

NEUQUEN, 5 de Abril del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "G. L. N. Y OTRO C/ G. G. G. S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE PARTICULARES", (Expte. N° 354796/2007) y su acumulado 359877/2007 "G. L. N. Y OTRO C/ G. A. D. Y OTRO S/ ACCION REVOCATORIA" (Expte. N° 359877/2007), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 3 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- Ambas partes interponen recursos de apelación contra la sentencia de fs. 415/438 vta., que hace lugar a la demanda promovida en el expediente n° 354.796/2007, condenando al demandado a abonar a los actores la suma de \$ 150.000, con mas sus intereses, con costas al vencido; y también hace lugar a la demanda planteada en el expediente n° 359.877/2007, declarando inoponible a los actores el distracto de la donación del 50% de la nuda propiedad a favor de uno de los codemandados, sobre el inmueble que se individualiza, con costas a los vencidos.

a) La parte actora se agravia por el quantum de los rubros resarcitorios, el que entiende bajo y que no compensa el perjuicio que la misma sentencia reconoce; por el rechazo de la indemnización por el daño derivado del transcurso del tiempo y por el rechazo de la reparación delo daño psicológico. Dice que el a quo efectuó una valoración puntual de la prueba, no concluyente en cuanto al grado o intensidad del daño moral, y lo mensura en un valor muy reducido.

Sigue diciendo que los juristas le han dado una mayor amplitud al daño moral, refiriendo que es todo menoscabo a los atributos o presupuestos de la personalidad, bienes extrapatrimoniales que integran el patrimonio moral de las personas.

Señala que la sentencia de grado dice que se valora el grado de incapacidad determinado por el perito psicólogo, único alcance o importancia que el juez de primera instancia le otorga a esa pericia, pero pareciera que no tiene incidencia para la determinación del valor de la indemnización. Agrega que el a quo se declara convencido de la importancia de la pericia, pero diluye la misma al darle una apreciación escasa, porque probablemente se ocupó en demasía en compatibilizar lo que llamó interés individual e interés familiar, olvidando, a criterio del recurrente, que el centro de toda escena jurídico legal que tiene a un ser humano como víctima, es ese ser humano, máxime cuando es menor de edad, siendo todo lo demás secundario, incluso la trascendencia o incidencia familiar.

Manifiesta que la pericia psicológica tiene conclusiones firmes, lógicas, con fundamentos y motivaciones suficientes para otorgarle un real valor probatorio;

entendiendo que el juez a quo desoyó y desestimó el informe pericial.

Considera que la ausencia consciente y maliciosa del demandado, quién abandonó a sus hijos menores de edad importa un hecho que por si solo genera daño moral y su consecuente indemnización.

Destaca que la pericia psicológica, incorporada al expediente a partir de fs. 219, informa que L. es una persona de nivel intelectual disminuido como consecuencia de un traumatismo psíquico, que tiene capacidad disminuida para enfrentar las dificultades, generalizada inhibición, desconfianza y autoestima devaluada. Agrega que respecto de B. se concluye en que es tímido en grado superlativo, no exterioriza sentimientos y es sumamente sensible a situaciones afectivas.

Indica que el informe pericial concluye en que la situación de los niños con el padre repercute en aquellos con un sentimiento de minusvalía, sentimiento que se agrava por el rechazo por parte del padre a los intentos de acercamiento; rechazo que no es entendido por los hijos.

Pone de manifiesto que han pasado tres años desde el momento de la realización de la pericia psicológica y aún no existe el menor acercamiento paterno-filial.

Peticiona que la indemnización por daño moral se incremente a la suma de \$ 100.000 para cada uno de los hijos, con más sus intereses liquidados conforme la tasa activa desde noviembre de 2002.

Enfatiza la situación económica holgada del demandado, quién trabaja en Estados Unidos, y que por años no ha regresado a este país.

Sostiene que los testigos han hecho hincapié en el abandono y el sufrimiento de los niños, su menoscabo espiritual, la afectación en sus estudios, las necesidades económicas en el ámbito familiar.

Formula queja por el rechazo a indemnizar el daño psicológico en forma autónoma.

Precisa que el informe pericial psicológico ha determinado que los niños presentan un grado de incapacidad del 18%.

Luego, dice que en la demanda se solicitó que, de continuar el demandado con su actitud de abandono a sus hijos, se incrementara el resarcimiento.

Considera que los niños han sido indemnizados a agosto de 2007, fecha en que demandaron un objeto pretendido de reparación real y cierta, y que en otro juicio posterior deberían accionar por el resto de los años, lo que califica de desatino.

Hace reserva del caso federal.

b) Los demandados G. y G. se agravan por el acogimiento de la demanda respecto de la reparación del daño moral.

Dice que la sentencia de grado imputa al padre una conducta antijurídica, atribuyéndole abandono emocional y económico de los accionantes.

Sigue diciendo que la sentencia resulta contradictoria en tanto primero manifiesta que no se trata de resarcir la falta de amor o desamor que pudiera existir en los vínculos familiares, sobre los que el derecho no tiene

injerencia, pero a renglón seguido hace lugar a la reparación pretendida. Agrega que no resulta posible, al establecer una relación causal con un hipotético daño moral, distinguir que es lo que se está evaluando, sino justamente aquello, el amor o el desamor, a la luz del criterio del juez y del perito interviniente.

Entiende que cualquier persona que hiciera un tratamiento psicológico, prontamente sería remontado a edades tempranas de su niñez, donde los aciertos y errores paternos y maternos han dejado sus huellas en la construcción de la personalidad de los individuos, haciéndose hincapié en los aspectos que han incidido negativamente en la personalidad; por lo que abrir la puerta a reclamos del tipo del realizado en autos resultará en un caos absoluto en lo jurídico, lo familiar y por extensión, en la sociedad toda.

Cita jurisprudencia y doctrina, y sostiene que el progenitor ha reconocido a sus hijos, se ha preocupado por darles una vida mejor y una prosperidad económica, que en su momento entendió que no conseguiría en nuestro país; siempre ha cumplido con su deber alimentario, e intenta estar presente para ellos dentro de sus posibilidades, teniendo en cuenta que reside en otro país y la obstaculización generada por la madre de los niños. Agrega que, entonces, el deber jurídico está cumplido, no incurriendo en ilegitimidad alguna, no resultando reprochables cuestiones éticas que exceden el marco de lo jurídico. Se agravia por la afirmación del a quo referida a que existen elementos objetivos que permiten concluir en que el padre se ha apartado de los deberes de cuidado y asistencia que impone la responsabilidad parental, residiendo en ello la antijuridicidad de la conducta.

Dice que el juez de grado ha tenido por acreditadas las ocasiones en que el demandado regresó al país en los últimos seis años con el informe de la Dirección Nacional de Migraciones, concluyendo en virtud de esta prueba en la falta de frecuencia de contacto con sus hijos. Entiende que este razonamiento resulta erróneo, toda vez que el contacto con los hijos no exige que obligadamente el demandado viaje al país, no requiriéndose necesariamente que sea de modo personal.

Pone de manifiesto que los abuelos paternos han desarrollado un rol fundamental en la comunicación paterno-filial. Señala que en la medida que le fue permitido por la conducta materna, el progenitor mantuvo contactos telefónicos con los menores y recibió e hizo llegar novedades a sus hijos a través de los abuelos. Se queja de que la sentencia de primera instancia considere que no fue objeto del proceso la conducta obstruccionista de la madre de los niños, cuando ella afecta la relación causal entre la conducta atribuida al progenitor y el daño que se invoca.

Señala la prueba que, a criterio del recurrente, fue omitida por el juez de grado.

Alude a la existencia de un síndrome de alienación parental.

Destaca que cuando el demandado viajó a Estados Unidos, la familia recibía la totalidad de las utilidades que le correspondían al demandado por su participación en un 50% en la sociedad de hecho NEUCOM SH, y que posteriormente la madre de los niños vendió, sin su autorización, la participación del ex marido en la sociedad de hecho otorgado a la pericial psicológica.

Recuerda que el informe fue rechazado e impugnado por su parte, sosteniendo que las impugnaciones han sido fundadas técnicamente, de modo más completo y complejo que el que desarrolla el perito, y que no fueron respondidas por éste.

Realiza consideraciones sobre el daño cierto y su inexistencia en autos.

Manifiesta sorpresa ante los porcentajes de incapacidad otorgados por el perito a cada uno de los niños, por cuanto los valores consignados no se desprenden de ninguna fórmula de uso habitual, ni tampoco se explica como se obtuvieron.

Considera que los importes fijados para el tratamiento de los menores generan dudas e incertidumbre, ya que no se expresó el valor hora que se tomó en cuenta.

Solicita el replanteo en la Alzada de la prueba pericial psicológica y designa consultor técnico de parte.

Denuncia la inexistencia de relación causal entre el daño y la conducta imputada al demandado, fundamentalmente porque la sentencia de grado minimiza, a criterio del apelante, el accionar de la madre, claramente culpable del distanciamiento del padre con sus hijos.

Manifiesta que el juez de primera instancia ha resuelto extra petita, al incluir en el resarcimiento los gastos de tratamiento psicológico, cuando este rubro no fue petitionado en la demanda.

Formula queja por la condenación en costas, entendiendo que ha existido un vencimiento parcial y mutuo.

Se agravia por la decisión de declarar inoponible el acto de revocación de la donación, cuando el reclamo se encuentra prescripto

Sostiene que la inscripción registral otorga al acto oponibilidad erga omnes, siendo ese el punto de partida del plazo de prescripción.

Afirma que el fallo recurrido le atribuye al demandado ánimo defraudatorio, cuando su parte sostuvo que la finalidad de la donación realizada por la señora G. al progenitor de los niños y su hermano, con reserva de usufructo, fue la preservación del inmueble en el seno familiar, como lo ha hecho hasta ahora, por lo que resulta lógico, a criterio del apelante, que ante las agresiones patrimoniales que dicho inmueble sufrió como consecuencia de la ambición de la madre de los niños, la persona donante decidiera, con la conformidad de todos los interesados, regresar el inmueble en su totalidad a su patrimonio.

Afirma que de la revocación de la donación no puede concluirse perjuicio alguno para el patrimonio del demandado, ya que había recibido a título gratuito el 50% de la nuda propiedad y a igual título se dejó sin efecto, por lo que no se vió disminuido el patrimonio del progenitor por adquirir un bien a título oneroso.

Agrega que al momento de la retrocesión de la donación no existían acreedores a quienes defraudar, siendo posterior la acción de la madre de los niños.

Destaca que los menores han de recibir oportunamente, y por sucesión, todo cuanto poseen sus padres y/o abuelos.

c) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios de la demandada a fs. 472/477; y lo mismo hace la demandada respecto del memorial de la accionante a fs. 478/480

d) La Defensoría de los Derechos del Niño y el Adolescente emite opinión a fs. 480, considerando que debe confirmarse el decisorio apelado.

II.- He de comenzar el análisis de los recursos planteados por las partes por el pedido de replanteo de prueba en la Alzada.

Reiteradamente esta Sala II ha sostenido que la apertura a prueba en la Alzada:

“...es de carácter excepcional y su interpretación es restrictiva...” (PS. 1986

-II-235/236; PS.1988-I-98/99, Sala II; PS. 1991 -III-561/564, Sala I;

Palacio-Alvarado Velloso, "Código Procesal", IV-365). El replanteo de prueba en la Alzada no debe ser instrumento del descuido, demora, desidia o desinterés en el requerimiento oportuno o el diligenciamiento de los medios probatorios perdidos, de modo que sólo tendrán cabida cuando la decisión que denegó la prueba se deba a un error, negativa injustificada o negligencia decretada inoportunamente. (JUBA7-NQN- Q0002)” –cfr. Sala II, “Betanzo y otros c/ IPVU”, P.S. 1999-III, n° 132-.

En el mismo sentido se ha dicho que la procedencia de producción de prueba en segunda instancia, además de ser excepcional, se funda, principalmente, en que el Juez de grado no haya resuelto correctamente la cuestión planteada. Además, el criterio de admisibilidad de la misma debe ser restrictivo por cuanto importa retrotraer posibilidades que tienen una oportunidad prefijada. Por otra parte, si la cuestión pudo ser debatida con anterioridad y esto no ocurrió por la inactividad de los interesados no corresponde abrir a prueba en la Alzada (PS. 1994-I-38/40- Sala I).

En base a tales conceptos lo peticionado por la parte demandada respecto del replanteo de la prueba pericial psicológica no puede prosperar.

Adviértase que el fundamento del pedido de apertura a prueba en segunda instancia es el contenido del informe pericial y aspectos de la actuación del perito que pudieron y debieron ser planteados en la primera instancia, donde la parte tuvo la posibilidad de impugnar la pericia.

Por ende, no se dan en autos ninguno de los supuestos que habilitarían la producción de una prueba ante la Cámara, por lo que no se hace lugar al replanteo de prueba.

De todos modos, la valoración del informe pericial, a la luz de los fundamentos dados por el experto, las impugnaciones de los litigantes y las respuestas del perito, es una facultad privativa del juez de la causa, por lo que las quejas de la demandada apelante en torno a la validez y eficacia del informe pericial

en psicología han de ser consideradas por esta Cámara en oportunidad de analizar los restantes agravios de las partes, de corresponder.

III.- He de abordar ahora las críticas que las partes realizan a la sentencia de grado referidas a la procedencia de la reparación de los daños y perjuicios y, en su caso, la cuantía de la indemnización.

Conforme lo señala Luis Alejandro Fumarola, la procedencia del sistema de responsabilidad civil en el ámbito familiar ha transitado por un camino escabroso, donde se ha reconocido, paulatinamente, el derecho de los damnificados a ser indemnizados, y en el que ha tenido destacada influencia el contexto sociocultural en el que se ha desarrollado el derecho. En un principio, históricamente, los daños generados en el seno de la familia han sido resueltos por el derecho de familia y/o el derecho penal; mientras que la aplicación de la responsabilidad civil originada en estas causales fue sosegado por distintos tipos de las denominadas inmunidades intrafamiliares, otorgadas a favor del dañador con la pretendida e ilusoria finalidad de preservar la paz familiar, que resulta sumamente difícil de lograr en muchos casos (cfr. aut. cit., “El resarcimiento del daño moral en el ámbito de las relaciones familiares”, RCyS 2015-XII, pág. 34).

No puede dejar de reconocerse que la familia, como célula básica de la sociedad, requiere de ciertas condiciones mínimas para existir y desarrollarse y es por ello que la entidad familiar es protegida por el derecho. Pero esta protección no puede llegar al punto de desproteger a la víctima que está siendo dañada en su integridad.

Consecuentemente, el derecho ha avanzado respecto de la penalización, por vía de la responsabilidad civil, del daño provocado en el seno de la familia.

Graciela Medina explica que tras más de 25 años desde que se dictara el primer fallo que hizo lugar a una demanda de daños y perjuicios en materia de derecho de familia, producido por la falta de reconocimiento de un hijo, la jurisprudencia ha aceptado la responsabilidad por daños ocasionados en el ámbito familiar por sus propios integrantes en todos los aspectos (cfr. aut. cit., “Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial”, RCyS 2015-IV, pág. 287).

Por eso no se trata de abrir una puerta a múltiples reclamos, tal como lo sostiene la demandada apelante, los que serán analizados puntualmente en cada caso, sino de plasmar en concreto la regla del *alterum non laedere* (no dañar a otro), la que reiteradamente ha sido rescatada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en tanto cuenta con raíz constitucional (autos “Santa Coloma c/ Ferrocarriles Argentinos” Fallos 308:1.176; “Gunther c/ Gobierno Nacional” JA 1987-IV, pág. 653; “Aquino c/ Cargos Servicios Industriales”, Fallos 327:3.753). Por supuesto que en este tipo de reclamos debe el juez ser sumamente prudente, pero no por ello negar la reparación a quién ha sufrido un daño.

IV.- Dejo en claro que el daño cuya reparación pretende la parte actora y ha

sido acogido por el a quo no es consecuencia directa –aunque sí indirecta- de la separación de los padres. El matrimonio G. – B. adoptó la decisión de romper la convivencia y el vínculo que los unía, y esto en si mismo no es reprochable, más aún cuando no surge de autos que la causa de esta ruptura haya sido en forma exclusiva la conducta del marido, sino que surge de la prueba una fuerte presunción en contra de esta afirmación de la parte demandante.

Pero esta cuestión aquí no interesa.

Lo que resulta fundamental para la resolución de la apelación es si se ha provocado un daño a los hijos del matrimonio y si este daño tiene relación causal con la conducta del padre –a quién se imputa el abandono moral y material de su prole-, y/o con la de la madre, en tanto atenuante o eximente de la responsabilidad que se atribuye al demandado.

Convengamos en que todo hijo o hija de padres separados presenta algún tipo de padecimiento moral como consecuencia de la decisión adoptada por las personas mayores de edad. No es lo mismo que la familia conviva bajo el mismo techo, a que el padre y la madre residan en lugares distintos –incluso separados por muchos kilómetros como sucede en autos-, no obstante la buena relación que los hijos mantengan con sus progenitores.

Más aún, la muerte del padre o de la madre también genera en el hijo o hija una sensación de abandono, y un sufrimiento espiritual.

El punto a resolver en el sub lite es si este sufrimiento de los hijos del demandado va más allá de lo que aquellos están obligados a tolerar, como consecuencia de las vicisitudes que la vida presenta a todas las personas.

Como ya lo dije la separación en sí de los padres no puede ser entendida como un obrar irrazonable, y los sufrimientos que ella genera en la prole son circunstancias que deben ser toleradas.

La decisión del demandado de radicarse en el extranjero tampoco es un acto irrazonable. Surge de los testimonios de autos que ello sucedió en el año 2002, una época de profunda crisis en nuestro país, y que fue una decisión consensuada con quién entonces era su esposa. Tampoco merece reproche el hecho que el demandado haya viajado inicialmente solo, dado que su esposa se encontraba en estado avanzado en la gestación del segundo hijo del matrimonio, y teniendo en cuenta las inseguridades e inconvenientes que conlleva intentar la radicación en un país extranjero.

Resta por analizar si la conducta del padre, posterior a la separación del matrimonio, tolera el test de razonabilidad.

La testigo S. relata: “...que yo sepa, la primera vez que vino cuando cumplió años L. en el 2003, casi al año de irse, diez meses después que se había ido, esa fue la vez que supe que vino y la segunda vez creo que fue en este año (la declaración testimonial se prestó en el año 2009) o el año pasado”. Preguntada sobre si el padre se comunica telefónicamente con sus hijos, contesta: “...no se comunica, lo sé porque charlo con L. y creo que lo llamó una sola vez desde que

se fue, creo que lo llamó al celular que le regalaron los abuelos...”.

El testigo B. dice: “...Después estalló la cosa porque no los vino a buscar definitivamente, no los llamaba y entraron las discusiones, ponía argumentos que no encontraba alquiler ni lugar para ellos, hasta que vino, creo que fue unos días antes que su hijo menor cumpliera un año y no lo quiso ver... Quiero aclarar que yo nunca lo ví, porque venía y estaba por ratitos y después es escondía en su casa y no fueron buenos los contactos que tuvo con los hijos, con el más chico prácticamente no tuvo ningún contacto.... tienen teléfono, sobre todo L. el más grande, también tienen teléfono fijo donde puede llamar, yo no tengo conocimiento que los haya llamado.... mi sobrina no tiene trabajo, y conozco de que reciben \$ 600 por cada chico, no se si de parte de G. o de los abuelos, sé que la plata se la dan los abuelos... creo que este año fue la última vez que vino... me enteré de que vino y que estuvo con L. en la vereda de la casa de los abuelos paternos...”.

La testigo P. afirma: “...él se fue de acá en noviembre del 2002. Unos días antes de que naciera B.. La primera vez que me enteré que volvió fue al año siguiente cerca del cumple de L., la fecha es octubre. Y sé que volvió también el año pasado cerca del cumpleaños de L., octubre... yo sé que nunca se opuso a que el padre viera los chicos, pero si él no los vé es porque él no hace nada para verlos. Es más, al hijo menor B. el padre lo conoció cuando a B. el faltaban dos meses para cumplir un año.”.

La testigo G. G. P. es madrina de L., y en su declaración obrante en el acta de fs. 122/123 vta., relata: “...G. G.... viajó porque él se iba a instalar allá y luego que estuviera instalado iba a llevar a C. con los chicos para allá... yo sé que él había enviado de allá el importe de los pasajes para que viajen, después que es lo que pasó no sé. No me consta. Lo sé porque nos visitábamos con ella en ese entonces y me lo ha contado ella... no sé cual fue el destino de ese dinero... él volvió cuando B. era chiquito, no recuerdo cuantos meses tenía, inclusive fueron a casa L., B., C. y G., los cuatro, ellos fueron a casa a saludar y fueron todos juntos, pero creo que ya G. no paró en el departamento con ella... la siguiente vuelta que vino G., no recuerdo la fecha, fue cuando ella me dijo que no había dejado ver a los chicos y en ese momento le dije que no me parecía bien lo que hacía... desde ese momento no la ví más... lo que hacía era no dejar ver los hijos con el padre, ella me dijo en esa oportunidad que le había recomendado el abogado, le había dicho que no lo dejara ver el padre a los chicos, y de G. si me consta que cada vez que ha venido, ha venido por los hijos. Y la vez que corté relaciones con C., que las cortó ella, esa vez que G. intentó ir al colegio y no lo dejaron ver, lo sacaron por la otra puerta y ahora la última vez que vino no lo dejaron ver a los chicos... G. le mandaba dinero de allá, no sé como serían los depósitos, como cobraría ella, pero sé que le enviaba... una vez que estaba en la casa de A. (la abuela paterna), justamente habló G. y B. habló con él y L. no quiso... en casa de A. he visto

cantidad de juguetes, cajas, el destino estaba ahí porque no los querían recibir, los chicos no los aceptaban, supongo que por la madre... la última vez que el sr. G. estuvo en Neuquén... hace poco, no recuerdo cuantos meses pero no hace tanto. Y así como vino se fue porque tuvo problemas. No sé que problemas tuvo con C. y los chicos y pegó la vuelta... por teléfono sé que ha hablado montones de veces... en las comunicaciones de mail... siempre me pregunta por los chicos, si sé algo diferente a lo que sabe la madre... ella no se los dejaba ver a los hijos, a mi me consta las corridas de ella de un lado para otro con tal que no los viera...".

L. M. T. es el hijo de la madrina de L.. Dice en la declaración de fs. 124/125 vta.: "...en el primer viaje que hace G. de Estados Unidos hacia Argentina estaba C., G., L. y B. en casa y se hablaron estas cosas, que la idea era irse a allá". Preguntado sobre si el padre había mandado el dinero para el viaje a Estados Unidos contesta: "...fue después del primer viaje que vino a la Argentina, si mal no recuerdo había una plata para pagar los pasajes de avión y por comentarios, tanto por comentarios de C. en casa se había comprado el auto, si no me equivoco el 147". Sigue diciendo en su testimonio: "...el señor G. regresó de Estados Unidos... que a mi me conste dos veces, una fue personalmente en casa y otra en Buenos Aires, y por mails y en algunas ocasiones hemos hablado por teléfono, fueron cuatro veces... el sustento económico a la Sra. B. ante la ausencia de G.... hasta donde tengo entendido por comentarios de A. ... era plata enviada por G. y la depositaba ella... he visto encomiendas y juguetes que están en la casa de A. archivados y me enteré que eran de G. porque le pregunté si iba a poner un jardín materno y me dijo que eran encomiendas de G. de Estados Unidos, lo que me dijo A. ... que no los recibía C. y que los chicos no se lo llevaban, que no se los querían llevar... tanto en los mails como cuando yo hablé con él me pidió las fotos que yo tenía de los chicos...".

El abuelo de L. y B., O. G., declara a fs. 308/311. Destaco de esta declaración lo siguiente: "...G. G. ... viajó por motivos laborales porque la situación económica del país no era la mejor... los planes familiares de G. y B. ... era radicarse allá, por eso viajó primero G. allá para ver que posibilidades de radicación existía, con posterioridad a eso había alquilado una vivienda y había visto un colegio bilingüe dado que L. el hijo mayor no tenía mucho conocimiento de inglés... la Sra. B. estaba embarazada, tuvo el bebé y después de un tiempo desistió de viajar porque ya no le interesaba más... en un viaje que hizo G. mi hijo de EEUU a Neuquén se encontró con la sorpresa que B. había desistido de viajar... El vino de EEUU y se alojó en la casa matrimonial en octubre de 2003, en esa fecha G. le envió dinero para los pasajes, inclusive una autorización para B. que era chiquito, para la obtención del pasaporte... El regresó en octubre de 2003 para el cumpleaños del hijo mayor y para llevarse a la familia, se alojó en la casa de B. y una de las noches después de regresado me tocó el timbre de mi casa y me dijo que su señora lo había echado de la casa

y que no viajaban nada, y nuevamente regresó a EEUU. Fuimos al aeropuerto y lo despedimos con L. ... posterior a la ruptura matrimonial, nunca se le permitió a G. conectarse con su hijo e inclusive la madre de la Sra. B. tampoco le permitía el contacto con los nenes...concretamente nunca le permitieron contactarse ni telefónicamente ni vía e mail pese a que G. le había comprado un celular, que le fue robado, como consecuencia de ello yo le compré otro...G....en el 2005 regresó para el cumpleaños de L. e intentó estar con él, no le permitieron como así tampoco darle los regalos para los nenes, intentó en el cumpleaños en un local de juegos y fue imposible contactarlo, la pareja de B....no permitió que nos acercáramos a la criatura G. y yo, y fue retirado del cumpleaños por J. Q. que no sé a donde lo llevó. El año pasado también vino en octubre para el cumpleaños de los nenes, que son en octubre y diciembre, y cuando estableció contacto telefónico con L. para ver a que hora se encontraban, L. le preguntó si podía ser al día siguiente, a las 18 hs., el padre le dijo que si, y al día siguiente llegaron a mi domicilio B., L., el cual no quiso entrar a mi domicilio y otras personas más que no se identificaron y manifestaron que venía a notificarlo de una demanda...La correspondencia no fue recepcionada por L., las encomiendas cuando era posible...pudimos entregarlas...les mandó ropa, juguetes”. Preguntado sobre si sus nietos concurren a su domicilio y pueden mantener contacto con su padre, responde: “Si, varias veces pero L. no pudo mantener contacto porque según dice él se lo prohíbe la madre y su abogado, B. habla habitualmente con el padre, pero luego también, hace un año cuando en las pocas oportunidades en que fue a casa nos manifestó que no podía hablar con ese Tonto de G. que no es mi papá...”. Sigue diciendo: “...G....regresó en 2004, no le permitieron el contacto con L. que regresaba de un viaje con los compañeros de la escuela...En el 2005 tampoco pudo contactarse con los nenes...en 2006 el padre me pidió que lo invitara a viajar a Disney a L. y hice las averiguaciones en la agencia de viajes y la madre no lo dejó...posterior a eso en tres oportunidades le manifesté a la madre la intención de llevar a L. a EEUU y se negó”. Preguntado sobre como se proveía al sustento económico de los niños, contesta: “...B. retiraba de la firma Neucom, según las manifestaciones del socio y de la contadora sumas que oscilaban...entre los 7.000 pesos mensuales y también administraba los depósitos que efectuaba la firma Techin en la cuenta personal de B. G. del banco Pampa. Administraba otros depósitos que se realizaban en el banco Robert o HBCH, luego de esto y hasta la fecha percibe la cuota alimentaria que pactaron G. con el abogado de B. y que se deposita regularmente en una cuenta judicial del Banco Provincia”.

J. F. Q. declara a fs. 315/vta. sobre el incidente sucedido en el cumpleaños de L.: “...con uno de mis hijos concurrí a ese cumpleaños, lo llevé a San Martín al 4.000 creo que era la dirección...cuando lo fui a retirar me pidieron si lo podía acercar a L., lo acerqué hasta mi domicilio particular que queda a mitad de

camino y luego su madre lo pasó a retirar...la madre me pidió, los motivos no me dijo...". Preguntado sobre si vio en el cumpleaños a los abuelos o al padre de L., contesta: "a mí me pareció que salía que estaba estacionado el abuelo, una camioneta del abuelo, me pareció nada más, yo ingresé al salón cuando fui a retirar a mi hijo y no ví ni a los abuelos ni al padre...pero si recuerdo haber visto la camioneta de los abuelos...como tenía un costado el salón, de ahí retiré a los chicos, no era el acceso principal, por un estacionamiento que había al costado".

La abuela paterna de L. y B. declara a fs. 340/342: "...era un proyecto que tenía la familia que justo fue el problema del 2001, acá las cosas no funcionaban como ellos pensaban...el matrimonio estaba de acuerdo en buscar otros horizontes, el nene estaba muy contento de irse...G. se fue a fines de 2002 y C. no se fue porque estaba embarazada del chiquito que nació en diciembre del 2002, antes de irse G. hizo el pasaporte de C. y L. para poder salir, y desde allá le hizo un poder para poder tramitar el pasaporte del bebé, hicieron el trámite y el chiquito B. tenía su pasaporte. El proyecto era que cuando el médico le dijera que podía viajar, era irse C. con los dos chiquitos para allá...el proyecto era para marzo más o menos viajar, incluso G. mandó dinero en dólares para pasajes, nosotros los íbamos a acompañar hasta Miami y la íbamos a acompañar...G. vino después en octubre con la idea de llevarlos, en octubre de 2003 vino para el cumpleaños de L. el 29 de octubre, vino para llevarlos, fue al departamento donde vivían y ahí ella lo echó y G. se fue para casa...G. pasó el cumpleaños de su hijito y se fue otra vez...El siempre se contactaba por teléfono, sobre todo con el más grande, después con el chiquito también, y volvió en octubre de 2005 otra vez coincidiendo con el cumpleaños de L., ya separados el matrimonio, ahí fue un horror porque no lo dejaron estar con el nene, él intentó de todas las formas, fue a la escuela, el nene estaba en primaria todavía, primero cuando G. llegó L. estaba en viaje de estudios y fuimos a recibirlo...a esperarlo en el colectivo y fue muy feo porque ella no lo dejaba con el nene, y G. por la ventanilla lo pudo saludar, y lo bajó la mamá y lo metió en el auto de la pareja de ella...Ella dijo que no podía hablar con el nene y que hablara con el abogado, G. fue a la escuela, la directora lo fue a buscar a L. al aula pero L. no quiso ver al papá. Después el 20 era el cumpleaños y lo festejaban en San Martín al 4.000 y nosotros fuimos con mi marido, G. y yo...no nos dejaron entrar, así que lo veíamos desde afuera, era en una globa, y ahí un amigo, J. Q. lo sacó por otra salida, así que G. no pudo estar con el nene, no hubo ningún contacto. Dejó todo lo que traía en casa y recién a los once meses se lo pudimos entregar a los nenes pero a nosotros tampoco nos permitían. En 2006 fuimos a Estados Unidos porque G. nos dijo que los llevaríamos a los nenes, hicimos todo lo posible, pero no nos dejó llevarlos la mamá...En 2008, en octubre otra vez, para el cumpleaños, vino, llamó de casa a L. diciéndole que estaba, porque L. decía que quería hablar con el papá, G. lo llamó y concretaron para

que al día siguiente viniera a la casa de los abuelos...mi marido y yo estábamos en la puerta y dobla la esquina L. con su mamá...dijo que él sólo venía a hablar con el padre...le dije que entrara y L. dijo yo no entro, que salga él a la vereda...salió y cuando lo quiere abrazar no lo deja...G. le dijo que él estaba para lo que quieras preguntar, y L. le dijo por qué no nos viniste buscar. G. dijo sí acordate que en 2003 yo vine a buscarlos y tu mamá me echó del departamento, que no quería más la convivencia y que no se iba a ir con Uds. a Estados Unidos. Ahí G. le dijo a L. si quería hacer más preguntas y dijo que no tenía más preguntas, de enfrente cruzaron un hombre y una mujer y el hombre le dijo que se tenía que notificar...L. quería una vez un disco y G. le mandó el CD, y L. reclamaba porque la madre recibió eso pero no se lo dio, G. se lo volvió a mandar pero a casa y yo se lo entregué a L., en esa época estaban en contacto, después mando tarjetas, encomiendas y eso pasaba meses las cosas en casa, con ropa, zapatillas, hasta que podíamos entregarlas, porque la madre no quería que retiraran las cosas de mi casa, cuando nosotros fuimos en 2006, G. mandó camperas, zapatillas, juguetes, y las cosas estuvieron 10 o 12 meses en casa...cuando los nenes venían a casa, L. no quería hablar por teléfono, G. llamaba, nunca le permitían hablar...B., el chiquito si hablaba y le contaba cosas...".

Quizás pueda tildarse de tediosa la transcripción de los aspectos salientes de las declaraciones testimoniales, pero lo entendí necesario dado que, si bien no paso por alto la complejidad que tiene toda trama familiar afectada por una circunstancia traumática, como es la separación de los padres, no encuentro que la conducta del progenitor sea productora de un daño que vaya más allá del que necesariamente han de tolerar los hijos en situaciones como la de autos.

No aparece claro que el demandado haya tenido una conducta de abandono hacia su prole. Indudablemente el hecho de residir en Estados Unidos es por sí mismo un obstáculo para una fluida comunicación entre padre e hijos. Y si bien reconozco que los avances tecnológicos han allanado este tipo de obstáculos, excepto en lo que hace al contacto personal, surge de los testimonios que ha existido una actitud obstructiva por parte de la madre, y que los mismos hijos, especialmente L., se han negado a comunicarse con su papá.

No puede calificarse como abandono la frecuencia con que el padre visita la Argentina, ya que ello depende de otros factores (económicos, laborales) que escapan a la voluntad del sujeto.

En los demás aspectos tampoco advierto que el demandado se haya desentendido de sus hijos. Se ha pactado una cuota alimentaria, cuya suficiencia o insuficiencia puede y debe ser planteada por la madre de los niños en la instancia pertinente; el padre remite ropa y otros elementos para sus hijos; intenta comunicarse telefónicamente con ellos, y verlos personalmente cuando viene al país.

Es cierto que los hijos tienen una percepción dañosa y de abandono respecto de

la conducta de su padre. Esto fue manifestado por el joven L. en oportunidad de celebrarse la audiencia fijada en segunda instancia. Pero ello no alcanza para desvirtuar las circunstancias que surgen de la prueba aportada a la causa. Tampoco puede ser materia de análisis la conducta imputada por la actora a los abuelos paternos, ya que ella no fue objeto de esta demanda, la que fue promovida para el resarcimiento de los perjuicios que habría provocado el abandono del progenitor.

Lo dicho determina que se ha de revocar el decisorio de grado, rechazándose el reclamo por daños y perjuicios, en tanto no se ha acreditado antijuridicidad en el obrar del demandado.

VI.- En atención al resultado de la apelación de la demandada, resulta abstracto el tratamiento de los restantes agravios de las partes en torno al reclamo por daños y perjuicios.

VI.- Vayamos ahora al análisis de los agravios vertidos respecto del acogimiento de la acción pauliana.

No se encuentra controvertido en esta instancia que la señora G. donó el 50% indiviso de la nuda propiedad de un inmueble a su hijo el señor G. G., con reserva de usufructo vitalicio a favor de la donante y de su cónyuge; donación que posteriormente fue dejada sin efecto, con el consentimiento de todos los involucrados en aquél acto.

Contra el distracto de donación es que formulan los actores la acción revocatoria.

Los demandados han opuesto excepción de prescripción de esta acción, por haber transcurrido más de un año entre la fecha de la inscripción registral del distracto y la interposición de la demanda, defensa que fue rechazada por el a quo, lo que motiva la queja de la demandada.

Los demandados fundan su defensa en el art. 4.033 del Código Civil de Vélez Sarsfield –norma que rige en el sub lite-, que dice: “La acción de los acreedores para pedir la revocación de los actos celebrados por el deudor, en perjuicio o fraude de sus derechos, se prescribe por un año, contado desde el día en que el acto tuvo lugar, o desde que los acreedores tuvieron noticia del hecho”. La apelante insiste en que la noticia del hecho fue tenida por los demandantes con la inscripción, y consiguiente publicidad, en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Félix A. Trigo Represas señala que la brevedad de este término de prescripción se funda en la necesidad de dar seguridad a los actos y a los derechos que de ellos emanan; y que el momento inicial del cómputo es, en principio, la fecha del acto impugnado, el que se presume conocido desde entonces. De todas formas, sigue diciendo el autor citado, como el impugnante ha sido extraño a dicho acto, se acepta que pueda probar haberlo ignorado y que recién tuvo conocimiento del mismo tiempo después; en cuyo caso tendrá a su cargo la prueba de la reserva u ocultamiento del negocio, o bien, lo que es más sencillo y

terminante: la fecha en que realmente tuvo noticias de la realización del acto impugnado (cfr. aut. cit., “Código Civil Comentado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006, T. “Privilegios. Prescripción. Aplicación de las leyes civiles”, pág. 645).

En torno a los actos otorgados por escritura pública e inscriptos en el Registro de la Propiedad Inmueble existe divergencia en doctrina y jurisprudencia en relación a lo que debe entenderse como “conocimiento del acto”. Mientras que un sector entiende que con la toma de razón del acto en el Registro de la Propiedad Inmueble se logra su publicidad y su oponibilidad frente a terceros (tesis del conocimiento ficto), otro sector sostiene que la inscripción registral del acto no hace presumir la cognición por parte del acreedor burlado, sino que tal conocimiento se producirá cuando el reclamante se entere en forma cierta y efectiva del acto que lo afecta (tesis del conocimiento cierto).

Teniendo que optar entre ambas posturas, entiendo que la segunda es la más adecuada al criterio restrictivo con el que debe abordarse el tema de la prescripción.

Así lo ha entendido Guillermo Borda, para quién “no basta para tener por demostrado el conocimiento del fraude por el acreedor, la circunstancia de que el acto se haya otorgado en escritura pública, pues es bien sabido que en la práctica ni dicha escritura ni su inscripción en el registro permite a los terceros tomar conocimiento de la realización del acto” (cfr. aut. cit., “Tratado de Derecho Civil Argentino – Obligaciones”, Ed. Abeledo-Perrot, 1967, T. II, pág. 78).

Por su parte, y además de la jurisprudencia que cita el a quo, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha decidido que el plazo de prescripción aplicable a la acción pauliana debe contarse desde el conocimiento, obtenido con los certificados de dominio, de los actos jurídicos de transmisión del dominio del bien del deudor (autos “Monsalvo c/ Campetella”, 18/3/2009, LL on line AR/JUR/2964/2009).

En igual sentido, la Cámara 6ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba resolvió que el plazo de prescripción aplicable a la acción revocatoria incoada respecto de la donación de un inmueble debe computarse desde la fecha en que el accionante tuvo conocimiento del informe del Registro de la Propiedad donde constaba la inscripción provisoria de la transferencia del bien por donación gratuita, toda vez que la constancia de expedición del certificado tuvo la virtualidad de hacerle conocer la realización del acto jurídico atacado de fraude (autos “Fernández c/ Vaca”, 30/4/2009, LL on line AR/JUR/8149/2009). Conforme lo dicho, resulta correcta la solución del a quo en cuanto a tomar como momento de inicio del cómputo del plazo de prescripción el de expedición del certificado de dominio, por lo que la acción no se encuentra prescripta.

VII.- Los demandados también formulan agravios por el acogimiento de la acción

pauliana.

La acción revocatoria requiere para su ejercicio, entre otros recaudos, que el crédito en virtud del cual se intenta la acción, sea de una fecha anterior al acto del deudor (art. 962 inc. 3, Código Civil).

La parte actora ha invocado como crédito a tutelar la deuda que surja del acogimiento de la demanda por daños y perjuicios, que ha tramitado en el expediente acumulado. Y en base a ella es que ha hecho lugar el a quo a la acción pauliana.

Lo decidido en esta instancia respecto de la acción por daños y perjuicios determina que no exista crédito que funde la acción pauliana, por lo que se impone su rechazo.

Sin perjuicio de ello, entiendo que tampoco se encuentran reunidos los restantes recaudos previstos en el ya citado art. 962 del Código Civil, no extendiéndome sobre estos aspectos desde el momento que la inexistencia de crédito en cabeza de los actores resulta suficiente para el rechazo de la demanda.

VIII.- Debiendo revocarse en su totalidad el fallo de grado, debo hacer una consideración respecto de la imposición de las costas del proceso, tanto en primera como en segunda instancias.

Indudablemente, en virtud del principio objetivo de la derrota, las costas del proceso tendrían que ser impuestas a la parte actora, por ser la perdedora en ambas actuaciones.

Sin embargo, teniendo en cuenta los lazos familiares que unen a los litigantes, y principalmente, que una eventual condena en costas perjudicará directamente a los hijos, ya que la madre ha actuado como su representante legal, en tanto que L. G. ha alcanzado la mayoría de edad en etapas avanzadas del proceso, las costas en ambos expedientes han de ser impuestas en el orden causado (art. 69, 2da. parte CPCyC).

IX.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo no hacer lugar al pedido de replanteo de prueba en la Alzada y acoger el recurso de apelación de la parte demandada y declarar abstracto el tratamiento del recurso de la parte actora. En consecuencia, se revoca íntegramente el decisorio apelado y se dispone el rechazo de la demanda por daños y perjuicios, como así también, el rechazo de la acción revocatoria.

Las costas por la actuación en primera y segunda instancias, en ambos procesos, se imponen en el orden causado, por los fundamentos dados en el apartado VIII.- de esta sentencia.

Los honorarios profesionales por la actuación en primera instancia y por la acción de daños y perjuicios se regulan en la suma de \$ 23.100,00 en conjunto para los letrados patrocinantes de la parte actora Dres. ... y ..., y \$ 7.700,00 para el Dr. ...; \$ 12.320,00 para el apoderado de la misma parte Dr. ...; y \$ 61.600,00 para el letrado apoderado de la parte demandada Dr. ..., de

conformidad con lo establecido por los arts. 6, 7, 10, 11, 20 y 39 de la Ley 1.594.

La retribución del perito psicólogo ..., teniendo en cuenta la adecuada proporción que debe guardar con los honorarios de los abogados de los litigantes, y considerando la labor desarrollada, se fija en la suma de \$ 8.000,00.

Los honorarios profesionales por la actuación en la primera instancia y por la acción revocatoria se fijan en la suma de \$ 4.300,00 para cada uno de los letrados patrocinantes de la parte actora Dres. ... y ...; \$ 3.450,00 para el apoderado de la misma parte Dr. ...; y \$ 17.220,00 para el Dr. ..., letrado apoderado de la parte demandada, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 6, 9, 10 y 11 de la Ley 1.594.

Los honorarios de la perito calígrafa ... se regulan en la suma de \$ 2.000,00, por los mismos fundamentos dados para determinar la retribución del perito ....

Los honorarios profesionales por la actuación ante a Alzada, por sendos procesos, se regulan en la suma de \$ 4.930,00 para cada uno de los letrados patrocinantes de la parte actora Dres. ... y ...; \$ 3.940,00 para el apoderado de la misma parte Dr. ...; y \$ 19.710,00 para el Dr. ..., en doble carácter por la parte demandada, de acuerdo con lo prescripto por el art. 15 de la ley arancelaria.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II,

RESUELVE:

I.- Revocar íntegramente la sentencia de fs. 415/438 vta. y disponer el rechazo de la demanda por daños y perjuicios, como así también, el rechazo de la acción revocatoria, de conformidad con lo expuesto en los considerandos pertinentes que integran el presente pronunciamiento.

II.- Imponer las costas por la actuación en primera y segunda instancias, en ambos procesos, en el orden causado, por los fundamentos dados en el apartado VIII.- de esta sentencia.

III.- Regular los honorarios profesionales por la actuación en primera instancia y por la acción de daños y perjuicios en la suma de PESOS VEINTITRES MIL CIEN (\$ 23.100,00) en conjunto para los letrados patrocinantes de la parte actora Dres. ... y ..., y de PESOS SIETE MIL SETECIENTOS (\$ 7.700,00) para el Dr. ...; de PESOS DOCE MIL TRESCIENTOS VEINTE (\$12.320,00) para el apoderado de la misma parte Dr. ...; y de PESOS SESENTA Y UN MIL SEISCIENTOS (\$ 61.600,00) para el letrado apoderado de la parte demandada Dr. ..., de conformidad con lo establecido por los arts. 6, 7, 10, 11, 20 y 39 de la Ley 1.594.

IV.- Fijar los honorarios del perito psicólogo ..., teniendo en cuenta la adecuada proporción que debe guardar con los honorarios de los abogados de los

litigantes, y considerando la labor desarrollada, en la suma de PESOS OCHO MIL (\$8.000,00).

V.- Regular los honorarios profesionales por la actuación en la primera instancia y por la acción revocatoria en la suma de PESOS CUATRO MIL TRECIENTOS (\$ 4.300,00) para cada uno de los letrados patrocinantes de la parte actora Dres. ... y ...; de PESOS TRES MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA (\$ 3.450,00) para el apoderado de la misma parte Dr. ...; y PESOS DIECISIETE MIL DOSCIENTOS VEINTE (\$ 17.220,00) para el Dr. ..., letrado apoderado de la parte demandada, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 6, 9, 10 y 11 de la Ley 1.594.

VI.- Regular los honorarios de la perito calígrafa ... en la suma de PESOS DOS MIL (\$ 2.000,00), por los mismos fundamentos dados para determinar la retribución del perito ....

VII.- Regular los honorarios profesionales por la actuación ante a Alzada, por sendos procesos, se reglan en la suma de PESOS CUATRO MIL NOVECIENTOS TREINTA (\$ 4.930,00) para cada uno de los letrados patrocinantes de la parte actora Dres. ... y ...; de PESOS TRES MIL NOVECIENTOS CUARENTA (\$ 3.940,00) para el apoderado de la misma parte Dr. ...; y PESOS DIECINUEVE MIL SETECIENTOS DIEZ (\$ 19.710,00) para el Dr. ..., en doble carácter por la parte demandada, de acuerdo con lo prescripto por el art. 15 de la ley arancelaria.

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

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria