



NEUQUEN, 27 de octubre de 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**C. M. L. C/ Z. C. M. S/ FILIACION**" (**EXP N° 46734/2010**) venidos en apelación del JUZGADO DE FAMILIA NRO. 3 a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Mónica MORALEJO**, y de acuerdo al orden de votación sorteado, el **Dr. Jorge PASCUARELLI** dijo:

I. Llegan a resolución de esta Sala los autos de referencia, debido al recurso de apelación deducido por el demandado a fs. 104/105 contra la sentencia de fs. 91/93 vta., por la cual se hace lugar a la demanda emplazando en el estado de hijo de C.M.Z. a C.J.C., se dispone la inscripción del apellido paterno y se fija provisoriamente una cuota alimentaria a cargo del demandado de \$ 450, con costas.

Se queja porque dice que la A-quo omite ordenar la producción de la prueba pericial de ADN, también propuesta por la actora. Que la fecha y hora para la realización de la prueba de ADN debieron serle notificadas en su domicilio real y que la efectuada en el domicilio constituido es nula.

Luego, se agravia porque se emplaza en estado de hijo al menor C.J.C. sin haberse realizado la prueba fundamental para llegar a tal decisión y dice que sólo basa la sentencia en lo dispuesto por el Art. 4° de la ley 23.511.

Por último, solicita la producción de la prueba de histocompatibilidad ante esta Alzada, invocando para ello el art. 260 inc. 1°, del C.P.C. y C.

La contraria no contesta los agravios.

A fs. 108 vta. se expidió la Defensora de los Derechos del niño y el adolescente, quien se remitió a su dictamen de fs. 88 que señala: "*Atento las constancias de la causa, la actitud asumida por el demandado, considero procedente hacer lugar a la presente acción como así también a*



la fijación de una cuota alimentaria en beneficio de C.J., tal lo peticionado por la actora en su escrito de inicio".

A fs. 110 se expide la Fiscalía de Alzada remitiéndose al dictamen de fs. 89 que señala que, en el caso de autos, corresponde la aplicación de la presunción del art. 4° de la ley 23.511.

II. Ingresando al tratamiento de las cuestiones planteadas por el demandado, cabe considerar, en primer lugar, la solicitud de producción de prueba en la Alzada.

1. Al respecto, se advierte que el pedido no puede prosperar porque el recurso se encuentra concedido en relación (arts. 554, 243 y 244 del C.P.C. y C.) y conforme dice Palacio: *"Si el recurso ha sido concedido en relación no procede en cambio admitir la apertura a prueba ni la alegación de hechos nuevos (art. 275, párr. 2°), debiendo por lo tanto el tribunal resolver sobre la base de las actuaciones producidas en primera instancia"*, (Palacio, Lino E., *Manual de Derecho Procesal Civil*, pág. 592, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1998).

Además, cabe señalar que su petición no se encuadra en ninguno de los supuestos previstos en la norma a tal fin (art. 260 inc. 5°, del C.P.C. y C).

2. Luego, en punto a los tres agravios que plantea el apelante a fs. 104/105, su memorial no contiene una crítica concreta y razonada, conforme exige el art. 265 del C.P.C. y C.

Es que, lo expuesto por el apelante no rebate los fundamentos de la A-quo en tanto señala que *"la negativa a someterse a los exámenes biológicos constituya indicio contrario a la posición sustentada por el renuente (art. 4 ley 23.511), debe conjugarse con otras circunstancias probatorias que lo complementen. En este caso, la actitud de total*



desinterés desplegada por el demandado y la falta de concurrencia a la realización de la prueba de ADN, analizadas a la luz de las testimoniales rendidas resulta suficientes al efecto" (fs. 92 vta.), y se limita a decir que no fue notificado en el domicilio real de la fecha y hora para la realización del ADN, y que en consecuencia no puede valorarse su negativa conforme lo dispuesto por la norma mencionada.

Entonces, como sostiene la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el memorial de agravios "[...] presenta defectos de fundamentación pues no contiene –como es imprescindible– una crítica concreta y razonada de los fundamentos desarrollados por el a quo, lo que se traduce en ausencia de tratamiento de algunos de los argumentos expuestos en el fallo, sin que la mera reedición de objeciones formuladas en instancias anteriores resulte suficiente para suplir las omisiones aludidas (Fallos: 289:329; 307:2216 y 325:3422)", (FALLOS 334: 1302).

De tal manera, corresponde desestimar la apelación en tanto no cumple con la carga establecida en el art. 265 del C.P.C. y C.

A mayor abundamiento, cabe señalar -con relación al primer y tercer agravios del recurrente- que conforme surge de fs. 13, la A-quo oportunamente ordenó la realización de la prueba de ADN (fs. 13), y sin perjuicio del desistimiento del demandado, decretado a fs. 36, se fijó el turno para la realización de la pericia de ADN el 24 de febrero de 2012 a las 9:00hs., lo cual le fue notificado al Sr. Zuñiga el 28 de diciembre de 2011, en el domicilio constituido (fs. 43).

Lo cierto es que fue la conducta procesal del demandado, la que impidió la realización de la pericia, en tanto no se presentó el día y horas fijados por el PRICAI para la práctica de tal prueba (fs. 44).

Al respecto, se ha sostenido que la alta probabilidad de paternidad que arroja la prueba de ADN, es el



fundamento básico que le da la fuerza que ella ostenta en los juicios de filiación y, sin perjuicio de lo ya dispuesto por el art. 4° de la ley 23.511, el nuevo texto civil introduce un cambio sustancial al texto derogado al afirmarse que la negativa constituye un indicio grave y no un simple indicio (cfr. Kemelmajer de Carlucci Aida, Herrera Marisa, Lloveras Nora, *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo II, pág. 743, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2014).

Por último, en cuanto al planteo de nulidad de la notificación efectuada en el domicilio constituido y no en el real, el mismo resulta improcedente.

Es que, tal como sostuvo esta Alzada: *"Si bien la finalidad del recurso de apelación consiste en lograr la revocación o reforma de un pronunciamiento que se estima injusto por errores en la aplicación de las normas jurídicas o en la apreciación de los hechos (error in iudicando), en el presente caso nos encontramos ante la denuncia de errores in procedendo, anteriores a la resolución apelada"*.

"En este sentido la doctrina (conf. Cod. Proc. Civil y Comercial de la Nación Comentado, Palacio -Alvarado Velloso, T°6, pág. 180 y sgtes.) ha expresado que la promoción del incidente de nulidad constituye, según el CPCN y ordenamientos afines, la única vía admisible para obtener la declaración la nulidad de cualquier acto procesal realizado durante el curso de una instancia con anterioridad al pronunciamiento de la correspondiente resolución (el subrayado nos pertenece). En consecuencia, los vicios determinantes de la nulidad resultan convalidados si la parte interesada no hace uso de ese remedio dentro del plazo que la ley prescribe, es decir dentro de los cinco días desde que tuvo conocimiento del acto defectuoso".

"Se indicó también allí que la vía incidental es igualmente admisible en el supuesto de que, a raíz de un acto irregular, se haya dictado una resolución judicial (definitiva



o interlocutoria), pues en tal hipótesis no se impugna a ésta en sí misma sino en la medida que configura la culminación de un procedimiento defectuoso. Si la parte interesada no estuvo en condiciones de conocer la existencia del acto irregular con anterioridad al pronunciamiento de la decisión, debe hacer valer la nulidad mediante incidente que corresponde promover dentro del quinto día desde que tuvo conocimiento de aquella (y por ende, del acto o trámite irregular que precedió a su dictado)".

"En respaldo de lo expresado se ha dicho:.. "La única vía admisible para obtener la declaración de nulidad de un acto procesal y de los que en consecuencia se dicten es el incidente de nulidad, el que procede aun en el supuesto de que a raíz de actos procesales defectuosos se haya dictado una resolución judicial, pues lo que se impugna no es a ésta en sí misma sino en la medida en que configura la culminación que se dice irregular (FED CFCCCAp, 3ª, 24.09.82 Industrias Americanas SA c Industrias Panamericana S.A. - SAL CCCSalta, 1ª, 10.02.82 "Robledo c Flores; 24.06.82 "Arroyo c Sebastián" - CCCSalta, 4ª, 26.02.82, T.IV-22), el subrayado es nuestro".

"Como lo pone de resalto el propio recurrente, se agravia porque considera que la sentencia ha sido dictada violándose "el proceso" y no, contenidos en la misma resolución atacada, razón por lo cual corresponde desestimar la nulidad planteada, ya que sólo es dable invocar mediante la vía apelatoria aquellas nulidades relacionadas con la violación de las formas y solemnidades impuestas para el dictado de la sentencia. Ello así porque la instancia apelatoria no representa el canal impugnativo pertinente a los fines del tratamiento de la pretensión nulificatoria. (fallo: 98162642 - 20/10/2005 - CAMARA APEL CIV. Y COM 6A - Carátula: TERNENGO, FERNANDO LUIS C/ JUÁREZ, ANA MARÍA Y OTROS S/



DESALOJO - FALTA DE PAGO - Firmantes: FERNANDEZ - PALACIO DE CAEIRO - ZARZA), ("MINETTI MARCELA MARIA CONTRA SURA MARCELO SERGIO S/ALIMENTOS PARA LOS HIJOS", EXP N° 42827/10).

En consecuencia, el recurso del demandado será desestimado.

III. Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo rechazar el recurso de apelación interpuesto por el demandado a fs. 104/105, debiendo confirmarse la sentencia de fs. 91/93 vta. en todo aquello que fue materia de recurso y agravios. Sin costas de Alzada atento la falta de contradicción.

Tal mi voto.

La Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por lo expuesto

SE RESUELVE:

1. Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el demandado a fs. 104/105, debiendo confirmarse la sentencia de fs. 91/93 vta. en todo aquello que fue materia de recursos y agravios.

2. Sin costas de Alzada atento la falta de contradicción.

3. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dra. Cecilia PAMPHILE
Dra. Mónica MORALEJO - SECRETARIA