En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a día del mes de diciembre del año dos mil diecisiete, reunida en acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dra. Silvia Noemí Alonso, y asistencia de los señores jueces de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca y Dr. Julio Antonio Alexandre, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"J., E. E. c/ L., A. E. s/ ALIMENTOS Y CUIDADO PERSONAL", expte. nro. 450/17**, venidos del Juzgado de Familia nro. 3 (expte. nro. 740/15), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 103), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Silvia Noemí Alonso, Dr. Julio Antonio Alexandre y Dr. Fernando Nahuelanca.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 69/72? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, la Dra. Alonso dijo:

1. El fallo apelado:

La jueza de grado otorgó a la Sra. E. E. J. el cuidado personal unilateral de su hijo T. R. J. L.. Asimismo, impuso las costas al demandado y reguló los honorarios profesionales.

Para así decidir, determinó la inaplicabilidad al caso de la regla general contenida en el art.648 CCyCN, en función de las circunstancias del caso que detalló y analizó.

Consideró la conducta procesal del demandado, hizo referencia al acuerdo alimentario. Tuvo en cuenta la conclusión del diagnóstico del Equipo Técnico Interdisciplinario, informe N° 237, los testimonios rendidos en autos sobre la vida y el entorno familiar

del niño y su opinión recabada en la audiencia fijada a tales fines.

2. El recurso. Sus fundamentos:

El demandado apeló la Sentencia Definitiva N° 33/2017 a fs. 76, el recurso fue concedido a fs. 77 y los agravios expresados a fs. 82/85.

Concretamente, sostiene que la magistrada resolvió el cuidado personal unilateral de su hijo T. R. J. L. a favor de la progenitora con base en un supuesto desinterés que consideró acreditado por su conducta procesal.

Alega que tal desinterés es una apreciación subjetiva de la magistrada que no se condice con la realidad y puntualiza el irregular trámite procesal de la causa.

Indica que el primer proveído dictado luego de la interposición de la demanda no fue notificado en debida y legal forma a su parte, que tomó conocimiento del proceso cuando fue diligenciado el oficio de alimentos provisorios y concurrió al Juzgado a solicitar la exhibición de las actuaciones en su contra y a solicitar audiencia a fin de acordar con la actora los cuidados personales, plan de parentalidad y previsión de recursos definitivos al menor, y que de ello derivó el acuerdo sobre alimentos y no lo relativo a cuidados personales.

Considera que demostró interés en el proceso. A su vez alega cuestiones impeditivas de orden laboral que le habrían impedido concurrir a la entrevista con el ETI.

Asevera que el otorgamiento del cuidado personal unilateral a favor de la madre cercena los derechos del niño a ser criado por su padre biológico manteniendo el debido contacto y le niega el derecho de contacto con

su hijo cuando se encuentra de franco laboral en esta ciudad y que asimismo cercena la libertad y autonomía como padre en la crianza y desarrollo de su hijo.

Entiende que al no haber acuerdo sobre los cuidados personales, el régimen supletorio se encuentra contenido en el Código Civil y Comercial que prioriza el cuidado personal compartido y solicita un pronunciamiento en tal sentido.

En segundo lugar, impugna la imposición de costas. Considera que el principio general de la derrota no debe ser aplicado en este proceso y que las costas deben imponerse por el orden causado. Refiere a las actuaciones procesales, al acuerdo en materia de alimentos e invoca comportamiento procesal del demandado en el marco de la buena fe y lealtad procesal.

La parte apelada contesta el traslado e insiste en la lógica del fallo.

3. La nulidad del procedimiento:

El recurrente ha denunciado severas irregularidades en la tramitación de este proceso. Su entidad obliga a la revisión de oficio de todo lo actuado teniendo presente que cuando los actos procesales carecen de algún requisito que les impide lograr la finalidad a la cual están destinados o algún vicio los afecta, se vulnera el adecuado derecho de defensa de las partes y la nulidad debe ser declarada.

En el caso bajo examen, la parte actora como consta en el escrito de inicio, promovió demanda con el siguiente objeto: “Que vengo, en representación de mi hijo menor de edad, T. R. J. L.... Además, solicítase se me otorgue el cuidado personal unilateral del niño hijo de las partes” (sic) -fs. 6-.

A renglón seguido hizo un escueto relato de los hechos y refirió por separado a cuestiones estrictamente vinculadas a los alimentos (situación económica de la

parte actora, necesidades del alimentado, situación patrimonial del demandado y alimentos provisorios). Ofreció prueba documental (partida de nacimiento y copias de las Actas de Avenimiento Números 472/15 y 732/15), informativa, confesional y testimonial.

La jueza de grado, en lo que aquí interesa, proveyó la demanda en los siguientes términos: "4) Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 543 del CCyC por razones de economía procesal, téngase por promovida la demanda de alimentos y cuidado personal. Imprímase a la misma el trámite del proceso SUMARIO. 5) De la demanda y plan de parentalidad propuesto, córrase traslado al demandado por el término de CINCO (5) días para que comparezca, la conteste, oponga excepciones y ofrezca la prueba de que intente valerse. Notifíquese personalmente o por cédula" –fs.9-.

La letrada apoderada de la parte actora presentó los oficios ordenados para acreditar los ingresos del demandado y la cédula de notificación al demandado –fs. 11-.

La cédula fue devuelta sin diligenciar por haber vencido el plazo sin que la parte interesada haya aportado movilidad –fs. 28-. La parte actora no presentó nueva cédula; su actividad procesal tuvo por fin exclusivo la fijación de los alimentos provisorios.

Transcurridos cuatro meses corridos desde la presentación de la demanda, y luego de la feria judicial, el demandado se presentó denunció domicilio real, constituyó procesal, otorgó apoderamiento especial a su letrado y pidió la exhibición de los autos, a la par que destacó "la tramitación del presento proceso llega a mi conocimiento como consecuencia de que mi empleadora me hace saber del Oficio N° 1976/20125 mediante el cual se fija una asistencia alimentaria

provisoria de pesos cinco mil ($5.000) a favor de mi hijo T.. Hago saber al tribunal que nunca hube de ser notificado de la forma y el modo que establece el ordenamiento procesal ni tengo conocimiento de los términos de la demanda instaurada por la actora" (sic) –fs. 35-.

El tribunal tuvo al Sr. L. por presentado por parte y por constituido el domicilio procesal y denunciado el real, al letrado apoderado se le dio la participación que por derecho le corresponde, tuvo presente lo manifestado y ordenó, por Mesa de Entradas, la exhibición del expediente- fs. 38-.

La parte actora solicitó la rebeldía y la jueza no hizo lugar a lo solicitado en función de lo dispuesto a fs. 38 y fs. 41.

No hay constancia en autos de la exhibición del expediente al letrado, nunca se presentó la cédula de notificación de la demanda.

La posterior presentación del demandado solicitando una audiencia a fin de acordar con la actora los cuidados personales, plan de parentalidad y provisión de recursos definitivos para T. –fs. 42, la efectiva fijación y celebración de la audiencia y el acuerdo parcial alcanzado y homologado no obstan al cumplimiento de los actos procesales para trabar la litis.

Repárese que el acuerdo homologado no fue integral y la pretensión de la actora –fs. 58- de dar "continuidad y finalización a la solicitud de cuidado personal unilateral respecto a mi hijo T. R. J.", obligaba a la notificación del traslado de la demanda.

Justamente, la notificación del traslado de la demanda es un acto esencial, en el cual conforme ya ha señalado esta Sala, en anteriores pronunciamientos, "se debe guardar el mayor celo posible… habida cuenta de la trascendencia del acto procesal de que se trata, toda

vez que a partir de allí nace el derecho para el demandado de ejercer las defensas que le asisten y que no podrá ejercer más adelante. El demandante debe ser, sin duda, el primer interesado en extremar las precauciones a fin de lograr que la relación procesal quede válidamente trabada, propósito que armoniza con el carácter inobjetable de la sentencia favorable a que aspira" (expte. 236/17, SI N° 174/17 del 24/7/2017).

Así, la notificación tiene en el proceso escrito una importancia extraordinaria (*cf*. Alsina, Hugo, "Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal, Civil y Comercial", Tomo I, p. 696, Ediar). Insistimos, ello es así porque existe entre las notificaciones y la garantía de defensa en juicio una directa vinculación. Estas aseguran la vigencia del principio de contradicción y, a su vez, la garantía constitucional de inviolabilidad de la defensa en juicio encuentra su perfeccionamiento en el mencionado principio. Su vigencia presupone una razonable oportunidad de ser oído y asegura, en términos latos, la posibilidad de ejercitar la defensa de la persona y de los derechos.

Y es por ello que en la apreciación de los recaudos legales requeridos para la notificación del traslado de la demanda corresponde proceder con criterio estricto. En caso de duda, habrá de atenerse a la solución que evita conculcar derechos de raigambre constitucional porque de la regularidad de la notificación del traslado de la demanda depende la válida constitución de la relación procesal y la efectiva vigencia del principio de bilateralidad.

En conclusión, por haberse llevado adelante un proceso sin notificar el traslado de la demanda, en virtud de las razones de hecho y de derecho expresadas,

los principios rectores de debido proceso y legítima defensa (art. 18 C.N.) que deben primar en toda actuación judicial, no cabe más que declarar la nulidad de lo actuado a partir de fs. 59 inclusive.

En la instancia de origen deberá notificarse en debida forma el traslado de la demanda de cuidado personal para continuar en forma regular el trámite del proceso.

A la segunda cuestión, la Dra. Alonso dijo:

Propongo se declare de oficio la nulidad de todo lo actuado a partir de fs. 59, sin costas ni regulación de honorarios.

A la primera cuestión, el Dr. Alexandre dijo:

Que la resolución de fs. 69/72 por la que se hace lugar a la demanda entablada por E. E. J. y se le otorga el cuidado unilateral de su hijo, es apelada por el demandado a fs. 76, conforme la presentación de fs. 82/85vta., siendo contestada por su oponente a fs. 87/91vta y escuchado el menor y las partes a fs. 95 y 96, contestada la vista por la asesora de Familia en representación complementaria del niño involucrado en la presente a fs. 98/100 sosteniendo lo resuelto. Dando cuenta de todo lo actuado y contenido de las pretensiones en esta instancia mi colega preopinante, evita su mera reiteración.

Tras cuidadoso examen y constatación de todo lo glosado en autos, advierto que no se han respetado principios elementales que hacen al debido proceso, tal como denuncia el recurrente a fs. 82vta.

Que al no haberle permitido ejercer en debida forma sus derechos, por ausencia de notificación de la demanda en legal forma, sin que quede suplida tal instancia trascendental y conducente a la solución de las cuestiones a tratar conforme demanda, consecuencia de su presentación voluntaria en el que se lo constituye

en parte, pero no consta la exhibición de la causa y si bien como consecuencia de ello se logra acordar sobre alimentos, no existe constancia alguna en cuanto al alcance de los fundamentos de la pretensión de cuidado unilateral del menor, privándolo del debido ejercicio de derecho de defensa y curiosamente aun sabiendo del celo y cuidado a que obliga apartarse de la regla general contenida en el art. 651 CCyC, se decide sin más acoger la pretensión de la actora, descalificando jurídicamente todo lo actuado en cuanto a esta cuestión conforme lo propuesto en el voto que antecede (incluido el proveído de fs. 59), debiéndose resguardar los derechos de la recurrente con el debido traslado de demanda en cuanto a lo decidido e impugnado, mediante el debido traslado de la demanda en la instancia de grado para continuar el trámite respetando el debido proceso.

Dado el modo de la presente propuesta, se dicta la nulidad de referencia, sin costas ni regulación de honorarios.

A la segunda cuestión, el Dr. Alexandre dijo:

Habiendo concordado con la solución propuesta por la Dra. Alonso, reitero su fórmula decisoria.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que el Dr. Nahuelanca no emite su voto.

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

1) Declarar de oficio la nulidad de todo lo actuado a partir de fs. 59 inclusive.

2) Notificar en debida forma en la instancia de origen el traslado de la demanda de cuidado personal para continuar en forma regular el trámite del proceso.

3) Sin costas ni regulación de honorarios.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

JULIO ANTONIO ALEXANDRE
Juez de Cámara

SILVIA NOEMÍ ALONSO
Presidenta

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2017
DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS

GISELA CINTIA MOREJÓN Secretaria de Cámara