permitido superar el piso de las necesidades mínimas que cubiertas por la madre.

Comparto sin hesitación la conclusión, pero a la luz de la situación ventilada en el presente caso.

Como primer punto, esta acción no es de alimentos atrasados, sino la consecuencia del incumplimiento. De interpretar que se deben los alimentos atrasados se estaría por esta vía violando todos los plazos de caducidad y/o prescripción establecidos

Debe considerarse que el demandado no solo manifestó su negativa a reconocer a la hija, sino que dilató el proceso de filiación en todas sus formas. O sea, que el demandado demoró el cumplimiento de las obligaciones familiares, oponiendo de mala fe sus propios actos.

Vemos entonces que, reitera una posición distorsionando la verdad, cuando dice que la madre de la actora estaba unida en matrimonio, según el expte. 456/88, ”A., G. y S. C. s/ divorcio” agregado por cuerda, surge de fs. 14 la sentencia que decretó la separación vincular, que la actora estaba separada de hecho sin voluntad de unirse tres años antes de dicha decisión judicial que fue el 23 de noviembre de 1988, y según la partida de nacimiento de K. ella nació el 7 de julio de 1988, o sea que la madre no estaba conviviendo con su esposo, el juicio de filiación se inicia el 30/10/2007 (fs. 9vta. expte. 166/07 ”C., S. c/ F. H. s/ filiación”).

Al iniciarse este proceso de filiación, recusó a la jueza *a quo*, el 7-12-07 generando con ello una dilación que se subsanó el 23 de mayo de 2008, la prueba biológica recién pudo

efectuarse en 3 de enero de 2011 y no concurre el demandado, estuvo por confeso en la absolución de posiciones, concluyendo el pleito el 27 de octubre de 2011.

En síntesis no puede desconocerse toda la actividad procesal dilatoria asumida en el proceso por filiación y en el pleito por daños y perjuicios su indiferencia al no responder la demanda.

Concluyo que existe daño material sufrido por el menor.

La doctrina sostiene que, en principio, ninguna incidencia tiene la situación patrimonial de la madre. No se discute el cumplimiento del primer requisito de la responsabilidad, cual es la antijuridicidad de la conducta, que en este caso, radica en negarse voluntariamente a establecer la filiación, ya que el hijo tiene un derecho constitucional y supranacional otorgado por la Convención de los Derechos del Niño a conocer su realidad biológica. El factor de atribución es el dolo o la culpa, pues se trata de una responsabilidad subjetiva. No existe culpa si el demandado desconocía la existencia del hijo, situación que no es la de autos, ya que de la prueba aquí rendida y en el proceso por filiación surge claro el conocimiento con las declaraciones testimoniales y las reiteradas negativas prejudiciales al reconocimiento. A ello cabe agregar la conducta procesal desleal constatada. El daño es el bien o derecho que se vulnera con la falta de reconocimiento, tal es el derecho a la identidad personal, al negársele estado civil, estado de familia, y la posibilidad de una mejor vida, como en el caso de autos.

El demandado puntualmente en su memorial de agravios se queja que el juez a quo condena a pagar alimentos atrasados retroactivos al nacimiento de la actora,

haciendo hincapié en el desconocimiento de la circunstancia que la actora era su hija biológica, y requiere a esta alzada una morigeración de la condena por el rubro daño material.

Carlos A. Arianna y Levy, Lea afirman: "La cuestión del daño material ha sido escasamente planteada en juicio de filiación. La dificultad quizás se deba a que, a diferencia del daño moral, aquél no surge *in re ipsa*, es decir, que verificada la falta de reconocimiento y su imputación a título de dolo o culpa, no se derivará la existencia del daño material. Más ello no impide que, en determinadas circunstancias, su reparación resulte procedente. Si la acción de reclamación de la filiación se plantea cuando el hijo tiene una edad avanzada, es obvio que durante todo ese tiempo se vio privado de ejercer los derechos
subjetivos familiares que dependen del previo emplazamiento.

Concretamente, en lo que aquí nos interesa, el derecho alimentario, el art. 265 del CC impone el deber a los padres de alimentar y educar a sus hijos de acuerdo con su condición y fortuna, no solo con los bienes de los hijos, sino con los suyos propios. Si por hipótesis, el progenitor que no reconoció al hijo es una persona de regular fortuna y el otro progenitor de escasos recursos, el hijo pudo haber sufrido perjuicio que un emplazamiento espontáneo pudo haber evitado. Pensemos en la carencia de una formación educativa, en una intervención quirúrgica o un tratamiento médico que no pudo llevarse a cabo y como consecuencia de ello el hijo sufra una minusvalía etc. El supuesto encuadre en el que se ha denominado pérdida de una chance, conceptualizada por la doctrina como la posibilidad de ganancias que resulta frustrada a raíz del incumplimiento de la obligación o

el hecho ilícito. Pero conviene advertir que la indemnización no es el resultado de beneficio dejado de percibir por el acreedor; en nuestro caso, una suerte de alimentos retroactivos, pues mal o bien, estos han sido cubiertos por el otro progenitor y, por otra parte, los efectos de la sentencia del juicio de alimentos se remiten a la fecha de interposición de la demanda o audiencia de avenimiento o primer reclamo.

No es menester exigir la prueba de que el menor sufrió privaciones por carecer del aporte alimentario; que se vio impedido de un mejor bienestar, de una mayor educación, de mejores esparcimientos; estos hechos no requieren prueba pues son evidentes, de público y notorio que con mayores ingresos se tienen mayores posibilidades (Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci, en el fallo citado). Comparto plenamente esta postura. Agregando que si desde el nacimiento la madre cubrió las necesidades del menor, esto no significa que el menor no sufrió daños y menos aún que no hiciera falta que el padre cumpliera con la obligación alimentaria impuesta por la ley.

Decidida la procedencia del reclamo, corresponde determinar si el monto reclamado debe o no morigerarse dados los parámetros expuestos. Lo resarcible en la chance es 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. La pérdida de una chance es un daño cierto y resarcible; la efectividad de la reparación depende del grado de posibilidad de obtener una ganancia o evitar la pérdida, según el caso" (Arianna, Carlos A., y Levy, Lea, *Daño moral y patrimonial derivado de la falta de reconocimiento*, en obra colectiva dirigida por Ghersi, Carlos, *Derecho de Daños*, Bs. As., ed. A. Perrot, 1999, pág. 447).

No es incompatible el presente reclamo por los daños y perjuicios con el juicio que pudo haberse tramitado de alimentos, es más, en el juicio por filiación, de existir un mínimo de acreditación pudo haberse requerido por vía cautelar alimentos provisorios, lo que no se hizo porque son daños derivados ese incumplimiento.

Atento al comportamiento judicial del demandado, es totalmente verosímil que no se hubiere arribado al éxito en forma inmediata. También hay que recordar lo que he dicho, estrechamente vinculado que el resarcimiento por daños no es la reparación de los alimentos no percibidos, sino el incumplimiento, ni se puede utilizar este proceso como vía paralela para eludir todos los plazos de caducidad o prescripción en un hipotético juicio por alimentos y no pagados.

En este caso, este daño tiene el carácter de "chance", tengo por cierto que las necesidades mínimas han sido cubiertas por la madre, su familia extensa, y que el daño sufrido consiste en la pérdida de la posibilidad de haber tenido una vida con menos restricciones económicas, de las que dan cuenta las testimoniales de fs. 44, fs. 46/47, fs. 48/50, fs. 51/52.

En consecuencia, no correspondió seguir a la parte actora en sus cálculos, sino fijar el daño, equitativamente, conforme las constancias de la causa.

Adelanto mi opinión en el sentido que estas chances deben fijarse, equitativamente, en una cantidad que habría permitido superar el piso de las necesidades mínimas cubiertas por la madre.

La actora cuantificó el daño exclusivamente sobre la base de los alimentos no pagados y que la acción por daños y perjuicios no puede ser la vía paralela que

permita eludir los plazos de pago y/o prescripción de la acción por alimentos.

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

También tengo en cuenta que la actora ha acreditado carencias económicas que el juicio por filiación duró cuatro largos años, más aún una adolescente de 18 años, cuando se inició dicho juicio y que el padre tuvo oportunidades reales de satisfacerlas de acuerdo a la legislación vigente que aun era menor de edad (Ley 26579 promulgada el 21/12/09).

Es obvio que un aporte mensual paterno habría permitido a esta jovencita vivir de forma mas holgada y tener un mejor desarrollo físico y espiritual. Toda vez que surgen de los informes de escolaridad que no hay constancia que la hubiera completado (ver fs. 122 y fs. 163).

K. fue criada en un ámbito donde existían serias dificultades económicas, la madre es persona de escasos recursos; según emerge del beneficio de litigar sin gastos trabaja como empleada en un establecimiento comercial; tuvo a su hijo en un hospital público; ha litigado con beneficio de litigar sin gastos; la niña y luego joven concurrió a una escuela pública. El padre, en cambio, es un empleado municipal con medianos ingresos. Estos datos muestran de modo manifiesto que, si bien gracias al esfuerzo materno y de la familia extensa, la niña ha tenido cubiertas sus necesidades mínimas y básicas, 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.

Por lo cual y desde esta óptica, considero que la perdida de chance debe estimarse en la suma de $200.000. Haciendo en consecuencia lugar parcialmente al recuso de apelación interpuesto.

En cuanto a la apelación de la parte actora que se queja de la fecha de intereses, tengo en cuenta que el juez *a quo* dispuso que la constitución en mora se presenta a partir de la reclamación del estado filiatorio.

Si bien no comparto dicha postura, puesto que a mi modo de ver se trata en verdad, de dos situaciones distintas; una, referida a la acción de filiación que define el estado que se configura con el hecho biológico. La otra, es una obligación derivada de la obligación de no dañar a otro, correspondiente a la responsabilidad que obliga a reparar las consecuencias dañosas emergentes de un comportamiento imputable física o moralmente a una persona, por lo que la fecha del reclamo es el momento a considerar como fecha de la mora que en el caso sería la acción de daños. No obstante ello y que me encuentro compelida por el principio *reformatio in pejus*, que el demandado peticionó fuera a partir de la notificación de la demanda de filiación 21 de noviembre de 2007, he de confirmar lo dispuesto por el juez *a quo*, por lo tanto, los intereses corren a partir de la fecha de notificación de demanda de filiación como fuera decidido, hasta el efectivo pago, a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina. Rechazo el agravio.

Conforme lo resuelto y la imposición del art. 282 del CPr, no corresponde el tratamiento de la apelación de honorarios de fs. 316, toda vez que habiéndose modificado la sentencia de grado los mismos se readecuarán.

Costas: en ambas instancias las impongo a la parte demandada en la consideración que el éxito parcial obtenido en esta alzada respecto del monto no modifica el principio general de la derrota, ni hace aplicable excepción alguna prevista en el art. 69 del CPr.

Difiero la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes en ambas instancias al momento del acuerdo.

A la segunda cuestión, la Dra. García Blanco dijo:

Propongo:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora. Receptar parcialmente el recurso de apelación del demandado, modificando la sentencia venida en crisis exclusivamente en cuanto al monto por daño material estimándolo en $200.000 (doscientos mil), confirmando el daño moral en $80.000 (ochenta mil) y los intereses dispuestos.

2) No tratar la apelación de la Dra. A. C. R., según considerando respectivo.

3) Costas de ambas instancias a la demandada.

4) Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes en ambas instancias al momento del acuerdo.

A la primera cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

La sentencia de fs. 305/312 hizo lugar a la demanda promovida por K. A. C. y condenó al demandado a abonarle la suma de $483.200 comprensiva de $403.200 por daño materil y $80.000 por daño moral. Fijó intereses a la tasa activa del Banco Nación desde la notificación de la demanda de filiación -21/11/2007-, impuso costas al demandado y reguló honorarios a las profesionales intervinientes.

1. Las apelaciones:

Ambas partes recurrieron la sentencia: la parte actora a fs. 315 y el demandado, que rebelde, se presentó a fs. 323 e interpuso recurso de apelación.

A fs. 316 las letradas de la actora por su propio derecho, apelaron la regulación de honorarios por considerarlos bajos.

A fs. 346/349 obran glosados los agravios del demandado. Cuestiona la suma condenada a resarcir en concepto de pérdida de chance –daño material-, aunque lo denomina alimentos atrasados.

Impugna la forma de cálculo efectuada por el juez *a quo*. Sostiene que la exigibilidad de los alimentos se produjo al notificar la acción de filiación y no con anterioridad. Reiteró lo que dijera en la causa por la que tramitara el reclamo de filiación, sosteniendo que jamás tuvo certeza ni sospecha del vínculo de paternidad que se le atribuyó, sino hasta que le fue notificada la acción de filiación. De allí que no resulta ajustado a derecho que se le atribuya una responsabilidad con anterioridad a la fecha en que tuvo conocimiento de su obligación. Solicita que el importe por alimentos que se determinó se compute desde la fecha de la notificación hasta los 21 años de K.. Refiere que no existe conducta reprochable a su parte antes de esa fecha, pues no existía deber jurídico.

En el segundo agravio, cuestiona la suma condenada en concepto de daño moral. Solicita la morigeración del mismo en atención a la fecha en que tomó conocimiento de su paternidad, la falta de elementos ciertos sobre el conocimiento que su parte tuviera de la existencia de la hija, la tardanza en iniciar la acción de filiación y la responsabilidad que debe atribuirse en tal caso a la progenitora, quien durante 18 años ocultó la identidad

de su hija. Sostiene que tampoco se acreditó el daño psicológico peticionado en la demanda.

A fs. 358/360 obra la contestación de agravios de la actora.

La actora expresó agravios a fs. 351/356. La crítica se centra en la fecha indicada por el juez *a quo* para el comienzo del cómputo de los intereses. Memora que el reclamo incluyó daño material y pérdida de chance basado en las privaciones que padeció por la falta de asistencia alimentaria que debía recibir de su padre. Tales alimentos debieron prestarse desde su nacimiento y así concluyó el juez *a quo* al tomar la fórmula de cálculo propuesta en la demanda: alimentos desde el nacimiento hasta la mayor edad, ponderando una cuota mensual del $1.600.

Se pregunta cuál es la razón por la que la condena de los intereses se remite a la notificación de la demanda de filiación.

Tratándose de responsabilidad extracontractual, dice, el punto de partida de los intereses es aquel en que cada perjuicio se produjo, resultando claro que ello fue desde su nacimiento y en forma continuada.

La segunda queja se dirige al incremento de la tasa de interés con fundamento en el art. 552 del CCyC, a los periodos posteriores a la entrada en vigencia del CCyC estableciendo la tasa diferencial prevista por la citada norma.

A fs. 361/362 contestó agravios el demandado.

2. Antecedentes:

K. Analía Casal, demandó por daños y perjuicios a su padre H. I. F. reclamando la cantidad de $483.200 por la omisión de reconocimiento en tiempo y forma de su filiación paterna.

Acreditó haber nacido el 15/5/1988, que en octubre de 2007 inició acción por filiación, obteniendo la sentencia el 27/10/2011. Relató que nació en un hogar humilde con carencias materiales muy importantes. Que los primeros años de su vida vivió en la casa de su abuelo, con sus hermanas, y dos tíos. Que su madre concurría al consultorio periférico para retirar la leche, único alimento que recibía en ese momento; carecía de obra social, su madre no tenía trabajo estable y cuando hacía changas ella permanecía al cuidado de su hermana mayor y su tía K. Dijo que a los 5 años se mudaron de la casa de su abuelo a una casa en el Barrio Isidro Quiroga y mientras su madre trabajaba era ella quien cuidaba a su hermano menor.
Concurrían al comedor comunitario.

Relató y explicó los sufrimientos que padeció, tanto materiales, como espirituales. Reconoció que fantaseó varias veces con encontrarse con su padre porque sabía que la conocía y donde vivía, por eso a los 14 años fue a buscarlo con una amiga, pero recibió maltrato por parte de su esposa, quien le dijo que no tenía nada que hacer ahí. Relató también que tuvo problemas de salud y que solo logró la atención adecuada cuando su madre ingresó a trabajar en Servín, y obtuvieron por primera vez obra social. Sus necesidades básicas fueron cubiertas en forma digna a la edad de 16 años.

Destacó que el demandado siempre tuvo conocimiento de su existencia y asumió una actitud absolutamente indiferente a sus carencias y necesidades.

Reclamó pérdida de chance en la suma de $403.200 y daño psicológico y moral por $80.000. Ofreció prueba.

A fs. 19 se declaró rebelde al demandado.

La sentencia tuvo por acreditado el daño, la relación de causalidad, la culpabilidad del demandado.

Cuantificó la pérdida de chance y el daño moral en las sumas peticionadas. Fijó intereses a partir de la notificación de de la demanda de filiación.

3. Tratamiento de los recursos:

El demandado solicita la disminución del monto de la condena por daño material, impugnando la fecha tomada como inicio para el cómputo de la misma. Invoca como único fundamento que hasta el momento de ser notificado de la acción de filiación no hubo de su parte conducta reprochable.

Debe señalarse que el único daño material que se admitió es el que corresponde exclusivamente al concepto de pérdida de chance.

Es cierto que para determinar su monto el juez ha receptado la propuesta de la actora y en consecuencia efectuó el cálculo como si se tratara de alimentos atrasados que la actora estimó en el 20% del sueldo que percibe el demandado y lo multiplicó desde el nacimiento hasta la mayoría de edad (252 periodos).

En realidad, tal fórmula de cálculo no guarda coherencia con la naturaleza del daño admitido y por lo tanto es inadmisible.

El juez *a quo* admitió la pérdida de chance como único rubro del daño material, pues como ha dicho la doctrina la respuesta más adecuada para examinar la procedencia del daño material a favor del hijo, es la teoría de la pérdida de chance (María Victoria Famma, "Daños y perjuicios derivados del divorcio y de la filiación", en obra colectiva "Reparación de Daños a la persona", dir por Trigo Represas y Benavente, La Ley, Bs.As. 2014 T. IV 405).

En tal sentido, el daño por pérdida de chance es un álea, es definida como la posibilidad de ganancias o de evitar una pérdida patrimonial que resulta frustrada a

raíz de un incumplimiento de la obligación o el hecho ilícito y está caracterizada por la coexistencia de un elemento de certeza y otro de incertidumbre, motivo por el que corresponde proyectar razonablemente en qué medida, de no haber mediado la producción del evento, la condición de la victima sería mejor.

El juez *a quo* entendió acreditado que el demandado hubiera podido brindar a su hija una formación más sólida, una mejor alimentación y vestimenta, un mejor acceso a la educación y formación que pudiera haberse transformado en una mejor posición económica en el futuro.

Ello por cuanto son contestes los testimonios de la causa respecto de la falta de alimentos y vestimenta adecuada, obra social, atención medica. Todos dieron cuenta de "una infancia con muchas privaciones"; "K. concurría al comedor del barrio", "no tenían qué comer... no tenía leche, me acuerdo que vivía a pura polenta, de no tener ropa... me acuerdo llegar a su casa y verlos tomando té con pan duro...", dijo la testigo R. (fs. 46/47); "comíamos lo que había, lo que se podía, en realidad teníamos muy mala alimentación, en ocasiones a mis tíos en el Mercado Comunitario les entregaban cajones con verdura o lo que no se vendía, entonces nos alimentábamos de lo que ellos traían, por lo general comíamos lo que era harinas que era lo más barato….K. asistía al comedor comunitario porque justo le daba el horario… porque iba al jardín"; "no tenía obra social….tuvo obra social cuando tuvo 10 u 11 años que mi mama comenzó a trabajar en Servim" dijo la hermana de K. –M. P.- a fs. 48 vta./50 "obra social en el caso de K. no tenía por eso íbamos al periférico y también retirábamos la caja de alimentos que daba la

Municipalidad…", dijo la otra hermana de K. –N. V.- a fs. 51.

Frente a la acreditación de un empleo estable por parte del demandado desde el 1/12/91 (fs. 95), fácil es concluir que el cumplimiento de la obligación alimentaria por parte de su padre hubiera sido de vital importancia.

Ahora bien, no es la suma de los alimentos dejados de percibir el contenido de este daño, sino los perjuicios que se podrían haber evitado de haber tenido la asistencia alimentaria (esta Cámara, Sala A, S.D. Nro. 16/2008 voto de la Dra. Alonso), en el caso, haber tenido mejores condiciones habitacionales y alimentarias en su infancia, acceder a una obra social por la que hubiera recibido atención médica adecuada y oportuna como mínimo- y con alto grado de certeza acceso a una formación continua.

Es que, claro está, no se trata de una acción por alimentos atrasados, como explicó la primer votante, siguiendo doctrina y jurisprudencia mayoritaria.

En la pérdida de chance, "la indemnización no es el resultado de beneficio dejado de percibir por el acreedor; en nuestro caso, una suerte de alimentos retroactivos, pues mal o bien, estos ya han sido cubiertos por el otro progenitor y, por otra parte, los efectos de la sentencia del juicio de alimentos se remiten a la fecha de interposición de la demanda. Lo resarcible en la chance es 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 particularidad del caso" (Arianna, Carlos A., Levy Lea, "Daño Moral y patrimonial derivado de la falta de reconocimiento", dir por Ghersi, Carlos, ed. Abeledo Perrot 1999 p 447).

Tal es el criterio

sostenido por el fallo señero en la materia y seguido por el juez *a quo* (SC de Justicia de Mendoza 28/5/2004, el dial AA2E8B).

Comenta Beatriz Biscaro al respecto que "no debe confundirse el daño material con la falta de percepción de alimentos. Los alimentos son una obligación legal a cargo de los progenitores, respecto del hijo menor de edad, que deben ser reclamados en el juicio correspondiente, no dentro de una acción de daños y perjuicios. Seguramente, si los alimentos hubieran sido pagados oportunamente no prosperaría el daño material reclamado, dado que las carencias que sufrió el niño habrían sido satisfechas con la cuota abonada (aut. cit., "La falta de reconocimiento del hijo ¿es susceptible de generar daños materiales? JA 2004IV-632).

Es por ello que aun cuando la recepción de la metodología de cálculo propuesta por la actora, pueda inducir a error, no ha sido otro el daño condenado y mal podría serlo a tenor de los lineamientos señalados.

Adviértase además que en el escrito postulatorio (fs. 5vta.) se reclamaron "las privaciones materiales y espirituales no las habría padecido dado que podría haber obtenido la asistencia que por ley le corresponde si su padre la hubiera reconocido en tiempo y forma oportuna… el incumplimiento del demandado significó una pérdida de oportunidades para su vida".

En nuestro derecho los alimentos se deben desde que se los reclama, por consiguiente el daño material por la omisión del reconocimiento no puede ser igual al total de aquello que se perdió producto del obrar antijurídico, sino que seguramente será inferior según el criterio de probabilidad que preside la naturaleza del daño reconocido (*cf*. María Victoria Famma, op cit. T. IV, p.

409, con cita del fallo de la Sala 1 de la Suprema corte de Mendoza ya referenciado).

Por todas estas razones –no las dadas por el recurrente- que acompañan las dadas en el primer voto es que debe admitirse el agravio y modificar el monto de condena por pérdida de chance, pues no se trata de multiplicar alimentos no pagados.

Comparto también el monto propuesto por la Dra. García Blanco de $200.000, en consideración a la situación patrimonial del progenitor renuente, la edad y el nivel de vida de K. y la situación económica de la madre que fueron ya señaladas a lo largo del proceso y de este acuerdo.

Con estos argumentos también se da respuesta a los agravios que constituyen el recurso de la parte actora relativos a los intereses y que, adelanto deben rechazarse.

Peticiona intereses desde el nacimiento de K. y deja a descubierto la incoherencia que puede advertirse en la sentencia por la fórmula de cálculo que receptó para la cuantificación de la pérdida de chance.

Quedaron explicitadas las razones por las cuales no corresponde computar el daño material que aquí se reconoce –pérdida de chance- desde el nacimiento y que al mismo no lo constituyen los alimentos debidos o atrasados.

La constitución en mora se presenta a partir de la reclamación del estado filiatorio, pues es allí donde se concreta el hecho antijurídico causante del daño que se resarce.

Aun cuando el reconocimiento del emplazamiento del estado de hija sea retroactivo al día de la concepción, la obligación derivada del deber de no dañar a otro, surge del

comportamiento imputable, de la reticencia o negativa injustificada a pesar de tener o poder tener conocimiento de su paternidad, es allí cuando se configura el ilícito y a partir de ese momento debe hacerse cargo de las consecuencias dañosas de su omisión. Los perjuicios anteriores no quedan comprendidos por ausencia de emplazamiento familiar y relación causal.

Por lo tanto, no admitiré el agravio de la actora relativo al punto confirmando la decisión del juez en cuanto que los intereses corren a partir de la fecha de notificación de demanda de filiación hasta el efectivo pago...” .

Coincido entonces con la solución propuesta por el primer voto, aun cuando las razones son diferentes, no se excluyen a los fines de formar la mayoría requerida.

Por las mismas razones, por no tratarse de alimentos fijados ni atrasados, tampoco corresponde la aplicación del art. 552 que peticiona la actora recurrente.

Daño moral:

Adelanto que la crítica relativa al monto de condena por daño moral no alcanza para fundar una solución distinta.

Es que insiste el recurrente en la fecha en que tuvo conocimiento de la paternidad que se le atribuía.

Tal argumento es inatendible para reducir la partida. No solo por lo que exhiben las constancias de la causa, en especial las testimoniales rendidas que vincularon al demandado como visitando a la madre de K. durante el embarazo, a los pocos días del nacimiento, en el primer año de K., manteniendo vínculo de amistad con un vecino de la madre y la niña, sino porque no exime al progenitor la falta de culpa o negligencia en el no reconocimiento del hijo, pues la indemnización por agravio moral no es punitiva sino resarcitoria, desde

que debe atenderse a la relación de causalidad más que a la culpabilidad (SCBA 10/11/98 – DM R A.F. en JA 1999-IV-483).

Además, destaco la actitud mantenida en el proceso de filiación, en especial su negativa de haber mantenido una relación con la madre, su falta de colaboración para someterse a la prueba biológica, en fin, su conducta obstruccionista –recusó sin causa- y la falta de acreditación de la excepción de falta de legitimación pasiva y la pretendida "plurium concubetium" respaldan la falta de atenuantes que pretende.

Se le ha privado a K. hacer uso del apellido paterno; se le ha afectado la identidad y personalidad; no ha tenido la oportunidad de contar con el amor y la figura paterna, cuyos efectos disvaliosos no pueden desconocerse.

Tampoco cabe desentenderse del sufrimiento padecido por K.: "todavía K. con la edad que tiene las está esperando", dijo su hermana refiriéndose a un par de zapatillas que cuando era niña, el demandado le prometió le regalaría (fs. 49). Ni el impacto de la negación de la paternidad sobre su personalidad, sobre todo en la adolescencia, "siempre había una comparativa entre ella y nosotras, porque nosotras teníamos posibilidad de tener cosas nuevas, porque teníamos papa, tías que nos compraban algo nuevo… nosotras nos íbamos de vacaciones de verano cuando terminaban las clases… hacíamos otras actividades a las que K. no tenía acceso y recibía sus chirlos en sus días de rebeldía" (testimonio de una de sus hermanas, fs. 49vta.). "Siempre tenía conflicto en el sentido que quería salir y mi mamá le ponía límites normales y ella se iba igual y entonces mi mamá se enojaba, le pegaba y ella se volvía a ir, siempre tenía ese tipo de reacciones, el carácter era cambiante, tenía

cambios constantes de humor, hoy estaba bien, mañana estaba mal, entonces yo la dejaba para no pelear…", dijo la otra hermana en su testimonio de fs. 51vta/52. Todos los testimonios son coherentes en tal sentido.

La imposibilidad de tener identidad niega fundamentalmente la posibilidad de ser en el mundo. La identidad se construye en una interacción constante entre la historia personal y la circunstancia histórica en la que está viviendo: "la filiación y la pertenencia a una cadena generacional son ejes fundamentales en relación con la constitución de la subjetividad, para que alguien pueda decirse sujeto de derecho no puede sino decirse hijo de, eslabón que lo ubica en una comunidad histórica que le da sustento" ("El recién nacido y el derecho a la identidad", por Gabriela Dolinsky, Cristina Fenucci, Daniela Rimoli Schmidt y Marina Tuduri, en Derecho de Familia, Nro. 29, p. 266 y ss, ed. Lexis Nexis, 2004).

Todas estas son pautas objetivas que justifican sobradamente a mi entender la cuantificación prevista por la actora, recepcionada por el juez de primera instancia y no han sido objeto de atención en la crítica del recurrente.

El daño psicológico no fue merituado en forma que autorice a concluir que ha sido tenido en cuenta para fijar la partida correspondiente al daño moral.

Por último, he de destacar que la actitud de la madre que no promovió la demanda no puede justificar la reducción de la extensión del resarcimiento porque constituye un hecho extraño a la víctima. Si bien es verdad que cuanto antes se ejerza la acción de reconocimiento mayor será la probabilidad de reducir la magnitud del daño moral sufrido por la niña, hoy mayor de edad; no es menos cierto que ese daño no hubiera existido de haber mediado un reconocimiento espontáneo

del padre. En definitiva, el retardo del inicio de la acción no constituye una concausa apta para disminuir la responsabilidad del padre, pues es la única causa directa del daño moral que padece y padeció K. ("La reparación del daño moral causado por ausencia de reconocimiento del hijo y la demora en el ejercicio de la acción de reclamación de filiación", por Sandra
Frustagli y Adriana Krasnow en Derecho de Familia, 20041, p. 24 y ss, Lexis Nexis).

4. Costas y honorarios:

En consecuencia y conforme la nueva solución del pleito que se propone exige la adecuación de las costas y honorarios conforme el art. 282 del Cpr., careciendo por tanto de virtualidad tratar el recurso interpuesto por las letradas de la actora contra la regulación de honorarios a su favor.

Se mantiene la imposición de costas de la primera instancia al demandado vencido por aplicación del principio general de la derrota consagrado en el art. 69 del Cpr. Las costas de esta instancia, también serán impuestas al demandado vencido, pues la admisión parcial de su pretensión en esta alzada no modifica su calidad de vencido.

Los honorarios para la primera instancia se fijaran de conformidad con las pautas arancelarias contenidas en el art. 5 a 9, 38, 46 y 49 de la Ley XIII-4 y los de esta instancia, teniendo en cuenta los porcentuales establecidos en el art. 13 de la mencionada ley.

A la segunda cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

En atención al resultando de las cuestiones tratadas, me adhiero a la fórmula propuesta por la Dra. García Blanco.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo

A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que el Dr. Julio Antonio Alexandre no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente **SENTENCIA**:

**1)** Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y receptar parcialmente el recurso de apelación del demandado.

**2)** Modificar la sentencia venida en crisis de fs. 305/312vta. exclusivamente en cuanto al monto por daño material estimándolo en doscientos mil pesos ($200.000), confirmando el daño moral en ochenta mil pesos ($80.000) y los intereses dispuestos.

**3)** No tratar la apelación de la Dra. A. C. R., según considerandos respectivos.

**4)** Costas de ambas instancias a la demandada.

**5)** Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia a las Dras. L. J. M. y A. C. R., conjuntamente, en el veinte por ciento (20%) del monto de condena, con más el IVA si correspondiera.

**6)** Regular los honorarios profesionales de las Dras. L. J. M. y A. C. R., conjuntamente, en el veinticinco por ciento (25%) de lo regulado a su parte por la labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera, y a las Dras.
N. B. L. E., G. A. B. y C. A. R., conjuntamente, en el treinta por ciento por ciento (30%) de lo que le hubiera correspondido a su parte en primera instancia, con más el IVA si correspondiera.

**7)** Regístrese, notifíquese y devuélvase.

**GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO** **MARÍA FERNANDA ZANATTA**

**Jueza de Cámara** **Presidenta**

**REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2017**
**DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"**

**MARÍA MAGDALENA CONSTANZO Secretaria de Cámara**