--- En la ciudad de Trelew, a los 12 días de diciembre del año dos mil ocho, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones esta ciudad, con la Presidencia del Dr. Raúl Adrián Vergara y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Aldo Luis De Cunto y Sergio Rubén Lucero, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“M. C. A. c/ B. E. M. s/ Custodia” (Expte. 22.809 – Año 2008)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es técnicamente suficiente el recurso de apelación planteado? SEGUNDA: En su caso, ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada? y TERCERA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden resultante del sorteo practicado a fs. 235.----------

------- **A LA PRIMERA CUESTION**, el Dr. Lucero dijo:---------- Vienen estos actuados a conocimiento de la alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en autos (fs. 129) en contra de la sentencia definitiva dictada en autos (fs. 119/121), por la cual se hace lugar a la demanda planteada por la Sra. C. A. M. otorgándole la custodia de su hija menor V. A. B. , a cuyo fin ordena el respectivo mandamiento de restitución, imponiendo las costas por su orden.---------- A fs. 144/147, luce agregado el escrito de expresión de agravios.---------- Ordenado su traslado a la contraria a fs. 148, el mismo no fue evacuado.---------- A fs. 168/169 y fs. 228, se encuentran glosadas sendas actas de audiencias llevadas a cabo por ante éste tribunal en los términos previstos por el art. 130 de la ley 4347.----------

-- I.- El progenitor demandado recurrente previo aseverar que la sentencia dictada en el anterior grado carece de fundamento jurídico al otorgar la custodia a la madre de la menor y –expresa- sin ningún tipo de traslado a su parte, pasa a reseñar que según el informe realizado por el equipo técnico interdisciplinario, reside con la menor en la ciudad de Comodoro Rivadavia, que con la actora vivieron en pareja y convivencia durante cuatro años a raíz del nacimiento de la menor, que desde que la actora decide separarse de la niña y su padre, viven en Comodoro Rivadavia, que la niña concurre a un jardín privado y que queda al cuidado de una niñera cuando su parte trabaja; a continuación, formula los siguientes agravios, a saber: a) que ante el conocimiento que la niña reside en Comodoro Rivadavia, la Sra. Juez debió declararse incompetente remitiendo las

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

actuaciones al Juzgado de Familia de dicha ciudad; b) asevera que no obstante ello, se ordenó el traslado e intervención del equipo técnico interdisciplinario de Comodoro Rivadavia, dejándose la cédula de notificación, sin constatar si realmente vivía allí, con un sello sin indicar nombre o identificación alguna, en el que se indica que de acuerdo a lo informado por los vecinos él vivía allí cosa, afirma, que no es cierto y que por ello nunca se anotició de la demanda hasta el momento en que realizan el mandamiento de restitución que es cuando tomó intervención en autos. Añade que la madre de la menor adjuntó certificado de la Escuela N° 64 de Loma Grande de fecha 14/08/2006, en donde se informa que V. concurre a dicho establecimiento, siendo otra razón para que la jueza se declare incompetente. No obstante ello, continúa, ante el pedido de la actora se lo declara rebelde el 29/08/2006, pero no se lo notifica de ello, por ende, no estaba en conocimiento de que se hubiera iniciado demanda en su contra por la custodia de la menor que vive con él. Agrega que también se notifica mal la rebeldía y con ello se solicita la audiencia de vista de causa, la cual tampoco se le notificara pues si bien se remite cédula al supuesto domicilio, con el auto que ordena la audiencia y se lo cita a absolver posiciones, la misma volvió informada en el sentido que nunca llegó para su diligenciamiento un día después de la fecha de la audiencia (fs. 43) ya que se retira del juzgado con fecha 18 de octubre y llega a Comodoro Rivadavia el día 08 de noviembre. Sostiene que evidentemente se han conculcado todos los derechos constitucionales de defensa y se declara su confesional ficta de acuerdo al pliego presentado. Todo ello, añade, con el agravante de que a fs. 57 obra informe de la comisaría segunda de Comodoro Rivadavia del 26 de octubre donde se informa que no reside en ese lugar (Chaco y Alvear N° 1575 del barrio Petrobelli) desde hace 6 meses aproximadamente. Con lo cual, concluye, que la cédula de notificación de la demanda se dejó en un lugar que no era la residencia suya con lo cual debe declararse su nulidad y de todo lo actuado dado que nunca tomó conocimiento de que le habían entablado una demanda y, por ende, no pudo contestarla ni estar a derecho afectando su legítimo derecho constitucional de defensa ya que se dictó la sentencia de forma inaudita decidiéndose que la custodia de su hija sea detentada por su madre sin tener para ello una valoración y las pruebas suficientes que acrediten fehacientemente quién es el progenitor que se encuentra en mejores condiciones para defender la custodia de V. . Alude que al no extremar la jueza las precauciones de si realmente se encontraba viviendo

allí se incurrió en una nulidad prescripta en los arts. 136 última parte, 149, 169 y 172 del Código Procesal Civil y Comercial, por lo que pide se decrete la nulidad de la sentencia y de todo el procedimiento. Puntualiza que se trata nada menos que del traslado que produciría como consecuencia de su contestación o no, una seria modificación en la vida de su hija, que se trata de con quién va a vivir, a qué escuela va a concurrir, por ello se debió notificar fehacientemente a la persona a la que iba dirigida y si la misma no vive en el domicilio se debió denunciar otro nuevo. Indica que evidentemente no se ha cumplido aquí –expresa- con uno de los requisitos fundamentales, cual es la congruencia necesaria que debe existir entre el tenor de la notificación propiamente dicha y la documentación remitida, situación que afecta directamente el legítimo derecho de defensa en juicio, amparado por normas constitucionales. Postula que se han configurado aquí las causales expresadas por el art. 149 del C.P.C.C. que indica 1) una grave irregularidad; 2) se pretende impedir a esta parte cumplir con los actos procesales que le son propios, tal como es el de ejercer en tiempo y forma el derecho que le corresponde, dejándolo en un estado de indefensión total, hecho que por la trascendencia lo perjudica restándole oportunidad de su defensa en juicio e imposibilitándole contestar respecto a la petición de custodia de la niña a favor de su madre. Abunda a continuación sobre el mismo tópico indicando que se pretende con el presente pedido de nulidad dejar sin efecto los actos cumplidos en total violación de las normas procesales, es decir, se pretende que se ordene correr un nuevo traslado tal como corresponde y que el mismo pueda ser evacuado sin afectar su legítimo derecho de defensa en juicio. En cuanto al perjuicio que trae el hecho de que se haya practicado una notificación cuya nulidad hoy pretende, es el más legítimo de los derechos que tiene cada parte, cual es su legítima defensa en juicio consagrado por el Derecho Constitucional, que por tratarse el caso de autos de un derecho elemental cual es contestar al pedido de una custodia a favor de su madre, el estado de indefensión para la menor es total. Efectúa citas jurisprudenciales a cuya lectura remito. Confunde la inferior el derecho pues en su pronunciamiento “que la sentencia homologada bajo el N° 262 del año 2001 tiene valor de cosa juzgada formal y no substancial, es decir, es provisoria y susceptible de modificación cuando varíen las circunstancias fácticas” y cita doctrina al respecto. Ello estaría bien, dice, siempre y cuando lo dicho lo sea en el marco del dictado de una sentencia de modificación de custodia que hubiera

seguido todos y cada uno de los pasos procesales, hubiera contado con elementos de prueba aportados por las partes, audiencias, probar la idoneidad del pedido, pero no dentro del marco en el que se dictó la sentencia recurrida, es decir, sin escuchar a la otra parte, sin correr traslado, y sin ni siquiera darle la oportunidad de ejercer su legítimo derecho de defensa y aportar las pruebas que creyere necesarias, por ello, sostiene carece de virtualidad y resulta inaplicable. En cuanto a la prueba misma, no pudo ser controlada, los testigos no pueden ser tenidos como tales ya que sus dichos y las respuestas que dan al interrogatorio lo son por los dichos de la madre. En tal sentido indica que a fs. 26, la Sra. G. N. L. no solo es pariente cuñada, sino que la Sra. M. le cuida la hija, a fs. 27, el testigo C. R. P. , dice que se lo ha contado la madre, es decir no ha presenciado ni visto u oído los hechos sobre los que contestó. Expresa que al alegar la actora no solo da por cierto los hechos denunciados en la demanda sino que da por ciertos los testimonios, meritúa en sentido negativo la supuesta conducta procesal de su parte (que reitera nunca fue notificado de la demanda por no vivir allí al momento en que se diligenció la cédula), sino que además solicita la confesión ficta, quedando como probadas las supuestas violencias que se ejercía sobre la madre de la niña. A mayor abundamiento señala que es el mismo letrado de la actora quien solicita que resulta con los elementos agregados atento que no se encuentra la cédula de notificación agregada. Indica que obra también el informe realizado por el ETI de Comodoro Rivadavia donde se constata el real domicilio suyo, que vive con su hija, su pareja, se describe la vivienda, el modo de vida, a que escuela concurre su hija y que cumple con la asistencia debida según la directora de la escuela. En síntesis, solicita la revocatoria de la sentencia dictada con fecha 12 de mayo de 2008 por causarle gravamen irreparable dado que en forma arbitraria, contraria a derecho y vulnerando el principio de defensa en juicio, se otorga la custodia de su hija V. a su madre.---------- II.- De la trascripción completa del tenor de los agravios vertidos por el recurrente, la que efectué de tal modo a propósito de que el examen que emprenderé a continuación se explique por sí mismo, adelanto opinión en cuanto que, de modo claro e indubitable para mi, se ha incurrido en una deserción técnica del recurso impetrado.---------- Ello así, habida cuenta que de la totalidad del desarrollo argumental expuesto como fundamento del recurso de apelación deducido en

contra del fallo dictado en el anterior grado no se logra avizorar mínimamente siquiera una crítica al eje motivacional esgrimido por la juzgadora para emitir su veredicto admisorio de la pretensión deducida por la progenitora actora en autos consistente en que se le atribuya la custodia de su hija menor V. .---------- Es que, por caso, aludir a la competencia o incompetencia del juzgador que sentenciara luego de tramitar todo el proceso resulta francamente inaudible desde todo punto de vista. No huelga advertir que tal planteo debió tramitarse en la forma y en las oportunidades previstos en los arts. 8 y 346 del C.P.C.C., que son de aplicación al supuesto por vía de los arts. 98 y 205 de la ley 4347.---------- O, asimismo, plantear por vía de recurso pretensiones nulificantes de lo actuado, a partir de denunciar vicios en el diligenciamiento de la cédula de notificación por el cual se le corriera el traslado de la demanda, indicando que el domicilio denunciado por la actora, en el cual se diligenciara dicho acto procesal de transmisión, ya no era en el que residía realmente al momento de su efectivización, es desconocer groseramente que los vicios del procedimiento deben ser planteados por ante el mismo tribunal de primera instancia interviniente y por vía del planteo de la acción o incidente de nulidad respectivo, en los términos previstos por el juego armónico de los arts. 149, 170, 2do. párr. y 172, 2do. párr. del Código del rito (Conf. Mouriño, Alberto Luis, en “Notificaciones procesales”, Ed. Astrea, ed. año1985, págs. 299 y sgtes., & 249; id. Aut. Cit., en “Nulidades procesales”, Ed. Astrea, ed. año 1985, págs. 125/126, & 99; id. Ver: Rivas, “De las notificaciones y la redargución de falsedad”, L.L. 1993-A-518).---------- De la última cita doctrinal efectuada se advierte que, inclusive, cabría precisar que es también dudoso que no debiera haberse planteado el correspondiente incidente de redargución de falsedad del informe de la diligencia que surge del sello de la cédula de notificación suscripto por el oficial notificador interviniente, en el cual se deja consignada la siguiente leyenda *“...y no habiendo localizado al portero o encargado del edificio e informado por los vecinos que el demandado vive ahí,...”*(sic).---------- Es que, al respecto se ha dicho que, cuando se atribuya falsedad intelectual al informe efectuado por el funcionario interviniente en el diligenciamiento de la cédula, lo que al parecer se sugiere en el pretenso agravio, la vía idónea para cuestionar la notificación debería ser la redargüción de falsedad, de acuerdo con lo prescripto por el art. 979, inc. 2°, 993,

994, 995 y conc. del Código Civil. Mientras que según otra opinión doctrinal, es suficiente promover el incidente de nulidad de la notificación, con arreglo al ya citado art. 149 y sus concordantes, del C.P.C.C.---------- Empero, sea que se adopte una u otra de tales posiciones doctrinales lo cierto es que en la especie no se acudió a ninguna de ellas. Nótese al respecto que dicha trocha procedimental, para plantear la pretensión nulificante incoada inadecuadamente por vía de recurso, le permitía al impugnante ofrecer al tiempo de interponer el incidente respectivo la prueba de la que podía valerse para acreditar el presupuesto de hecho fundante de su planteo nulificante, cual es, que efectivamente al tiempo del diligenciamiento de la notificación cuestionada no vivía en el domicilio denunciado en la demanda sito en calle Chaco y Alvear N° 1575 del barrio Petrobelli de la ciudad de Comodoro Rivadavia (vide: escrito de demanda, punto II, fs. 6 y cédula obrante a fs. 17 y vta.) (Conf. art. 377, 2do. párrafo del C.P.C.C.) (Conf. C.Civ.Com., Tucumán, Sala III, 16/6/94, Lexis, n° 25/14611; id. CNCiv., Sala A, 11/4/89, Lexis, n° 10/4556).---------- Subrayo, en tal sentido que, como lo admite el propio recurrente al expresar agravio, el mismo tomó noticia de la existencia del presente proceso por el cual se reclama la atribución de la custodia de su hija iniciado por su progenitora Sra. C. A. M. , *“...cuando se ordena un mandamiento de restitución al domicilio de los padres de mi representado...”*(sic)(fs.145 vta. “in fine”). Ello se constata además, con el escrito titulado “TOMA INTERVENCIÓN. CONSTITUYE DOMICILIO. SOLICITA VISTA DEL EXPEDIENTE.-PETICIONA” obrante a fs. 101, el que data del 04/03/2008. Es decir, cuanto menos se remonta a tal época el conocimiento indudable del demandado ahora apelante de la existencia de las presentes actuaciones sin que hubiera incoado el planteo nulificante que tardía e improcedentemente introduce por vía recursiva.---------- No abunda decir, en tal contexto, que todas y cada una de las demás alegaciones impugnaticias relativas a la indefensión que le provocara tal dicente vicio en el acto de comunicación de la demanda interpuesta en su contra se encuentran estrechamente vinculadas, en su posible escucha, al presupuesto previo de su oportuno y correcto planteo por la vía procesal correspondiente que no iniciara por ante el tribunal competente para conocer y decidir sobre el mismo, por lo cual irrelevante resultará expedirme sobre tales supuestos.----------

Únicamente indicaré a título “obiter dicta” que, en relación al informe de la Comisaría Segunda de Comodoro Rivadavia del 26/10/2005 –estimo corresponde al año 2006- y que se destaca en la expresión de agravios para sostener que al tiempo de practicarse la notificación de la demanda, que es altamente dudoso que tal dato pudiera tener influencia para elucidar si realmente vivía allí o no (siempre en el extremo de un hipotético planteo nulificante por vía de incidente que, insisto, no fue debidamente planteado). Ello así, por cuanto pocas fojas más adelante, con fecha 20/10/2005 (rectius: 2006), la misma comisaría segunda de Comodoro Rivadavia informa que en dicha fecha se constituyó en el domicilio sito en calle Chaco Nro. 1575, donde se entrevistó al ciudadano G. D. S. quien habría manifestado *“...que el causante alquiló hasta hace dos meses en el lugar ignorando su actual dlio.”*(sic)(Ver: fs. 61).---------- Desde otra perspectiva, la alusión relativa a que en el presente *“...proceso se trata nada menos que de un traslado que va a producir como consecuencia...una seria modificación en la vida de nuestra hija, que se trata de con quién va a vivir, a que escuela va a concurrir...”*, no obstante que es efectuada en relación al fallido planteo nulidicente, considero que corresponde precisar que de modo alguno se soslaya ni la índole de los derechos involucrados ni su trascendencia al tiempo de emitir el presente voto.---------- Y, también puntualizo, que a tenor de los fundamentos expuestos en la sentencia del anterior grado, la juzgadora tampoco omitió ponderarlo del mismo modo. Ello así, toda vez que expuso con puntillosa prolijidad cuales eran los elementos aportados al proceso y en los que se apoyó finalmente su veredicto. Y, allende que ninguna crítica concreta y razonada se dirigió a tal mérito, encuentro que los datos aportados por intermedio principalmente de los distintos informes del ETI, los que añado se han visto corroborados en lo principal por los producidos ya encontrándose en este tribunal de alzada las actuaciones, son suficientemente ratificantes de las causas serias y determinantes del cambio de custodia que finalmente decidiera.---------- No soslayo que como pauta o regla general se propicia en la materia la preferencia al *status quo* de la situación de hecho. Esto es, en la evaluación de la directiva de rango constitucional de atención excluyente del interés superior del niño habrá de preferirse el mantenimiento de la situación existente, que abarca todo el haz de relaciones que se generan en la persona de la niña en la órbita

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

conformada por el lugar físico, el barrio o la vecindad en que se encuentra integrado, la escuela, la ciudad, etc..---------- Por ello acertadamente se ha dicho que “el principio general y básico que domina la materia es el siguiente: debe tenerse en cuenta, primordialmente, el interés de los hijos, su conveniencia y su bienestar, y, aun sin descuidar los legítimos derechos de los padres sobre sus hijos, resolverse en función de ese interés, sin que el marido o la esposa (en la especie progenitor y progenitora) puedan alegar preferente derecho, salvo, por supuesto, la preferencia que a favor de la madre otorga la ley respecto a los hijos menores de cinco años (Conf. Zannoni, Eduardo A, en “Derecho Civil. Derecho de Familia”, Ed. Astrea, ed. año 1989, T. 2, pág. 181).---------- Esto es, se exige ciertamente que concurran razones de peso que justifiquen modificar el estilo de vida que es de presumir se modificará con motivo del cambio de custodia. Pues ello fue lo evaluado por la sentenciante, quien arribó del mérito de los elementos aportados al proceso, a la conclusión de que lo más conveniente para la menor es atribuir su custodia a la actora, su madre Sra. Martínez. Y, tengo para mi, a partir de los informes posteriores que se aportaran por el ETI, con motivo de la intervención delegada por este tribunal a los fines de la realización del régimen de comunicación pactado en la alzada en la audiencia del art. 130 de la ley 4347 (ver: fs. 168/169 y 194/195; 206/207; 224/225; y, 230/232), que tal estimación ha sido correcta y ajustada al mejor resguardo del interés de la niña V. (Conf. Gil Domínguez-Fama-Herrera, en “Derecho Constitucional de Familia”, Ed. Ediar, ed. año 2006, T. I, págs. 41 y sgtes., n° 5; id., mismos autores, en “Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes –Derecho constitucional de familia-”, Ed. Ediar, ed. año 2007, comentario al art. 3°, págs. 79 y sgtes.).---------- Por último, para cerrar mi intervención en la presente cuestión, señalaré en cuanto se cuestiona a los testimonios prestados en autos por los Sres. Levy y Pérez (fs. 26 y 27), que es de postular que rige en la materia propia de la órbita de los conflictos de naturaleza familiar lo que ha sido denominado *“favor probationes”*, por el cual merced a las indisputables dificultades probatorias que habitualmente se tiene en los procesos contenciosos de familia, corresponde adoptar una postura amplia o flexible en propiciar la admisión, producción y eficacia de la prueba. Ello teniendo en consideración que los hechos llamados a constituirse en objeto de las mismas normalmente ocurren

en la intimidad del hogar y, en su caso, en presencia de testigos comprendidos dentro de las generales de la ley, extremo que autoriza a esperar de las partes una activa colaboración en la dilucidación de los mismos y a valorar su comportamiento omisivo en tal contexto como prueba en contra. En punto a ello, la Sr. Juez a quo evaluó que del informe del ETI, obrante a fs. 11, surgía que el demandado tuvo una actitud obstaculizante en el desarrollo de un régimen de comunicación entre su hija y la madre. También valoró la conducta asumida por el demandado durante el proceso, siendo ello una nota trascendente en materia probatoria. Para realizar tal aserto, debo expresar que no puedo obviar considerar mi propia percepción personal, lograda a partir de las impresiones extraídas a partir de la actitud y modo de intervenir en palabras y gestos del Sr. Barriga en las dos audiencias llevadas a cabo por ante este tribunal revisor. Como también, a la par, cabe traer a colación en igual sentido el puntual cumplimiento del régimen comunicacional llevado a cabo por la progenitora actora en autos, a pesar de las dificultades de distancia y esfuerzo económico y físico que significó viajar todos los fines de semanas subsiguientes a dicha audiencia y durante el lapso habido entre la primera y la segunda audiencia llevadas a cabo en esta Cámara de Apelaciones, de lo cual dan cuenta las constancias obrantes a fs. 177/180; 182/185; 187/191; 198/200; 202/204; 210/213; 215/217; 219/222 (Conf. art. 163, inc. 5to. “in fine” del C.P.C.C., de aplic. por vía de los arts. 98 y 205 de la ley 4347).---------- En síntesis, pues, de todo lo expuesto concluyo en que corresponderá declarar desierto el recurso de apelación por carecer el mismo de suficiencia técnica en los términos normados por los arts. 265 y 266 del C.P.C.C., de aplicación al caso por vía del art. 129 de la ley 4347). Así lo voto.---------- III.- Conclusión:---------- Por todo lo dicho propiciaré al acuerdo se resuelva declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por el Sr. E. M. B. , con costas de segunda instancia a su cargo (Conf. arts. 68 y 279 del C.P.C.C.).---------- Los honorarios del Dr. N. R. , defensor oficial de la Sra. M. , por sus tareas desempeñadas por ante esta alzada, apreciándolas por su calidad y eficacia, estimo adecuado regularlos en la suma equivalente al 30% de la que mereciera su representación en la anterior instancia, con más el I.V.A. pertinente (Conf. arts. 6 y 14 de la ley 2.200; leyes 23.349 y 23.871).---------- No

corresponde que se le regulen honorarios a la Dra. Hemilse Trujillo, letrada apoderada del demandado, Sr. Barriga, por resultar sus labores de segunda instancia inoficiosas (Conf. arts. 3 y 6 de la Ley 2.200).---------- Termino mi intervención pronunciándome en la presente cuestión por la NEGATIVA.---------- **A LA MISMA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. De Cunto manifestó:---------- Dada la claridad de la reseña que efectuara el colega preopinante de la sentencia de origen de fs. 119/121 y de los agravios que contra la misma expusiera la demandada a fs. 144/147, me remito a la misma a fin de evitar reiteraciones estériles y en homenaje a la brevedad.---------- I.- En base a lo antedicho ingresaré directamente en el tratamiento de los argumentos brindados en la expresión de agravios del apelante a los fines de dar respuesta al primer interrogante planteado acerca de la suficiencia técnica del recurso deducido .---------- 1) El recurrente, luego de una introducción genérica donde dice que de las constancias de la causa surge que la menor reside con él en Comodoro Rivadavia (ver fs. 144 “in fine”), afirma que ante el conocimiento de dicha situación la sentenciante debió declararse incompetente para remitir las actuaciones al Juzgado de Familia en turno de dicha ciudad (ver fs. 144 vta., 1er. párrafo). Comparto, al respecto, lo manifestado por el colega preopinante en cuanto a que dicha aseveración debió encarrilarse a través de los planteos idóneos previstos en los arts. 8, 346 y 347, inc. 1 del CPCC (conf. remisión de los arts. 98 y 205 de la ley 4347). ---------- En lo referente a que se remitió cédula de notificación para correr el traslado de la demanda sin haberse ordenado previamente la intervención del E.T.I. de Comodoro Rivadavia, y a un domicilio sin constatar si allí vivía el demandado, lo que niega, no anoticiándose de la acción sino hasta el momento en que se realizó el mandamiento de restitución (ver fs. 144 vta., 2do. párrafo), el planteo deviene además de extemporáneo, inidóneo de deducirse en esta expresión de agravios. Es que resulta evidente que lo apuntado es la nulidad de notificación de fs. 17/vta.., lo que se encuentra expresamente previsto en el art. 149 del CPCC. Esta nulidad no escapa a los caracteres generales de las nulidades procesales, por lo que resultan de aplicación, entre otros extremos, la necesidad de declaración judicial, la relatividad de la nulidad, su convalidación, el trámite incidental, etc.; siendo la

única originalidad del precepto, la responsabilidad del funcionario público que por inobservancia de las reglas pertinentes ocasiona la nulidad de la notificación (conf. Fenochietto-Arazi: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. Astrea, 1993, Tº 1, pág. 552). En dicho orden de ideas corresponde expresar que si el vicio es convalidado por una presentación posterior en las actuaciones, queda subsanada la nulidad si dentro del quinto día de conocida la misma no se deduce el respectivo incidente (conf. art. 170 del CPCC), así como que el incidente de nulidad deberá plantearse ante la misma instancia en que haya tenido lugar la irregularidad (conf. Fenochietto-Arazi, op. cit., ídem, págs. 552/553). Asimismo se ha considerado que no es necesario imprimir a la cuestión el trámite de redargución de falsedad, pero si en el contenido del escrito, se impugnan las manifestaciones vertidas por el oficial público, no podrá fundarse en una simple disconformidad sustentada en simple prueba en contrario, sino en una verdadera y propia argución de falsedad (conf. CN. Com., Sala C, 5/3/71, LL, 147-417, 28.225-S; CN. Civ., Sala A, 22/11/84, ED, 115-490, nº 258). Como se puede observar, todos los argumentos que desgrana el quejoso, referidos a dicha notificación, debieron haber sido objeto de la deducción del pertinente incidente de nulidad en la instancia anterior. Es más, tal como lo reconoce el apelante, tomó conocimiento de las actuaciones al realizarse el mandamiento de restitución (ver fs. 104/vta.), presentándose en consecuencia a fs. 101, el 04/03/08, sin plantear nulidad ni redargución de falsedad alguna.---------- En cuanto a las demás quejas vertidas respecto a los derechos de los que se vio privado ejercer por no tomar conocimiento en su momento de las presentes actuaciones, genéricamente comprendidos en el derecho de defensa en juicio que dice haberse visto conculcado (ver fs. 145, 2do. párrafo), cabe mencionar que el propio apelante admite que se incurrió en nulidad citando las normas pertinentes del código adjetivo (ver fs. 145, 3er. párrafo y 145 vta., 1er. párrafo), por lo que pide en esa instancia que se declare nula la sentencia. Olvida el recurrente que dicho planteo, en base a lo expuesto “ut supra” debió ejercerlo en la instancia de origen, y no respecto de la sentencia, sino de la notificación que, según entiende, fue incorrectamente practicada. Es que es un requisito propio de la deducción del correspondiente incidente de nulidad que se alegue el perjuicio sufrido y el interés que se procura subsanar con la declaración de nulidad, así como la mención de las

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

defensas que no se han podido oponer (conf. art. 172 del CPCC). Es así que todos los argumentos expuestos al respecto (ver fs. 145/vta.) devienen extemporáneos e insusceptibles de ser atendidos en esta instancia.---------- 2) A la luz de lo razonado hasta aquí, es claro que lo argumentado por el recurrente no se hace cargo del razonamiento central y dirimente de la juzgadora para concluir en la decisión que se ataca. Nótese que la jueza consideró expresamente que *"La actitud del Sr. Barriga, que no ha facilitado a su hija el contacto con la madre decidiendo en forma unilateral o en conformidad con sus padres, lo que estima mejor para la niña, es una conducta violatoria de los derechos de V. "* (ver fs. 120 vta., anteúltimo párrafo). Dicho argumento ni siquiera fue tenido en cuenta por el apelante en su expresión de agravios. Al respecto es sabido que crítica concreta se refiere a la precisión de la impugnación, señalándose el agravio; lo de razonada alude a los fundamentos, bases y sustanciaciones del recurso (conf. CN. Civ., Sala H, 5/3/91, Rep. JA, 1991-819, nº 39); se debe demostrar el desacierto del razonamiento contenido en la sentencia que se impugna (conf. CN. Civ., Sala D, 12/9/79, ED, 86-442); la expresión de agravios debe contener un análisis de la sentencia, señalando y demostrando, punto por punto, los errores en que se ha incurrido y las causas por las cuales el pronunciamiento se considera injusto o contrario a derecho (conf. CN. Civ., Sala A, 12/11/81, LL, 1982-A-352, entre muchos otros).---------- De lo expuesto en los considerandos precedentes se desprende que el apelante no atacó el razonamiento dirimente de la sentenciante, limitándose a verter argumentos relativos a errores de procedimiento que debieron haber sido vehiculizados a través de los pertinentes incidentes en la instancia originaria, sin explicar en qué consiste el error de las conclusiones a las que arribara la juzgadora.---------- 3) Por lo demás, y tal como lo efectuara el vocal prevotante a título "obiter dicta", habré de decir que en el caso de otorgamiento de la custodia de los hijos, como en todos aquellos referentes a los menores, el juez debe valorar el interés del menor por sobre el eventual interés contradictorio que puedan ostentar uno u otro progenitor al disputarse el preferente derecho a conservar la guarda de sus hijos (conf. Bossert-Zannoni: "Manual de derecho de familia", Ed. Astrea, 1988, pág. 295). Y si bien el art. 3 de la ley 26061 enuncia como elemento de respeto que integra dicho interés el centro de vida del menor, que define como el lugar donde las niñas, niños y adolescentes

hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia (inc. f), es de tener en cuenta que primordialmente el interés superior del niño importa la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la ley (art. 3, 1er. párrafo).---------- Es en ese sentido, que en primer lugar no cabe desatender las declaraciones testimoniales de fs. 26/27, en base lo planteado por la demandada a fs. 146 vta., 2do. párrafo, por cuanto se ha sostenido que en los juicios de familia, donde se ventila la conducta del matrimonio, resulta admisible que declaren parientes y amigos íntimos, porque son las personas más indicadas y calificadas para conocer la vida de los cónyuges (conf. Fenochietto-Arazi, op. cit, Tº 2, pág. 473). Pero amén de ello, resulta ilustrativo de la mayor idoneidad de la madre -de acuerdo a lo establecido por el art. 206, 2do. párrafo del C. Civil-, lo informado por el E.T.I. a fs. 11 y -ya en esta sede- a fs. 194/195, 206/207 y 224/225, donde se evidencia el importante progreso alcanzado en la relación afectiva entre madre e hija a pesar de los obstáculos que la actora debiera sortear. A ello cabe añadir el constante y sostenido interés evidenciado por la madre en recomponer y mantener el vínculo con V. , tal como lo evidencian las constancias de sus viajes semanales a Comodoro Rivadavia a tal fin (ver fs. 177/180, 182/185, 187/191, 198/200, 202/204, 210/213, 215/217, 219/222 (conf. art. 163, último párrafo del CPCC).---------- II.- En síntesis, de todo lo expuesto y razonado corresponde declarar desierto el recurso de apelación deducido por la demandada, con imposición de costas en esta sede al recurrente vencido (conf. arts. 68 y 279 del CPCC).---------- Sin perjuicio de lo anterior, ante la deserción del recurso declarada, no corresponderá regular honorarios a la letrada del apelante por resultar inoficiosos sus trabajos realizados ante la Alzada. En cuanto a los emolumentos del letrado apoderado de la actora, Dr. N. R. , atento la extensión y mérito de sus actuaciones en esta sede, coincido con el Dr. Lucero en cuantificarlos en un 30% de lo establecido al mismo en la instancia anterior, con más el IVA correspondiente (conf arts. 6, 14 y 47 de la ley arancelaria, y leyes 23349 y 23871).---------- A la luz de todo lo expuesto y razonado, a la primera cuestión voto POR LA NEGATIVA.---------- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. Lucero dijo:---------- En atención al modo en que concluyo el tratamiento de cuestión anterior, la presente

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

ha quedado vacía de contenido por lo que me eximo de expedirme en ella..----- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto dijo:----------
- En atención a la respuesta brindada a la primera cuestión planteada, deviene abstracto pronunciarse respecto de la segunda pregunta presentada.----------
------- **A LA TERCERA CUESTIÓN**, el Dr. Lucero dijo:----------
---------- El pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente, a saber: 1) DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación interpuesto por el Sr. E. M. B. . 2) IMPONER las costas de segunda instancia al demandado apelante vencido en ella. 3) REGULAR los honorarios del Defensor General, Dr. N. R. , por sus tareas de alzada, en la suma equivalente al 30% de la que mereciera por la actuación de su representación en el anterior grado, con más el I.V.A. correspondiente.----------
---------- ASI LO VOTO.--
---------- **A LA TERCERA CUESTIÓN** el Dr. De Cunto expresó:---------- El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Lucero, fiel expresión del acuerdo alcanzado.----------
------- Así lo voto.----------
---------- Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por haberse logrado la mayoría (arts. 9 de la ley 1130 y 271 del C.P.C.C., To. ley 4550), pasándose a dictar: ----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------
-
--- Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones con asiento en la Ciudad de Trelew, **RESUELVE**: ----------

--- 1) DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación interpuesto por el Sr. E. M. B. .---------- 2) IMPONER las costas de segunda instancia al demandado apelante vencido en ella.----------
------- 3) REGULAR los honorarios del Defensor General, Dr. N. R. , por sus tareas de alzada, en la suma equivalente al 30% de la que mereciera por la actuación de su representación en el anterior grado, con más el I.V.A. correspondiente.--------

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

FDO.: ALDO LUIS DE CUNTO – SERGIO RUBEN LUCERO.

--- REGISTRADA BAJO EL N° 50 DE 2008 – SDC.- Conste.-