

N° Orden:221

Libro de Sentencia N°: 55

Folio:

/NIN, a los 20 días del mes de Noviembre del año dos mil catorce, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín Doctores JUAN JOSE GUARDIOLA Y RICARDO MANUEL CASTRO DURAN, en causa N° JU-925-2010 caratulada: "LUNA INES DEL CARMEN Y OTRO/A C/ PASSON MARCELO ALEJANDRO S/ DAÑOS Y PERJ. DEL/CUAS(EXC.USO AUT.Y ESTADO)(98)", a fin de dictar sentencia, en el siguiente orden de votación, Doctores:Guardiola-Catro Durán.-

La Cámara planteó las siguientes cuestiones:

1a.- ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

2a.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Señor Juez Dr. Guardiola, dijo:

I El juez a cargo del Juzgado Civil y Comercial n° 2 departamental Dr. Rodolfo Sheehan dictó pronunciamiento en sentencia obrante a fs. 272/281vta., por el cual rechazó la defensa de prescripción opuesta por el demandado, con costas al mismo, y, en lo que a los recursos bajo tratamiento interesa, hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios por daño material por pérdida de chance interpuesta por Carmina Inés Luna contra su progenitor Alejandro Marcelo Passon, condenando al mismo al pago de la suma de treinta mil pesos (\$30.000) a favor de la accionante, con más intereses a la tasa que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires, desde la fecha de interposición de la demanda y hasta el efectivo pago. Con costas al accionado.

Asimismo rechazó la demanda interpuesta por la progenitora de Carmina, Inés del Carmen Luna, con costas a su cargo, difiriéndose la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes hasta que existan pautas para ello.

II Contra lo así resuelto se alzan el demandado -fs. 284- y las actoras -fs. 295- mediante recursos de apelación concedidos libremente en sendas resoluciones dictadas a fs. 294 y 295 respectivamente.

Arribados los autos a esta Alzada -ver fs. 296-, de conformidad con lo dispuesto a fs. 304, allegaron sus memoriales los recurrentes.

1) Con relación a los agravios del demandado Marcelo Alejandro Passon formulados a fs. 309/312, se argumenta que la sentencia ha brindado fundamentos contradictorios: por un lado se recepta la acción por daño material por omisión de reconocimiento paterno interpuesto por la hija, y a continuación reprocha a la madre la tardanza en interponer la acción. Enfatiza que por un lado el sentenciante da crédito a la

acción de la hija Carmina por pérdida de chance, basado en que existe culpa del progenitor por no haberla reconocido, a sabiendas del parto y de la existencia de su hija. Pero por otro lado el juzgador rechazó la demanda de daño material de la progenitora por haber incurrido la misma en negligencia por cuanto se demoró 18 años en interponer la acción.

Se agravia asimismo por cuanto el acogimiento de la demanda de Carmina Luna se basa en la falta de reconocimiento del progenitor, que tilda erróneamente de dolosa, cuando jamás se le insinuó que la misma podía ser su hija.

Expone que no debe entonces considerarse la situación económica del recurrente, como asimismo tampoco se ha probado la pobreza de las accionantes.

Afirma que la demanda de autos carece de objeto, lo cual surge además de lo expuesto previamente de los dichos de la demanda que afirma que el daño material es de difícil apreciación y el mismo juez a quo en la sentencia apelada ha fijado un monto prudencial debido a la inexistencia de datos fidedignos.

Expone que a su criterio el reclamo se subsume en acciones ya resueltas, ya que la totalidad de los rubros pedidos han sido indemnizados en las causas seguidas sobre filiación y alimentos.

Niega el recurrente haber incurrido en una omisión voluntaria de reconocer a su hija; probado ello, afirma que cae cualquier reclamo, y teniendo en cuenta los años transcurridos, no cabe la pérdida de chance ni resarcimiento material, no hay daño cierto ni causalidad adecuada.

Aduce que el reclamo de Carmina tiene estricta relación con la cuota de alimentos, lo cual es ajeno al daño material concedido en la sentencia apelada, habiendo para ello el sentenciante, a criterio del recurrente, mezclado institutos de derecho sin causarlos con los hechos.

Concluye aseverando que en el caso hay ausencia de requisitos para la configuración de la responsabilidad acogida en el fallo bajo crítica.

Finalmente formula una confusa crítica al rechazo de la defensa de prescripción deducida por su parte, solicitando la confirmación de la sentencia en el tramo que desestima la acción interpuesta por Inés del Carmen Luna y la revocación de la misma en cuanto acoge la pretensión de Carmina Luna con expresa imposición de costas.

2) A fs. 313/318 formulan sus agravios las actoras.

a) Carmina Luna centra su crítica en lo exiguo del monto fijado en concepto del daño material padecido por la misma como consecuencia de la omisión de reconocimiento paterno.

Afirma que el acogimiento de la acción se constituye en una mera declaración judicial pomposa de aceptación de los derechos pero que no se adapta al daño causado ni a la capacidad resarcitoria del demandado

Cuestiona que él a quo sí bien reconoce los ingresos del demandado, fijó prudencialmente un monto excesivamente bajo, sin explicar de dónde sale ni cuál ha sido el procedimiento para fijarlo.

Expone que el sentenciante ha manifestado que no existen datos fidedignos sobre el caudal económico del progenitor, pero luego de evaluar detalladamente la prueba surgente de autos concluye que goza de una situación económica que le hubiera permitido sin dificultades contribuir materialmente a la educación de la actora, con lo cual ésta habría mantenido incólume su posibilidad de un mejor futuro.

Pese a esta conclusión arribada por el juez a quo, se cuestiona la recurrente por qué se ha fijado una suma irrisoria que no alcanza a configurar una verdadera indemnización.

Solicita que la indemnización que en definitiva se fije debería al menos reparar la falta de chances y posibilidades presentes y futuras, permitiendo un estudio o perfeccionamiento que mejore la calidad de vida negada en su momento a la recurrente.

Finalmente destaca que si bien el demandado manifestó ser insolvente, nada probó en relación a ello, a pesar de haber ofrecido prueba, que luego no produjo.

b) Agravios de la coaccionante Inés del Carmen Luna. Destaca que el razonamiento formulado por el juez para rechazar la acción de daño material resulta hasta ofensivo. En tal sentido aduce que se pronunció el juzgador en el sentido que la misma fue negligente en el inicio de la acción de filiación y reclamo de alimentos respecto de su hija Carmina, lo cual tal vez fue un ardid para obtener una ganancia futura.

A dicho fundamento expone que ya brindó explicaciones sobre los motivos por los cuales transcurrió tanto tiempo en interponer las demandas de filiación y alimentos. Aduce que son varios los motivos: en primer lugar por la imposibilidad de pagar un profesional por las limitaciones económicas y educativas propias de su actividad de doméstica y tambera; de hecho consultó un profesional pero como el demandado es una persona que la recurrente considera como muy conocida en una comunidad chica como lo es la ciudad de Ameghino, además de poderoso e influyente, era difícil dar con un abogado que le iniciara un juicio al mismo.

Con relación a la afirmación del juzgador en punto a que si la progenitora no reclamó antes es porque no necesitó ayuda paterna, expone que es claro que sí la necesitaba, pero se arreglaba para subsistir con su hija aún en condiciones precarias; que ha criado a su hija en soledad y con muchísimas privaciones.

Se remite a los fundamentos esgrimidos en la demanda y niega que haya existido de su parte desaprensión y falta de interés en iniciar la demanda de filiación.

III Corrido traslado de los memoriales referenciados -ver fs. 319- son replicados en sendos escritos de fs. 326/327vta. Por el demandado, y a fs. 328/331 por las actoras.

Con el dictado del llamado de autos para dictar sentencia -fs. 332-, se hallan los mismos en condiciones de dictar pronunciamiento por este Tribunal.

IV 1- En tal tarea, entiendo que debo en primer lugar referirme a la consideración que formula vagamente el Sr. Passon en su memorial respecto a la desestimación de la defensa de prescripción por él opuesta. Al respecto cabe apreciar que la confusa y ambigua referencia del apelante al respecto, claramente no configura una crítica en los términos del artículo 260 del C.P.C., imposibilitando al juzgador valorar mínimamente la cuestión, por lo cual he de limitar mi pronunciamiento a continuación a la valoración de la admisibilidad de las acciones interpuestas en autos. Art. 261 del C.P.C.

2. Entrando a considerar los agravios del demandado referidos al acogimiento que efectuó el juez a quo de la acción interpuesta por Carmina Inés Luna, consistente en la reparación del daño material que le produjo la falta de reconocimiento y presencia del padre, entiendo que los mismos deben ser desestimados.

En efecto, se trata en el caso de una joven que a los 18 años de edad ha iniciado a través de su progenitora, juicio de filiación contra el Sr. Marcelo Alejandro Passon en fecha 23 de marzo del año 2.005 -ver expte. N° 819/2005 agregado por cuerda-.

Dicho proceso culminó con el acogimiento de la acción, prosperando asimismo el reclamo de daño moral incoado por la progenitora de Carmina Inés Luna en representación de la misma, fijándose en la suma de pesos veinte mil (\$ 20.000).

A los fines de la oportuna valoración de la actitud del demandado, cabe considerar que los alimentos provisorios no han sido abonados oportunamente, por lo que debió iniciarse la ejecución correspondiente -ver fs. 117 y 123 del expte. De alimentos atraillado n° 1252/05-.

En oportunidad del dictado de la sentencia en el proceso filiatorio, la cual se halla firme, se ha hecho valoración de circunstancias que el recurrente intenta reeditar en autos a fin de demostrar que no existió un obrar antijurídico de su parte.

Así, hace caso omiso a lo expuesto por el Dr. Castro Durán como juez votante en primer término en dicha sentencia de fecha 5/11/09, obrante a fs. 236/244vta de los referidos autos, al decir que *"En consecuencia, no reconocer a un hijo implica una omisión antijurídica susceptible de generar responsabilidad extracontractual, en caso de que se verifiquen los restantes presupuestos necesarios al efecto (art. 1074C.Civil)"*.

"Entonces, para dilucidar la cuestión planteada, resulta necesario determinar si dichos presupuestos están o no presentes en este caso".

"Abordando dicha tarea, creo conveniente resaltar que la responsabilidad derivada de tal omisión es de naturaleza subjetiva, puesto que lo que se le reprocha al progenitor es la culpabilidad de su conducta, la que se patentiza ante la falta de reconocimiento del hijo, a pesar de tener conocimiento, o de poder tenerlo, respecto de su paternidad".

"En el presente caso, encuentro probada la culpa del accionado, y por ende, el factor de atribución".

"Arribo a tal conclusión, persuadido de que el mismo sabía o, por lo menos, tenía la posibilidad de saber que la accionante era su hija biológica".

"Así lo entiendo, valorando que el mismo reconoció haber tenido relaciones íntimas con la madre de ella en la época de la concepción (ver fs. 47/48, resp. A la 3a posic.); y que de las declaraciones testimoniales prestadas en autos resulta que en Ameghino eran públicos los comentarios respecto del vínculo biológico entre ambos (arts. 384 y 456 C.P.C.)".

"En este sentido, N. C. C. expone que el demandado y la madre de la actora fueron novios por un lapso de seis meses, y que aquél la dejó cuando supo que ésta estaba embarazada, aclarando que esto le consta por salir por entonces con ambos. Además, agrega que en el pueblo se conoce por comentarios esa paternidad (ver fs. 49, resps. a las 2a y 3a pregs. y a la 2a preg. ampliati.)".

"Concordantemente, A. O. B. y C. R.C. exponen que en el pueblo sabe que C. es hija de P., acotando también la última que aquella es idéntica a éste (ver fs. 50 y 51, resp. A la 1a preg. ampliati.).

Por lo tanto, si a pesar de ello, el accionado albergaba alguna duda razonable sobre su paternidad, debió haber propiciado la realización de los exámenes pertinentes para despejar la incertidumbre, y de esa forma, evitar el reclamo judicial posterior. Además, no mejora sustancialmente su posición, el hecho de que, una vez iniciado el juicio, se sometiera a tales exámenes; puesto que, si así no obraba, quedaba afectado por la presunción adversa establecida por el art. 4 de la Ley 23.511".

De tal modo, teniéndose por probada la culpa del demandado en autos y por ende el factor de atribución a los fines de la responsabilidad a él endilgada por su hija Carmina, caen en gran medida los argumentos vertidos en los agravios bajo tratamiento, en cuanto insiste en desconocer la existencia de su hija hasta la promoción de la demanda por filiación.

En cuanto a los agravios traídos por el demandado, formulados en relación a la admisibilidad de la acción por daño material creo necesario recordar los argumentos que expuse en sentencia dictada por este Tribunal en fecha 15/12/2.011, en expte. N° 47.424 F.M.C. c/ L.J.C y otro s/ Daños y Perjuicios, LS 52 N° 253.

Allí, a los fines de fijar posición sobre reclamos de daños en un divorcio y ante la falta de reconocimiento oportuno de la filiación extramatrimonial, adherí a la posición intermedia, *"la cual es reacia a la postura que por la especialidad del derecho de familia bloquea el ingreso de toda norma civil que no esté expresamente confirmada en ese ámbito, haciéndola un coto impenetrable para el derecho de daños, cuanto a la que propende a la generalización indiscreta de criterios reparatorios entre miembros de una familia, soslayando que las circunstancias propias de las relaciones en la comunidad doméstica, con fines específicos y hasta superiores a los de sus mismos integrantes, requieren un análisis y juzgamiento bajo una óptica especial".*

Así invariablemente he expresado que " descartar o aplicar la normativa que regula los hechos ilícitos a las relaciones y deberes derivados del vínculo familiar, sin más de forma automática e indiscriminada, ya sea por la especialidad del Derecho de Familia o por el carácter general de las normas del responder civil, sin la visión específica de aquella rama y descarnadamente de la realidad a la que se aplican, importa una simplificación inadecuada, al menos para una valoración judicial, y que no basta la procedencia de la acción -divorcio por culpabilidad del cónyuge o en el caso de reclamo de filiación- para que proceda el resarcimiento del daño moral, si no se encuentran reunidos los presupuestos comunes de antijuricidad, culpabilidad, relación causal y daño debidamente comprobado. O para decirlo generalizando las palabras del Dr. Galmarini que en dicha oportunidad cité: "no es que las normas de los hechos ilícitos penetran en el Derecho de Familia, sino que la conducta del ofensor adquirió tal trascendencia que excedió, desbordó la protección de la familia que hace a lo propio de esa especialidad del Derecho, y por ello su comportamiento y consecuencias dañosas lo colocaron en el marco general de la responsabilidad civil".

También dije que *"en algunos casos se configura un perjuicio patrimonial adicional, sin que los intereses moratorios impidan su resarcimiento (art. 508 del C.Civ.) En concepto de pérdida de chance si se demuestra que el incumplimiento ha frustrado la posibilidad de determinado logro o bien (Claudio Belluscio "Incumplimiento alimentario respecto de los hijos menores" Ed. La Rocca p. 148/162; CSJMendoza Sala I 28/5/04 causa 78885). El incumplimiento de la obligación alimentaria es idóneo para comprometer la responsabilidad civil por daño patrimonial y moral del progenitor. Es una conclusión razonable, que valora el carácter antijurídico e imputable que tiene dicha conducta dañosa (Ramón Daniel Pizarro, Daño Moral, p. 527/8)."*, marcando mi distancia de aquellas posturas que frente a tales incumplimientos niegan el derecho resarcitorio, siempre -insistía- que se encuentren reunidos los presupuestos de la responsabilidad extracontractual.

Vale recordar que el fundamento del ilícito inicialmente se encontró en el art. 3296 bis del C.C.": es indigno de suceder al hijo, el padre o la madre que no lo hubiera reconocido voluntariamente durante la menor edad o que no le haya pasado alimentos y asistencia conforme a su condición y fortuna". Dicha sanción prevista por la norma llevó a sostener el carácter antijurídico de la omisión del reconocimiento voluntario.

A partir de entonces se ha ido abriendo paso en la doctrina y jurisprudencia una corriente favorable al resarcimiento. Con los tratados internacionales incorporados en la Constitución Nacional -art. 75 inc. 22- en la reforma constitucional de 1.994, se halla consagrada la igualdad de los hijos, la cual debe ser observada a los fines de procurar el emplazamiento en el vínculo filial. En efecto, se determina que la ley debe reconocer iguales derechos tanto a hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo. Art. 17.5, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

Igualmente se establece que las medidas de protección y asistencia deben hacerse sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Art. 10.3 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Además, se señala que los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la Convención, debiendo asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, enumerando entre otras cuestiones, la condición de sus padres o de sus representantes legales. Art. 2.1 Convención sobre los Derechos del Niño.

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

Cabe considerar que en el nuevo Código Unificado, sancionado y que aún no ha empezado a regir, se prevé escuetamente en el art. 587 que "El daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable, reunidos los requisitos previstos en el Capítulo I del Título V del Libro Tercero de este Código".

Al respecto afirma Néstor Solari que la riqueza de los precedentes jurisprudenciales no guarda armonía con la orfandad de la norma proyectada. Solamente se consagra la viabilidad del resarcimiento, cuestión que no admite mayores conflictos en el régimen

vigente. Sin embargo, no se contemplan otros aspectos que brinden solución a las particulares situaciones derivadas de la relación paterno filial, que lo diferencian de las disposiciones comunes y generales". Solari, Nestor, "Daños y Perjuicios por la falta de reconocimiento del hijo. Su recepción en el Proyecto de Reforma". Publicado en DF y P, mes 11 de 2.013, n° 37. RCyS 2014-II, 12.

De cualquier modo debo reconocer que la cuestión sobre el daño material por ausencia de reconocimiento paterno no ha sido aún muy desarrollada.

Fue objeto de recomendaciones en Congresos y Jornadas, en el sentido de su aceptación más no se han pronunciado sobre la carga de la prueba de uno y otro. Vgr. Tercer Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires, 26 al 29 de mayo de 1.993; VII Congreso Internacional de Derecho de Daños Buenos Aires del 2 al 4 de octubre de 2.002; Jornadas de Santa Fe celebradas en el año 1.990 en homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa.

En materia doctrinaria han existido distintos pronunciamientos sobre la cuestión. Al respecto, Jorge Azpiri expone que "También puede existir un daño material que deberá ser demostrado en cada caso particular y la consiguiente vinculación entre la falta de reconocimiento voluntario y el perjuicio material sufrido. Debe ser cierto, es decir, se debe probar en forma efectiva y concreta y no tratarse de una mera eventualidad o de un daño en abstracto". Azpiri Jorge, Daños y Perjuicios en la filiación, RDF n° 20, Lexis Nexis, 2002, Pág. 33/37.

Por su lado, Méndez Costa, resumiendo la jurisprudencia sobre el particular ha expuesto "El daño material es indemnizable si se invocan concretamente los perjuicios de la especie sufridos por el hijo como consecuencia de no haber sido reconocido y se presenta como un daño cierto actual o futuro probándose debidamente". Mendez Costa, María J. Visión Jurisprudencial de la Filiación, Rubinzal, 1997, pag. 176

Graciela Medina da cuenta de la existencia de dos posiciones, a las que hice referencia precedentemente: la primera presenta notables puntos de contacto con el problema del resarcimiento del perjuicio por incumplimiento del deber de asistencia, citando a Reviriego Salvatori, "La responsabilidad en el derecho de familia. Particularidades y principales supuestos", publicado en Trigo Represas, Felix A. y López Mesa, Marcelo, La Ley, 2.004, 266.

En el análisis de esta relación se visualizan dos tendencias:

1. * Una considera incompatibles ambos rubros; o sea, se deben reclamar alimentos, más sus intereses, pero no daños y perjuicios. Cfr. Reviriego y Sambrizzi Eduardo, "Imprudencia del reclamo de daños por incumplimiento del pago de la cuota alimentaria y por la falta de comunicación con sus hijos o su obstrucción, La Ley, 2003-A, 104".

*Para ellos la indemnización del daño derivado de no pagar 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.

*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 ejemplo si la falta de pago impidió una intervención quirúrgica, que con cierta probabilidad hubiera evitado un daño irreversible que sufrió por no haberse operado.

2. Otra posición, en cambio, entiende que hay daños y perjuicios que provienen de no cumplir con el deber de asistencia.

Esta posición liderada por Nelly Minyersky, exponiendo su posición en su trabajo "Incumplimiento alimentario y obstrucción al régimen de comunicación entre padres e hijos", RDF n° 20, 2.002, pag. 63 y sgtes.

*En lo atinente al daño material, la vinculación entre el resarcimiento por incumplimiento del deber alimentario y por falta de reconocimiento de la filiación, deriva de que en ambos se ha violado el deber que el art. 265 del C.Civ. pone en cabeza de ambos progenitores, esto es, el de suministrar alimentos a los hijos de acuerdo con sus respectivos ingresos.

En un caso con ciertas analogías al de autos se ha pronunciado la Suprema Corte de Mendoza, Sala I, en sentencia de fecha 28/5/04, publicado en RCyS 2.004, 519. Este fallo ha abierto un sendero hasta ahora poco transitado por la doctrina y la jurisprudencia, pero que se inscribe en la idea de la reparación integral que anima el derecho de daños. También se ha pronunciado en tal sentido la CCiv de La Plata, RSD -37-12 sent. Del 17/5/12.

Por su lado, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Trenque Lauquen -V.S.A. c/ A.G.E, sentencia del 11/8/2008, publicado en La Ley Online, AR/JUR/22431/2008- se ha pronunciado exponiendo que "corresponde otorgar una indemnización en concepto de daño material a quien no fue reconocido oportunamente por su padre, pues si bien en su hogar el reclamante tuvo satisfechas sus necesidades mínimas, la contribución de dicho progenitor desde el nacimiento la habría dado la chance de alcanzar una mejor asistencia y desarrollo en el ámbito educativo, cultural, espiritual y físico".

Retomando el fallo de la Suprema Corte de Mendoza, dispuso que corresponde "fijar una indemnización de daño material, en carácter de chance, por falta de reconocimiento de la paternidad, desde que si bien el menor, gracias al esfuerzo materno, ha tenido cubiertas sus necesidades mínimas, el aporte paterno le hubiese dado la chance cierta de lograr una mejor asistencia, una vida sujeta a menos restricciones y un mayor desarrollo en todos sus aspectos".

El razonamiento no es a partir de que el niño debió sufrir privaciones concretas, sino que el niño pudo haber tenido una mejor situación de haberlo reconocido el padre renuente. Allí se consideró que si bien el menor tuvo satisfechas ciertas necesidades mínimas, el aporte paterno le hubiese dado la chance cierta de lograr una mejor asistencia, una vida sujeta a menores restricciones y un mayor desarrollo en todos sus aspectos. Arianna Carlos A., comentario del fallo de Mendoza en RCyS 2.004, 519.

Destacan Arianna y Lea Levy que la cuestión se encuadra en lo que se denomina pérdida de chance, y que la indemnización no consiste en el beneficio alimentario dejado de percibir, sino en la falta de una posibilidad razonable de obtener una ganancia o evitar una pérdida. Arianna Carlos y Lea Levy, "Daño Moral y Patrimonial derivado de la falta de reconocimiento", Derecho de Daños, Carlos Ghersi, Abeledo Perrot, pag. 443 y sgtes.

En igual sentido se ha dicho que "Lo que se indemniza son todas las actividades de las que se ha visto privado el niño debido a la negativa de ser reconocido, cuando el progenitor goza de un status económico adecuado. Se resarce en virtud de las ganancias que resultan frustradas a raíz del incumplimiento de una obligación o hecho ilícito. Las chances son de muy variada índole: de lograr un empleo, de continuar estudios y egresar, de mejorar la situación económica, etc. Azpiri, Juicio de Filiación, pag 295.

No se trata entonces de confundir el daño material constitutivo de la pérdida de una posibilidad que puede reclamar el hijo, con el derecho de los alimentos, los cuales sólo se devengan una vez presentada la demanda que los reclama por una vía completamente diferente. La obligación de pagar alimentos constituye **causa** de los daños materiales producto del no reconocimiento, pues puede haber mediado reconocimiento voluntario, así como el pago de los alimentos y no habría derecho a reclamar la pérdida de una posibilidad. Es justamente porque no contribuyó a la manutención del hijo, debiendo hacerlo, que el padre lo privó del bienestar económico probablemente mejor.

Es por ello que a diferencia con el daño moral que se presume in re ipsa loquitur, el daño material causado al hijo requiere demostración concreta, a través de los elementos probatorios que determinarán la pérdida de oportunidad del niño de haber tenido una vida más satisfactoria desde el punto de vista material, y la capacidad económica del progenitor que permita presumir, que de haber reconocido a su hijo, le habría permitido gozar de un mejor nivel de vida.

Esto significa que no basta la conducta antijurídica de negarse voluntariamente a establecer la filiación de la que ya hablamos sino que, además, debe valorarse si los daños materiales - como pérdida de chance- son ciertos y con adecuada relación de causalidad con aquella omisión culpable.

Graciela Medina expone al respecto que el daño material está dado por las carencias materiales que le produjo la falta de padre. Estas pueden o no producirse; se producirán por ejemplo, si el único de los progenitores que lo reconoció tiene pocos recursos económicos y el niño se ve obligado a vivir en la pobreza cuando cuenta con un padre biológico económicamente poderosos que, de haberlo reconocido, le hubiera permitido el acceso a una buena educación o le hubiera ahorrado los padecimientos materiales.

Pero también puede ser que el perjuicio material no se produzca, como, por ejemplo, en el caso de que quien lo reconoce fuera un progenitor rico y el no reconociente un menesteroso que, aún de haberlo reconocido, ningún auxilio material le hubiera proporcionado.

Respecto a la relación de causalidad debe recordarse que necesariamente el daño debe guardar una relación de adecuada causalidad entre la falta de reconocimiento espontáneo y el daño reclamado (Bíscaró, Beatriz "Daños derivados de la falta de

reconocimiento del hijo en Derecho de daños, Carlos a. Gherzi, Abelldo Perrot, pag 435 y sgtes.).

Sentado lo hasta aquí referenciado, corresponde valorar a la luz de lo expuesto el supuesto bajo análisis.

En primer lugar debe destacarse, como anticipara precedentemente, que en función de las cuestiones de hecho valoradas en la sentencia firme dictada por este Tribunal en el expediente atraillado sobre filiación, no se da en el caso ningún supuesto de eximición de culpabilidad, como lo propone el demandado recurrente.

De la prueba aquí rendida y en el proceso de filiación atraillado surge claro el conocimiento del embarazo por parte del mismo, a lo que cabe agregar la conducta procesal desleal constatada en la contestación de demanda en dicho proceso y la demora en el pago del daño moral y alimentos provisorios fijados en exptes. N^o 819/05 y 1252/05-. Ver documental no controvertida de fs. 164 de la causa de alimentos. No ha existido ninguna fuerza mayor ni siquiera la omisión de la Sra. Luna aprehendida bajo la óptica de la culpa de un tercero que justifique, mitigue o fracture el factor de atribución, que lo sindicada como causante de un perjuicio.

Tal accionar antijurídico lo posiciona frente a un cuadro descrito por la hija como de extrema pobreza, desprotección afectiva, económica y sanitaria, avalado por las pruebas rendidas en autos y en los expedientes atraillados ya referenciados.

Contrasta manifiestamente la situación descrita con la de un padre biológico económicamente bien posicionado, que de haberla reconocido le hubiera permitido el acceso a un nivel de vida distinto, lo que le hubiera ahorrado los padecimientos materiales que tuvo que vivir.

Claramente se verifica en el caso la pérdida de chance con el alcance descrito anteriormente.

Del expediente de filiación seguido contra el aquí demandado n^o 819/05, surge que el mismo conocía de la existencia de la paternidad -confirmada por la prueba pericial- desde la concepción, circunstancia por la que la actora obtuvo indemnización por daño moral en sentencia firme dictada por este Tribunal en fecha 5/11/09.

Este conocimiento del progenitor seguido al no reconocimiento configura el factor subjetivo de atribución a que se subordina, entre otros presupuestos, la viabilidad del reclamo indemnizatorio por daños materiales derivados de tal hecho omisivo.

Así teniendo por sentado el obrar antijurídico y la culpabilidad del demandado, la única diferencia es que no fue oportunamente planteado el reclamo por daño material.

Al no contar con el aporte debido por el progenitor, la situación descrita en la demanda encuentra razonable grado de certeza.

De allí surge que la joven Carmina Luna ha sido criada sólo por su madre quien trabaja como empleada doméstica y también lo ha hecho como tambera. La joven, a temprana edad, comienza a trabajar también como empleada doméstica, no pudiendo completar sus estudios; vive en una casa provista por la comuna -ver testimoniales de fs. 159/160- y que a su vez tiene una hija a su sólo cargo. Todo esto indica un cuadro de pobreza que contrasta severamente con la del padre quien es profesional -ingeniero agrónomo-,

conocido como productor agropecuario -ver testimonio de fs. 160 y constancias obrantes a fs. 17/19 del expte. De alimentos-, consistente en un reportaje del diario Clarín en la edición del día 4 de marzo de 2.005-; trabaja en un establecimiento rural a nombre de su cónyuge, cuyas ganancias revisten carácter ganancial- art. 1272 C.Civ.-. Del informe de la firma Rucamalén S.A. -fs. 57/66 del expte. Atrallado n° 819/05- surge un importante movimiento de la cuenta de la esposa para liquidación de cereales. Vive en una casa calificada de hermosa -testigo Bustamante fs. 160-, ha viajado al exterior -fs. 89, 6° posición-, es miembro de distintas instituciones sociales, culturales y deportivas -informe de fs. 138 de la Fundación Mariano Moreno de la localidad de Ameghino y fs. 170 del Media Luna Polo Club. Conduce un vehículo pick up inscripto a nombre de su esposa de importancia económica.

Lo reseñado, y que asimismo fuera objeto de valoración en la sentencia apelada, me conduce a considerar que el demandado vive en una contrastante situación con la de su hija, lo que le hubiese permitido contribuir a su desarrollo personal.

Por su parte, y retomando con lo dicho anteriormente en punto a la garantía constitucional de la igualdad de todos los hijos, cabe tener en cuenta que los dos hijos matrimoniales del Sr. Passon -ver prueba informativa de fs. 256-, toman clases de tenis en el Club Atlético Ameghino del cual son socios. La hija recibe enseñanza secundaria en colegio privado, quien también toma clases de inglés en un instituto privado, pagando la suma de pesos \$1.040 mensuales.

Es claro que tal como ocurre con sus hijos matrimoniales, la joven Carmina hubiera podido ser socia de algún club, realizar deportes, estudiar un idioma, que exigen un aporte de dinero imposible de satisfacer por una empleada doméstica.

Teniendo en cuenta las circunstancias reseñadas, observo que resulta desafortunada la referencia cuasi filosófica formulada en los agravios, al decir que no se ha probado que la felicidad pasara por cuestiones materiales, al referirse a la aducida pobreza de las accionantes.

La afirmación de que la demanda carece de objeto puesto que el juez a quo ha considerado que no hay datos fidedignos sobre el verdadero caudal económico del demandado, lo cual conlleva a la fijación de un monto resarcitorio prudencial, resulta realmente insostenible.

No hay carencia de objeto: el mismo es claro, consiste en el resarcimiento que se encuadra en pérdida de chance.

Lo que no se ha demostrado son los ingresos y/o capital concreto del demandado. Pero vislumbrando toda la prueba colectada, objeto de valoración del juez a quo e incuestionada por el demandado, surge evidente el modo de vida familiar que lleva el mismo, por lo cual el sentenciante de grado ha procedido a fijar una suma prudencial.

Con relación al agravio vertido respecto a la aducida contradicción en que habría incurrido el sentenciante, debe ser desechado.

Al respecto se ha dicho que no se puede retacear la indemnización debida al hijo por falta de ejercicio de la acción por parte de la madre, ya que ella no se encuentra legitimada por sí para iniciar una acción de determinación de la paternidad; ella la ejerce en representación del hijo o, en su caso, subrogándose en los derechos del hijo, y como

para el mismo la acción es imprescriptible, no vemos por qué se puede atribuir responsabilidad por el no inicio de las acciones tendientes a que el obligado asuma sus deberes.

Constituye un absurdo que el padre incumpla, se responsabilice a la madre cumplidora por no haber intentado con anterioridad las acciones tendientes al reconocimiento y se limite el resarcimiento del menor. Si la acción es imprescriptible, no parece que exista una conducta antijurídica de la madre que no actúa procesalmente contra el no reconociente. Medina, Daños en el Derecho de Familia, pag. 119 y sgtes. D

Debe puntualizarse que el factor de atribución es la culpa del padre, no la demora de la madre.

Llegado a este punto creo necesario destacar que el derecho alimentario corresponde desde que es solicitado, con lo cual, al no admitirse el reclamo alimentario con carácter retroactivo, el emplazamiento forzoso -por sentencia judicial- lleva a que todo el tiempo transcurrido entre la concepción y la solicitud de los alimentos, el padre no reconociente se habría liberado de sus obligaciones hasta ese momento.

En definitiva, debo precisar que la indemnización cuya admisibilidad postulo, no es el resultado del beneficio dejado de percibir por el acreedor, en nuestro caso una suerte de alimentos retroactivos, pues mal o bien éstos 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- doct. Art. 644 del C.P.C.-

En realidad lo resarcible en la chance es una posibilidad razonable de obtener una ganancia o evitar una pérdida, quedando al prudente arbitrio judicial la fijación de una 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 la ganancia o evitar la pérdida, según el caso.

En ningún caso la conducta de la madre que demora en promover la acción enerva la responsabilidad del padre que omitió cumplir con el deber de reconocer al hijo.

No existe norma que genere una inmunidad civil en contra del padre que causa daños no pasando alimentos.

Todo lo hasta aquí expuesto, evidencia que gracias al esfuerzo materno la joven Carmina Luna abasteció sus necesidades básicas. Pero el aporte paterno le hubiese conferido la chance cierta de lograr una mejor educación, con menos privaciones y un mayor desarrollo en todos sus aspectos.

No cabe duda que el caso satisface el coeficiente de certidumbre que la chance requiere, pues si bien no puede afirmarse con seguridad que de haber mediado el reconocimiento espontáneo el hijo hubiese tenido un mejor desarrollo, sí existe certidumbre en que el evento dañoso frustró la razonable probabilidad de alcanzarlo.

2. Tomando en consideración el acogimiento de la acción por daño material cuyo mantenimiento propongo, he de valorar el agravio vertido por la accionante en cuanto reputa el monto fijado de irrisorio y desajustado a los hechos probados.

En base a todas las circunstancias del caso que han sido objeto de valoración, entiendo que asiste razón a la accionante Carmina Luna en que la suma fijada resulta desajustada.

Siendo que el daño reclamado se encuadra en la pérdida de chance, consistente en la pérdida de la posibilidad de haber llevado una vida con menos restricciones económicas, y en coincidencia con lo expuesto por la joven en la demanda en cuanto a la difícil mensuración del daño material concreto, entiendo equitativo fijar el daño en la suma de **\$ 120.000 (pesos ciento veinte mil)** lo cual le hubiera permitido siempre en función de las posibilidades de su progenitor superar las necesidades mínimas cubiertas por la madre.

Para llegar a este monto he valorado: a) que el juicio por filiación tuvo su inicio cuando Carmina contaba con 18 años de edad, en un período en que las necesidades de la joven eran crecientes y que Passón, de acuerdo a las pruebas colectadas ha tenido oportunidades reales de satisfacerlas.

b) Asimismo valoro que se ha fijado cuando Carmina contaba con 20 años de edad, la suma provisoria de alimentos de pesos de \$500 (pesos quinientos) mensuales -ver resolución de fs. 60/62 del juicio de alimentos de fecha 29/5/07-, así como la fijación de un resarcimiento por daño moral en la suma de \$20.000 pesos en el proceso filiatorio.

c) Se ha acreditado el pago de un monto global producto de un acuerdo entre las partes, según acuerdo de fs. 164 del expte. De alimentos, que no ha sido controvertido.

d) Por su lado para justipreciar la indemnización por esta chance he ponderado como elemento a favor del demandado que la demanda de daños y perjuicios no puede constituirse en una vía indirecta para eludir la prescripción de los alimentos o de acumular los devengados con anterioridad al reclamo, sea la mediación o el juicio.

3. Finalmente, en relación al agravio vertido por la progenitora de Carmina Inés del Carmen Luna con motivo de la desestimación de la acción por daño material interpuesta por la misma, estimo debe mantenerse.

Al respecto entiendo que ningún agravio ha vertido la accionante que logre convencerme de la necesidad de modificación del fallo apelado. Doct. Art. 260 del C.P.C.

La Sra. Luna en la demanda he expresado que se encuentra legitimada directamente para reclamar el daño materia que la falta de reconocimiento paterno le produjo -ver fs. 11vta. /12.

En tal caso la madre se encuentra legitimada para reclamar el daño material porque seguramente debió afrontar sola los gastos que debieron ser compartidos por ambos progenitores. (Cfr. Graciela Medina, "Responsabilidad Civil por falta o nulidad del reconocimiento del hijo", Reseña Jurisprudencial a los diez años del dictado del primer precedente, JA, 1.998-III-1168). Tiene así un crédito a su favor contra el otro progenitor por los aportes que le hubiese correspondido efectuar a aquél.

Su legitimación es indudable, tanto como lo tendría cualquier tercero que se hubiese hecho cargo de estos gastos. Pero para el reintegro de los mismos y siempre que no hubiese prosperado la prescripción liberatoria. No para una chance que se le frustró personalmente a su hija y a la que ella con su omisión contribuyó a intensificar.

Por su parte, al haberse ordenado el resarcimiento a la damnificada personal, se duplicaría indebidamente la indemnización si por los mismos presupuestos fácticos se le reconociera a favor de quien con su aporte aligeró tal déficit.

ASÍ LO VOTO.-

El Señor Juez Dr. Castro Durán, aduciendo análogas razones dio su voto en igual sentido.-

A LA SEGUNDA CUESTION, el Señor Juez Dr. Guardiola, dijo:

Atento el resultado arribado al tratar la cuestión anterior, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso -artículos 168 de la Constitución Provincial y 272 del CPCC-, Corresponde:

I-**CONFIRMAR** la sentencia apelada en cuanto recepciona la admisibilidad de la acción por daño material interpuesto por Carmina Luna. Arts. 1067 a 1069 del C.Civ; Art 75 inc. 22 Const. Nac; 17.5, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); Art. 10.3 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Art. 2.1 Convención sobre los Derechos del Niño.

II-MODIFICAR el monto fijado en la sentencia de fs. 272/281vta., el cual se fija en la suma de pesos ciento veinte mil (\$ 120.000).

III-CONFIRMAR la sentencia apelada en cuanto desestima la acción de resarcimiento de daño material interpuesta por Inés del Carmen Luna. Costas de Alzada por la acción que prospera a cargo del demandado. Art. 68 del C.P.C. Con relación a la acción rechazada respecto a la coaccionante Inés del Carmen Luna, costas a la misma. Art. 68 del C.P.C.-

ASÍ LO VOTO.-

El Señor Juez Dr. Castro Durán, aduciendo análogas razones dio su voto en igual sentido.-

Con lo que se dio por finalizado el presente acuerdo que firman los Señores Jueces por ante mí:

//NIN, (Bs. As.), 20 de Noviembre de 2014.

AUTOS Y VISTO:

Por los fundamentos consignados en el acuerdo que antecede, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso -artículos 168 de la Constitución Provincial y 272 del C.P.C.C.-, **se resuelve:**

I-**CONFIRMAR** la sentencia apelada en cuanto recepciona la admisibilidad de la acción por daño material interpuesto por Carmina Luna. Arts. 1067 a 1069 del C.Civ; Art 75 inc. 22 Const. Nac; 17.5, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); Art. 10.3 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Art. 2.1 Convención sobre los Derechos del Niño.

II-MODIFICAR el monto fijado en la sentencia de fs. 272/281vta., el cual se fija en la suma de pesos ciento veinte mil (\$ 120.000).

III-CONFIRMAR la sentencia apelada en cuanto desestima la acción de resarcimiento de daño material interpuesta por Inés del Carmen Luna. Costas de Alzada por la acción que prospera a cargo del demandado. Art. 68 del C.P.C. Con relación a la acción rechazada respecto a la coaccionante Inés del Carmen Luna, costas a la misma. Art. 68 del C.P.C.-

Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse los autos al Juzgado de Origen.-