---- Trelew, de marzo de 2.009.-

---- VISTO:----------

---- El recurso de apelación interpuesto a fs. 74, contra la sentencia de fs. 70/71, concedido que fuera el mismo a fs. 75, fundado mediante el memorial de agravios de fs. 76/78, corrido traslado a la contraria a fs. 79, contestado el traslado conferido mediante la presentación de fs. 80/84.--------

---- Y CONSIDERANDO:----------

---- I.- A fs. 70/71 la Sentenciante de Grado resuelve: "…1.- No hacer lugar a la excepción de defecto legal planteada por la demandada. 2.- No hacer lugar a la cesación de la cuota provisoria de alimentos. 3.- Costas a cargo del demandado M. R. E., regulando los honorarios ...". En lo que respecta a la excepción de defecto legal funda lo resuelto en las constancias del acta nro. 678/ter/08, tiene asimismo en consideración la circunstancia de que al contestar la demanda se expresa que el Sr. E. permanece parte de su tiempo en la ciudad de Buenos Aires, no habiéndose negado que el domicilio al que se remitiera la carta documento fuere el lugar donde el demandado permanece o concurre en oportunidad de viajar a esa ciudad y que tal circunstancia le impidiera tomar conocimiento de la citación. Puntualiza que la referida notificación no requiere de las formalidades y recaudos previstos para el traslado de la demanda. En lo que respecta a la cuota de alimentos provisorios estima pertinente mantenerla a los fines de asegurar a la niña la cobertura de sus gastos imprescindibles, sin perjuicio de lo que en definitiva se resuelva de acuerdo a la prueba a rendirse en el decurso del proceso. Cita jurisprudencia.-------

---- II.- A fs. 74 los Dres. V. A. F., G. L. y S. L. F., en representación del demandado, apelan lo resuelto. Concedido a fs. 75 el recurso interpuesto, expresan agravios mediante el memorial de fs. 76/78.----------

---- Comienzan su presentación planteando caso federal y efectuando un relato de los antecedentes del proceso. Introducen dos agravios. a) Rechazo de la excepción de defecto legal. Invocan que del objetivo análisis de la acción impetrada y su documental, en consonancia con la lectura de la contestación de demanda, surge que L. no ha dado cumplimiento a las solemnidades previstas por el art. 88 y cctes. de la ley 4347, puesto que según lo establece su art. 87 inc. i debe agotarse la etapa previa y acompañarse a autos el testimonio del acta de avenimiento. Puntualizan que si bien se acompañaron dos actas de avenimiento, ninguna de ellas resulta válida ni acredita que se haya cumplimentado la etapa previa, donde debe otorgársele al alimentante la posibilidad de defensa. Analizan que en una de ellas no obra constancia de que el requerido estuvo debidamente notificado y en la segunda se lo intentó notificar por carta documento en un domicilio de la ciudad de Buenos Aires que no es su casa. Argumentan que la prueba veraz está en la respuesta (en estos actuados) a la notificación de la presente acción que se realizó en su casa de la calle Abraham Mathews **** de la ciudad de Puerto Madryn, notificación a raíz de la cual se presentó al proceso a fin de estar a derecho. Afirman que se vedó el derecho de defensa del demandado, omitiéndose cumplimentar el paso previo para que quede expedita la vía judicial según el objeto de la acción. Analizan que nunca sabremos si E. hubiera conciliado una solución con L. porque le fue imposible defenderse. Analizan que la carta documento cursada previo al acta nro. 678/ter/08 se dirigió al domicilio de la empresa de S. L. E., oficina del hermano del

demandado, domicilio distinto al real del demandado. Solicitan se revoque el fallo de grado, se haga lugar a la excepción de defecto legal y se declare la nulidad de todo lo actuado por no encontrarse expedita la vía judicial. b) Cesación de cuota de alimentos provisoria. Rechazo. Invocan que de los antecedentes del proceso resulta que el demandado no dio motivo a la promoción del juicio, ya que se halla cumpliendo su obligación alimentaria de forma extralimitada. Denuncian que su representado abona la Escuela y le provee a su hija de la vivienda en la cual reside con su madre. Argumentan que está probado de manera fehaciente que el aporte de su representado ronda los $ 2500 mensuales, lo que señalan fue soslayado por la 'a quo' en su sentencia. Esgrimen que más allá de que los alimentos gozan de una presunción jurisprudencial y doctrinaria muy fuerte a favor de los alimentados, no puede llegarse al extremo de la permisividad, sino que se debe actuar con mesura. Puntualizan la carencia de pruebas que acrediten un patrimonio frondoso y actual de su representado. Califican a la opinión de la Asesora de Menores de desmedida, inconveniente y desacertada para la propia menor que se pretende defender. Afirman que de mantenerse los términos del decisorio su cliente deberá repensar su conducta y evaluar el gasto de colegio y la ocupación de la vivienda por parte de su hija y de la madre, ya que, afirman, no puede afrontar el pago de casi $ 4000 mensuales. Invocan que implica una evaluación desacertada ordenar una mensualidad fundada en resúmenes de cuenta de hace seis años atrás o en negocios inmobiliarios que no se acreditan, o en tickets de alimentación donde obran consumos de bebés. Peticionan se revoque el fallo en crisis ordenándose el cese de la cuota alimentaria provisoria. En síntesis peticionan se revoque el decisorio en lo que fuera materia de agravios, con costas a la accionante.----------

---

---- III.- A fs. 80/84 contesta la contraria el traslado que le fuera conferido a fs. 79. En la respuesta dada al primero de los agravios vertidos, señala que su parte cumplió con los pasos establecidos por la ley realizando dos audiencias de avenimiento, atento fracasar la primera por no haberse presentado el Sr. E., fijándose una segunda fecha donde no solo se lo notifica por la vía judicial correspondiente, sino que a su vez por medio de carta documento a su domicilio en la ciudad de Buenos Aires y no en el domicilio de esta ciudad de Puerto Madryn, atento que el demandado se encontraba en aquella ciudad. Puntualiza que el ordenamiento jurídico a que hacen referencia los apoderados de la demandada nada dice del lugar donde se deban cursar las notificaciones, entendiéndose entonces que las mismas deben ser cursadas en el lugar donde tenga residencia el demandado o donde resida circunstancialmente a efectos de realizar una correcta notificación y asegurar el derecho de defensa. Analiza las manifestaciones vertidas en el escrito de contestación de demanda, las que señala justifican la notificación cursada por carta documento al domicilio de la ciudad de Buenos Aires. Puntualiza contradicciones en las que entiende incurre la parte apelante. Invoca que la parte apelante podría haber solicitado la fijación de la audiencia prevista por el art. 105 de la ley 4347. Valora la intervención de la Asesoría Civil de Familia en la etapa previa de avenimiento. Sostiene que la excepción planteada por los apoderados de la demandada tiene como único objetivo la dilación del proceso. Afirma que tanto el demandado como sus letrados están actuando con temeridad y malicia a efectos de dilatar el

proceso y evitar cumplir con su obligación de padre, por lo que solicita a este Tribunal instruya si corresponde aplicar la multa establecida por el art. 45 del CPCC. Ingresa luego al análisis del segundo de los agravios vertidos. Califica de insuficiente al aporte que viene efectuando la parte demandada. Cita jurisprudencia. Afirma no probado que el aporte del demandado ronde los $ 2500 mensuales. Valora lo resuelto por la 'a quo' y la opinión de la Sra. Asesora de Menores. Califica de absurdo la citación del monto del sueldo mínimo vital y móvil. Analiza la prueba acompañada y los dichos del demandado al contestar la acción incoada. Peticiona se confirme la sentencia de primera instancia con expresa imposición de costas.----------

---- IV.- Recibido el presente trámite por ante la Alzada a fs. 86 se convoca a las partes a la audiencia prevista por el art. 130 de la ley 4347, audiencia a la que concurriera la parte actora, asistida por sus letrados Dres. S. A. V. y M. D. S. A. y la Sra. Abogada Adjunta de la Asesoría Civil de Familia e Incapaces, Dra. M. B. B., encontrándose ausente la parte apelante (ver fs. 91).-----------

---- V.- A fs. 92/95 el demandado apelante pone de manifiesto que se vio en la imposibilidad de concurrir a la audiencia fijada y acompaña constancias documentales a fin de acreditar dicho extremo.----------

---- VI.- Habiendo este Tribunal tomado contacto directo con la menor involucrada en el presente proceso, de conformidad con lo exigido por el art. 130 de la ley 4347, a la luz de los posicionamientos evidenciados por las partes involucradas en el presente trámite, inconducente entiende esta Alzada convocar a la celebración de una nueva audiencia, por lo que ha de ingresarse al análisis y resolución del recurso interpuesto por la parte demandada.----------

---- Excepción de defecto legal: es jurisprudencia de esta Alzada que la excepción de defecto legal constituye el medio acordado para denunciar la omisión o la formulación imprecisa o ambigua de las enunciaciones exigibles en el escrito de interposición de la demanda o reconvención. Las falencias que puede adolecer la demanda, deben, asimismo, revestir entidad suficiente como para afectar el derecho de defensa del demandado, privándolo de la posibilidad de oponerse adecuadamente a la pretensión o dificultándole la eventual producción de prueba (SIL 14/00, Sala A; SIL 14/04, Sala B).----------

---- Es por ello que, para la viabilidad de la excepción, es preciso que el vicio que se acusa a la demanda deba poseer una gravedad tal que resulte difícil conocer lo que se pretende, creando en el sujeto pasivo de la pretensión una perplejidad que impida ejercer su derecho de defensa. Ese es el verdadero alcance de la defensa y es por ello que cuando se encuentra determinado el origen del reclamo, el objeto del debate y los sujetos comprometidos, no crea para el demandado un estado de inferioridad procesal y, por ende, no corresponde en ese caso acceder a la defensa (L.L., 1990-A-282; SIL 14/00, Sala A; SIL 14/04, Sala B).----------

---- Desde dicha perspectiva corresponde el rechazo de la excepción articulada. Es que, la lectura de la contestación de la demanda concretada a fs. 60/63 y de la excepción opuesta evidencian que el demandado no se vio imposibilitado de ejercer su derecho de defensa, sino que por el contrario lo ejerció plenamente, replicó la demanda incoada, negó los hechos invocados, efectuó su relato de la realidad de los hechos, ofreció prueba y fundó en derecho.----------

---- Aún cuando se entendiera que existe un segundo aspecto por el que puede seguirse el sistema de excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, el que incluiría la falta de presupuesto formal de *formalidad* –todas las legislaciones procesales establecen ciertas formas para la creación, desarrollo y conclusión del proceso, siendo que el incumplimiento de dichas formas da lugar al detenimiento de la acción hasta que las mismas se subsanan-, también en este caso para la procedencia de la acción se exige que la demanda, por su forma, no se ajuste a los requisitos y solemnidades que la ley prescribe y su imprecisión, oscuridad u omisiones sean de gravedad suficiente como para colocar al demandado en estado de indefensión al impedirle o dificultarle la refutación o la producción de pruebas conducentes, no siendo procedente cuando el demandado cuenta con antecedentes suficientes para la contestación (Enrique M. Falcón, "Procesos de conocimiento", Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2000, t. II, pág. 411).----------

---- Lo cierto es que el demandado se limita a afirmar que debido a su falta de participación en la etapa previa de avenimiento se ve conculcado su derecho de defensa, pero no concreta de qué forma y en qué aspecto esto ocurre, sino por el contrario contestó demanda, ejerciendo plenamente su derecho de defensa, ofreciendo prueba y oponiéndose a la pretensión de la actora sin denunciar la existencia de oscuridad en ésta última. Por otra parte, la participación en la etapa cuyo defecto se denuncia tiene por fin procurar el avenimiento de las partes, siendo que la actitud manifestada por el demandado apelante no se muestra cercana a ese objeto y que, aún en el marco del proceso, tiene a su alcance las herramientas procesales para canalizarlo en virtud de las facultades que le confiere el ordenamiento procesal a los jueces intervinientes, v.gr. art. 105, inc. c), ley 4347, tal como lo requiriera a fs. 62vta. ap. VII, petición en la que se encuentra habilitado a insistir. Comparte también dicho fin la audiencia a la que se convocara por ante esta Alzada y de la que el demandado apelante, si bien por las razones expresadas a fs. 92/95, no participara.----

---- Es por tales razones que ha de confirmarse el rechazo de la excepción de defecto legal resuelto a fs. 70/71.----------

---- Ello así, corresponde ingresar al tratamiento de la aplicación de la multa por temeridad y malicia contemplada por el art. 45 del rito, introducido por la parte actora a fs. 82, 2do. párrafo.---

---- Sobre el punto cabe señalar que vinculada la multa requerida a la dilación que produce la excepción planteada y no exclusivamente al recurso de apelación planteado, tal petición no fue introducida por ante la instancia antecedente (ver fs. 65/67), por lo que el límite impuesto por el art. 277 del código adjetivo obsta a su tratamiento por este Tribunal.----------

---- Sin perjuicio de ello y solo a mayor abundamiento ha de señalarse que la aplicación de la sanción que el art. 45 del código procesal establece debe ser interpretada restrictivamente, porque de no proceder en esa forma se podría lesionar el derecho de defensa en juicio y que para que sea admisible la misma es menester que la improcedencia de la cuestión planteada sea manifiesta y que la demora resulte injustificada, no debiendo basarse su aplicación en un criterio puramente objetivo, no bastando la sola circunstancia de que una o varias pretensiones no sean acogidas o de que una defensa o excepción sea desestimada (Morello, Sosa, Berizonce, "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial Prov. de Bs. As. y de La Nación", Comentados y Anotados, Librería Editora Platense – Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984, T. II-A, pág. 835 y ssgts.).----------

---- Alimentos provisorios: a fs. 49, con fecha 22/09/08, la Sentenciante de Grado fijó la cuota provisoria de alimentos de la menor A. E. L. en la suma de $ 1.300, a cargo de su progenitor Sr. M. R. E.. Dicha providencia fue notificada al Sr. E. mediante la cédula que obra agregada a fs. 52, sin que dicha parte haya apelado la resolución dictada, lo que implicó consentir su pronunciamiento.----------

---- En principio, el auto que decreta una medida cautelar debe ser impugnado mediante los recursos de reposición, apelación en subsidio y apelación previstos en los artículos 198 y 242 del Código Procesal, quedando reservada la vía incidental para el levantamiento de la misma frente a un posterior cambio de las circunstancias que la motivaron (art. 202, Cód. Proc.) (Jorge L. Kielmanovich, “Medidas Cautelares”, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2.000, pág. 262 y ssgts.).----------

---- Es criterio sostenido por esta Sala que si la parte afectada por la traba de una medida cautelar no interpuso oportunamente los recursos pertinentes, no puede reclamar por la vía incidental su levantamiento, sin acreditar que haya variado la situación fáctica existente al momento de decretarse la misma (SIC 24/02, Sala B, con cita de Eduardo N de Lázzari, “Medidas Cautelares”, Buenos Aires, 1986, pág. 104).----------

---- Como consecuencia de que la medida cautelar es esencialmente mutable (conf. arts. 202, 203 y concs., CPCC), el auto que la decreta no causa estado. En síntesis: no tiene fuerza material de cosa juzgada de donde resulta que su modificación puede ser solicitada en cualquier momento sin que exista plazo alguno que limite tal posibilidad. Empero, dicha consecuencia no conlleva la derogación del principio referido dado que éste mantiene su autoridad cual lo hace en cualquier clase de procedimiento (Norberto J. Novellino, “Embargo y Desembargo y Demás Medidas Cautelares”, La Ley, 2.005, pág. 45).----------

---- Por lo tanto, corresponde armonizar la cuestión teniendo en cuenta algunos casos particulares. Así, por ejemplo, cabe señalar que no puede pedirse una modificación de la cautelar *so* pretexto de que la medida trabada fue excesiva si la parte supuestamente afectada por ella no interpuso recurso alguno al momento en que se hizo lugar a la cautelar (Norberto J. Novellino, Op. Cit., pág. 45).----------

---- Es que, si el memorial se limita a hacer referencia a la improcedencia de la medida cautelar dispuesta, la cual debe ser atacado mediante el pertinente recurso, en la oportunidad debida, la pretensión de su levantamiento resulta inadmisible (SIC 24/02,162/07 Sala B, con cita de CNCiv., Sala A, L.L., 1992-E-525).----------

---- En el caso de autos, la solicitud de cesación de alimentos provisorios introducida a fs. 62 vta. ap. VI, solicitud que junto con la excepción de defecto legal determinara el dictado de la resolución actualmente apelada, debe asimilarse a un incidente de levantamiento de la medida cautelar decretada –alimentos provisorios- y no apelada.----------

---- Y, en tal sentido, siendo que el planteo del recurso de apelación en estudio se limita a cuestionar la medida cautelar dispuesta en las condiciones y términos en que fue dictada, sin invocar hechos nuevos que alteren los presupuestos que dieron lugar a su traba, ha de confirmarse la sentencia apelada.----------

---- En su mérito, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew RESUELVE:----------

---- CONFIRMAR el rechazo de la excepción de defecto legal y del pedido de cesación de alimentos provisorios resuelto a fs. 70/71.----------

---- IMPONER las costas de Alzada a la parte apelante vencida (arts. 68, 69 y concs., CPCC).-----

---- REGULAR los honorarios de los Dres. V. A. F., G. L. y S. L. F., en mérito a la calidad, extensión, eficacia de la labor profesional cumplida y al resultado obtenido, en conjunto, en un 25 % de los que a su favor han sido establecidos pro su actuación en la instancia antecedente y los correspondientes a los Dres. V. D. S. A., S. V. y J. F. A., también en conjunto, en un 30 % de los que también a favor de los mismos fueran fijados por su intervención en primera instancia (arts. 13, 14 y concs., ley 2.200 y modif.).----------

---

---- Tener presente la reserva de caso federal.----------

---- La presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por licencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Sergio Rubén Lucero (art. 8 Ley 1130, To. Ley 4550).----------

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

REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2009 – SIC.- CONSTE.-