

En la ciudad de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, a los 25 días del mes de Abril de 2013, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala I de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes de la Pcia. de Buenos Aires, Dres. ROBERTO ANGEL BAGATTIN Y EMILIO ARMANDO IBARLUCIA, con la presencia de la Secretaria actuante, para dictar sentencia en el **Expte. N° SI-113826**, en los autos: **“B. J. C/M. C. A. S/ ··FILIACION”**.-

La Cámara resolvió votar las siguientes cuestiones esenciales de acuerdo con los arts. 168 de la Constitución Provincial y 266 del C.P.C.-

1ª.) ¿Es justa la sentencia apelada?

2ª.) ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

Practicado el sorteo de ley dio el siguiente resultado para la votación: Dres. Emilio A. Ibarlucía y Roberto A. Bagattin.-

### **VOTACION**

#### **A LA PRIMERA CUESTION**

**PLANTEADA**, el señor juez Dr. Ibarlucía dijo:

I.- La sentencia de fs. 118/22 es apelada por el demandado C. A. M., quien expresa agravios a fs. 149/51, los que no son contestados.

El Ministerio Público Fiscal dictamina a fs. 154/55 y la Asesora de Incapaces lo hace a fs. 157/58, con lo que los autos se hallan en condiciones de ser fallados.

II.- 1.- La sra. J. J. A. B., en representación de sus hijos A. A. G. y A. E. G. promovió demanda de filiación e indemnización de daños y perjuicios contra C. A. M., fundada en los siguientes hechos.

Dijo que el 15/04/94 había contraído matrimonio con el sr. C. G. G., de cuya unión nació una hija, y que luego estuvo separada durante más de un año de su marido, período durante el cual mantuvo una relación sentimental con el demandado. Como producto de la misma quedó embarazada, rompiéndose el vínculo a los cinco meses, por lo que volvió con su marido, quien conocía de la situación dado que se trataba de un embarazo de mellizos, que nacieron el 1/11/99.

Continuó narrando que, pese a ello, M. quiso conocer a los niños, lo que así ocurrió brindándoles trato de hijos, que se mantuvo durante un lapso prolongado y que incluyó ayuda económica. Ante su reclamo para que los reconociera y les diera su apellido – dijo -, M. comenzó a alejarse hasta que perdió el contacto en julio o agosto de 2003.

Reclamó indemnización por daño moral, daño psicológico y tratamiento psicoterapéutico.

2.- Contestó la demanda el accionado, negando todos los hechos expuestos en la misma. Solamente admitió haber tenido una única relación sexual con la actora. Adujo no haber tenido conocimiento del embarazo ni del nacimiento de los niños.

3.- Simultáneamente con la demanda referida, la actora, en representación de sus hijos, promovió acción de impugnación de paternidad contra el sr. C. G. G., narrando los hechos de similar manera. Dijo que se separó de su marido cuando los menores cumplieron ocho meses de vida.

4.- El accionado G. no contestó la demanda y fue declarado rebelde.

5.- Producida la prueba, se dictó sentencia

haciéndose lugar a ambas acciones, como consecuencia del resultado de la prueba biológica de ADN producida en autos. Respecto de la indemnización pedida, entendió el magistrado que de la prueba testimonial surgía que el demandado M. supo del embarazo y que conoció a los niños. Fijó la suma de \$ 25.000 en concepto de daño moral para cada uno, y desestimó los otros rubros reclamados.

III.- 1.- Se agravia el demandado M. de la condena a pagar indemnización por daño moral, insistiendo en que no tenía conocimiento del embarazo y del nacimiento de los niños.

Sostiene que a la época de la concepción la Sra. B. estaba casada con G., y que por ende es aplicable el art. 243 del C.Civil, que establece una presunción de paternidad del marido respecto de los hijos nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución o a la separación personal o de hecho de los esposos.

Agrega que nada aportan los testigos de autos y que los dos niños fueron inscriptos como hijos de G., consintiendo este y la madre tal estado de cosas hasta cinco años después del nacimiento, en que se promovió la demanda.

Dice que no existe prueba de la separación de hecho alegada ni de cuánto tiempo duró la relación con su persona, y que nada indica que M. tuviera que pensar que los niños eran sus hijos. Por ende – alega – no hubo hecho ilícito alguno imputable a su parte, que justifique la indemnización pedida.

En subsidio, solicita que se reduzca el monto indemnizatorio fijado.

2.- El Fiscal General Adjunto dictamina que debe confirmarse la sentencia, dado que, a su entender, de las

declaraciones testimoniales surge que el accionado supo del nacimiento de los niños.

Lo mismo opina la representante del Ministerio Público de Incapaces.

IV.-Como ha dicho esta Sala reiteradamente, la jurisprudencia que reconoce el derecho a cobrar una indemnización por daño moral por falta de reconocimiento de hijo parte de la base de que el deber de hacerlo es un hecho ilícito – primer elemento de la responsabilidad civil -, conclusión que se extrae del principio general de no dañar (art. 19 C.N.; art. 1109 C.C.), de que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos (art. 1071 C.C.), de diversas disposiciones del Código Civil, como ser la que concede una acción para reclamar la filiación extramatrimonial (art. 247) y la que contempla como causal de indignidad para suceder al hijo al no reconocimiento voluntario (art. 3296 bis) (fallo del J.C.y C. n° 9 de San Isidro del 29/93/88, con comentario de Bidart Campos en E.D. 128-330, confirmado por la Cámara de San Isidro, Sala 1, el 13/10/88, L.L. 1999-E-562, comentado por María Josefa Méndez Costa; también: C.N.Civ.,Sala F, del 19/10/89, L.L. 1990-A-1, con comentario de E. Zannoni; S.C.B.A., Ac. 59.680 del 28/04/98, E.D. 181-225; Ac. 64.506 del 10/11/98, D.J.J., año LVIII, T° 156, n° 12.734; C.N.Civ., Sala H, del 30/03/99, L.L., Doc. Jud., Año XV n° 44, 3/11/99; C.C. y C. San Is., Sala 2, causa n° 61.652 del 1/03/94; C.A.L.Z., 16/09/03 en E.D. del 18/05/04). Esta doctrina ha sido especialmente avalada por la Suprema Corte provincial (Ac. 59.680, “P., M. D. c. A., E. s/Filiación y daños y perjuicios” del 28/04/1998, E.D. 181-225) y ha sido seguida por esta Sala en numerosas oportunidades (causas n° 103.177 del 10/02/98; n° 108.785 del 30/09/04, 109.236 del 17/03/05, 108.888 del 15/11/05, 110.385 del 12/09/06, 111.101 del 11/09/07, 111.672 del 22/04/08, 112.177 del 21/04/09; 112.449 del 8/09/09, 112.077 del 13/02/09, 113.831, entre otras). Finalmente, como

ha dicho el superior tribunal provincial, el deber de reconocer un hijo se deriva del derecho a la identidad biológica consagrado en el art. 8 d e la C.A.D.H. con jerarquía constitucional art. 75 inc. 22) (Ac. 59.789 del 28/04/98; esta Sala, causa n° 113.543 del 17/04/12).

Ahora bien, para que tal hecho ilícito se configure debe existir la posibilidad jurídica de reconocer al hijo. En el caso de autos, no estamos ante el supuesto corriente del hombre que no reconoce como hijo a un niño de padre desconocido, sino que, por el contrario los niños A. A. y A. E. al poco tiempo de nacidos fueron inscriptos como hijos de C. G. G. y J. J. A. B. (conf. fs. 3 y 4), que, además, estaban unidos en matrimonio (conf. fs. 2), lo que apareja, además la presunción de paternidad del marido (arts. 243 y 246 C.C.; S.C.B.A., Ac. 56.535, 16/03/99). Siendo ello así el demandado no podía ir al Registro Civil y reconocer a los niños como sus hijos porque se lo impedía el art. 250 2do. párr. del C.C., y si el ente público lo hubiese hecho, el acto hubiese sido nulo de nulidad absoluta (arts. 250 y 1047 C.C.).

Esta norma, además, establece que quien pretenda reconocer a un hijo debe previa o simultáneamente ejercer la acción de impugnación de la filiación establecida (lo que a su vez guarda consonancia con lo prescripto por el art. 252 acerca de las acciones de filiación).

Ahora bien, cuando se trata de impugnar la paternidad atribuida a una persona casada – o sea, la paternidad matrimonial -, el código es muy restrictivo en cuanto a la legitimación activa para promover la acción. El art. 259 sólo la reconoce al marido y al hijo. Esta es la interpretación mayoritaria de la doctrina y de la jurisprudencia, y en especial de la casación provincial. En efecto, el tema fue especialmente tratado por la S.C.B.A. en Ac. 46.432 del 5/10/93

(ver JUBA), donde, por mayoría, se sostuvo que la interpretación literal del artículo conducía a que la enumeración de los legitimados era taxativa, ya que, de haber querido la ley conferirla al padre biológico, lo hubiera dicho en forma expresa. En el caso, precisamente, resolvió que carecía de acción el presunto padre biológico para promover una acción de reconocimiento de paternidad respecto de un hijo matrimonial, pues para ello debía – como condición impuesta por el art. 252 – iniciar previamente la impugnación del art. 259, para lo cual no estaba legitimado (en igual sentido: Sala M de la C.N.Civ., 22/05/00; E.D. 188-617; Cámara Civil y Comercial de Morón, Sala II, 22/12/88, E.D. 133-585, entre otros).

No se me escapa que existen varios cuestionamientos de constitucionalidad al art. 259. Es de recordar que en relación a la legitimación de la madre, la C.S.J.N. en el fallo “D. de P. V..” del 1/11/99 – L.L. 1999-F-670 -, por mayoría, rechazó el planteo de inconstitucionalidad, lo que fue severamente criticado por Bidart Campos y por Andrés Gil Domínguez en sendas notas, postura compartida por Cecilia Grossman (en Bueres-Highton, Código Civil comentado, T. I B, Hammurabi, Bs As, 2007, p. 424/26).

La crítica se ha extendido a la exclusión del padre biológico, generándose distintas posturas al respecto, expuestas exhaustivamente por la Dra. Kemelmajer de Carlucci en un importante fallo de la Suprema Corte de Mendoza, en el que la jurista mendocina se inclinó por lo que denominó la “variante ecléctica”, consistente en reconocerle legitimación si el niño gozaba de posesión de estado respecto de su padre biológico, y en negarla si era tratado como hijo por el marido de la madre, todo lo cual requería un análisis particularizado de las circunstancias concretas del caso (“L. C. F por la menor A. M. G. c. A.C.A.G.P.A.C. p/ filiación s/ incid. de casación”, causa 81.859, 12/05/05, La Ley Gran Cuyo – 2006 (marzo), pag. 240 con nota de

Mabel Dellacqua; La Ley Gran Cuyo 2005 (julio), pag. 663, con nota de Néstor E. Solari)

El Proyecto de Código Civil presentado en el Congreso en 2012 – preparado por la Comisión integrada por los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco y Kemlemajer de Carlucci - se ha hecho eco de este debate proponiendo la ampliación de la legitimación "*a la madre y a cualquier tercero que invoque un interés legítimo*" (art. 590), pero hasta el momento no se ha convertido en ley, y aunque lo fuera no podría ser aplicado retroactivamente (art. 3 C.C.).

Siendo ello así, no puede decirse que el demandado incurrió en una conducta antijurídica al no reconocer a los niños, dado que ninguna posibilidad tenía de hacerlo. Estaban inscriptos en el Registro Civil como hijos de padre y madre unidos en matrimonio, y por ende no podía promover una acción de impugnación de paternidad, condición previa ineludible para que el reconocimiento pudiera tener lugar (arts. 250 y 259 C.C.).

El accionado dependía de que el sr. G. iniciara el juicio de impugnación de paternidad – cosa que no hizo – o que lo hiciera la madre en representación de los hijos – cosa que sí hizo, más allá de que es discutible que pudiera hacerlo sola dado que la patria potestad es compartida (art. (art. 264 C.C.) -, y aun así debía esperar a que hubiera una sentencia firme al respecto (arts. 250 y 252 C.C.).

Es cierto que podría haber promovido una acción de impugnación de paternidad cuestionando la constitucionalidad del art. 259 del C.C., pero no puede exigirse una conducta de ese tipo dado que las leyes se presumen constitucionales. En otras palabras, no puede imputársele al demandado un comportamiento omisivo antijurídico cuando es la propia ley la que le indica tal forma de actuar, y con mayor razón aún si es la jurisprudencia de la Suprema Corte

provincial la que avala la interpretación restrictiva de la norma .

En un caso con notable similitud con el presente la Sala II de la Cámara Civil y Comercial de Azul se pronunció en el sentido indicado. Sostuvo el Dr. Jorge M. Galdós que la omisión de reconocimiento del hijo biológico no había sido antijurídica dado que había mediado una causal de justificación, toda vez que el régimen legal vigente le impedía promover la acción de impugnación de paternidad matrimonial (fallo del 31/05/05, pub. en L.L. Bs. As., año 12, n° 7, agosto 2005, p. 766, con comentario laudatorio de Graciela Medina, Cynthia Guevara y María Laura Serna).

Aunque lo dicho es suficiente para la revocación de la sentencia, no está demás señalar que, según los dichos de la propia sra. B. en la demanda, los niños nacieron cuando no estaba separada de hecho de su esposo sino que vivía con él, de manera que ni siquiera podría decirse que había caído la presunción de paternidad contemplada en el art. 243 del C.C. por haber transcurrido más de 300 días de la separación de hecho. A ello se suma la endeblez de las declaraciones de fs. 85/86 y 87 - citadas por el sentenciante – dada su nula o escasa precisión y porque los testigos no dieron razón de sus dichos (arts. 456 y 384 C.P.C.).

V.- En cuanto a las costas, si mi voto es compartido, corresponde revisar las impuestas respecto de la demanda de daños y perjuicios en primera instancia (art. 274 C.P.C.). Considero que, siendo que la pretensión se rechaza, fundamentalmente, por argumentos distintos a los esgrimidos por el accionado tanto en la contestación de demanda como en su expresión de agravios, se justifica que sean soportadas por su orden (art. 68 2do. párr. C.C.).

#### **VOTO POR LA NEGATIVA**

El señor juez DR. Roberto A. Bagattin, por

iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido.

**A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA**, el señor juez Dr. Ibarlucía dijo:

De acuerdo a la forma en que ha quedado votada la cuestión anterior, el pronunciamiento que corresponde dictar es:

1°.- Revocar la sentencia apelada en cuanto hace lugar al reclamo de indemnización por daño moral contra C. A. M., y en consecuencia rechazar el mismo.

2°.- Imponer las costas de la acción de daños y perjuicios en ambas instancias por su orden.

**ASI LO VOTO.-**

El señor juez Dr. Roberto A. Bagattin, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dictándose la siguiente:

**S E N T E N C I A**

**Y VISTOS:**

**CONSIDERANDO:**

Que en el Acuerdo que precede y en virtud de las citas legales, jurisprudenciales y doctrinales, ha quedado resuelto que la sentencia apelada debe ser revocada.

**POR ELLO** y demás fundamentos consignados en el acuerdo que precede, **SE RESUELVE:**

1°.- **REVOCAR** la sentencia apelada en cuanto hace lugar al reclamo de indemnización por daño moral contra C. A. M., y en consecuencia rechazar el mismo.

2°.- **IMPONER** las costas de la acción de daños y perjuicios en ambas instancias por su orden.. **NOT. Y DEV.-**

*Firmado: Dr. Roberto A Bagattin – Dr. Emilio A. Ibarlucía*

*Ante mí, Gabriela A. Rossello - Secretaria*