Comodoro Rivadavia, de octubre de 2009.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"C., G. L. c/ MARTINEZ, V. A. s/ Incidente de Cumplimiento"**, Expte. Nro. 366/2009, venidos del Juzgado de Familia Nro. 2 (Expte. Nro. 449/2009).

I.- Que llegan los autos a conocimiento de esta Sala por haber interpuesto la actora a fs. 51, recurso de apelación contra del auto de fs. 50 que rechazó in limine el incidente promovido para obtener el cumplimiento del régimen de comunicación provisorio acordado en la causa principal, por entender la a quo, que habiendo dictado sentencia definitiva en el expediente principal, y estando la misma recurrida, ha concluido su competencia en lo que fue motivo de decisión y ordena ocurrir a esta Alzada a los fines pretendidos, con fundamento en los arts 166 y 179 del Cod. Proc.

Sostiene el recurrente que la decisión de la juez a quo, constituye una denegación de justicia. Explica que no se esta requiriendo que la sra. juez vuelva a expedirse sobre la cuestión de fondo ventilada en el proceso principal, sino que se solicita que no existiendo decisión firme sobre el régimen de comunicación y habiendo las partes convenido uno provisorio que no se cumple por la actitud remisa de la demandada, la obligue a su cumplimiento.

Señala que a tenor del Art. 168 del codigo procesal, le corresponde seguir entendiendo en las medidas cautelares e incidentes que tramiten por separado, aun cuando reconoce las especiales características del promovido. Discrepa con la remisión a la Alzada para obtener el cumplimiento requerido por

la limitación que le viene impuesta en las expresiones de agravios.

Recuerda la gravedad que implica la conducta omisiva de la madre impidiendo el contracto entre el niño y su padre en violación de los derechos del niño consagrados en el Art. 7 y 9 de la C. I. D. N. de rango constitucional.

II.- El aquí actor promovió incidente tendiente a obtener el cumplimiento del régimen de visitas provisorio que el 7 de abril de 2009, acordaron las partes en audiencia de la que da cuenta fs. 5 (fs. 56 del expediente principal).

Explica que en el marco del proceso principal de régimen de comunicación por él promovido ante la reiterada obstaculización de contacto con su hijo por parte de la aquí incidentada, las partes llegaron a un acuerdo provisorio mientras se sustanciara la causa. El mismo ha sido interrumpido desde mayo por la demandada conforme surge de las actas notariales que en copia certificada obran a fs. 10 a 13; 18 y 19; 22 y originales de fs. 29 a 42 aun habiéndose dictado sentencia el 10 de agosto del corriente año haciendo lugar a la petición y estableciendo un régimen de comunicación a favor del recurrente.

Señala que por estar apelada tal resolución, la misma no se encuentra firme pero la realidad es que hace mas de tres meses que no mantiene comunicación con su hijo, solicita que se intime a la demandada a retomar el regimen de comunicación provisorio acordado bajo apercibimiento de imponer sanciones pecuniarias. Funda en derecho y ofrece prueba.

La juez de primera instancia rechazó in limine el incidente en el entendimiento que carece de competencia en atención al recurso concedido en los autos principales de conformidad con lo establecido por el Art. 166.

III.- En primer término, cabe precisar que la a quo no desconoce que el objeto de la petición es obtener el cumplimiento del régimen de visitas provisorio que acordaron las partes, tal como surge de la providencia recurrida.

No obstante ello, no resulta ajustado a derecho la pretendida incompetencia que alega por haberse concedido recurso contra la sentencia definitiva recaida en el expediente principal (que se tiene a la vista por haber sido elevado a esta Alzada en virtud del mencionado recurso).

Ello porque conforme lo normado por el Art. 168 Ley XIII Nro. 5, la competencia del juez se agota sólo respecto del objeto principal del pleito, es decir del objeto litigioso traído por las partes para el decisorio: "Pronunciada la sentencia, concluirá la competencia del juez respecto del objeto del juicio y no podrá sustituirla o modificarla".

Bien entendida que sea la disposición en comentario, el interés jurídico que protege, es que el magistrado agote en su dictamen el estudio y la reflexión, evitando decisorios "de tanteo" a los fines de conocer la opinión de las partes y luego confirmarla o revocarla (Conf. Córdoba 5ta. nom. 8/6/80 cit por Palacio – Alvarado Velloso "Cod. Proc. Civ. y Com. de la Nación explicado y anotado.." Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1996, T. 4 en glosa al Art. 166).

Sólo concluye la competencia del juez

respecto de lo que ha sido materia de pronunciamiento, operándose la irretractabilidad de la sentencia, manteniéndose en cambio, sobre las cuestiones conexas que puedan presentarse, v. gr. demandadas incidentales y cuestiones cautelares. (Conf. op cit. p. 495 y sgtes.; en igual sentido, Falcon "Tratado de Derecho Procesal Civil, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe. 2006, T. III p. 611 y sgtes y Fenochietto "Cod. Proc. Civ. y Com.2 Ed. Astrea, Bs. As. 2001, T. I p. 631).

Se advierte entonces que tal regla, no es absoluta, se limita a vedar al órgano judicial la potestad de sustituir o alterar el contenido sustancial de las declaraciones emitidas en la sentencia, fuera de esa limitación, el juez de primera instancia, mantiene su competencia en orden al cumplimiento de los diversos actos procesales que atañen al perfeccionamiento e integración de la sentencia, al dictado de decisiones respecto de facultades que la ley confiere a las partes como consecuencia directa de la sentencia y a la sustanciación y resolución de cuestiones incidentales.

Evidentemente el caso bajo examen, queda subsumido en la hipótesis contenida en el Art. 168 inc. 5 de codigo adjetivo, pues si bien se refiere a la prosecución de la sustanciación y decisión de incidentes que tramiten por separado, no se advierte inconveniente en que pueda promoverse un incidente después del dictado de la sentencia, siempre que por su naturaleza deba tramitar por separado (Conf. arts. 177 y 178 Ley XIII Nro. 5 D.J.P.Ch) (Conf. Fassi-Yañez, "Cod. Proc. Civ. y Com." Ed. Astrea, Bs. As. 1988 T. I p.833).

Es que por un lado el pronunciamiento requerido no es sobre la materia que constituyó objeto

de pronunciamiento, y en segundo término corresponde efectuar el análisis teniendo presente que el régimen de visitas provisorio reviste la naturaleza de una medida cautelar (Art. 232 y 230 C. Pr.) dentro del juicio principal de régimen de visitas o más propiamente de comunicación.

No resultará holgado señalar que se trata de medidas cautelares, pues son soluciones preventivas, provisorias y urgentes que constituyen un paliativo eficaz para morigerar los dañosos efectos del trascurso del tiempo durante el curso del proceso y se extienden hasta la sentencia que decrete el regimen de visitas que en definitiva regirá(Conf. Kessler, Luis "Medidas cautelares en la crisis conyugal" cit. por Guahnon, Silvia "Medidas cautelares en el derecho de familia" Ed. La Rocca, Bs. As. 2007 p. 149 y 175).

Se pretende asegurar no solo el derecho del padre sino principalmente el de los menores, debiendo dar preeminencia a estos últimos, pues el interés superior del niño, rectamente entendido, requiere que no se desnaturalice la relación con sus padres

En tal marco cautelar, fue acordado por las partes el régimen de comunicación provisorio asistido, a cumplirse en el domicilio de la hermana del actor y en su presencia(fs. 7/9).

Dentro de tales parámetros, la decisión en crisis debe ser modificada, concluyendo que no resulta incompetente la a quo para entender en cumplimiento del régimen provisorio pactado mientras se sustancia el recurso interpuesto.

Poco importa que la sentencia haya sido apelada y el resultado de la impugnación, esencialmente

no ha sido modificada su naturaleza “provisoria”.

Y tal sentido se ha decidido que el mencionado inc. 5 de la norma en tratamiento, se refiere a los incidentes que pueden sustanciarse y resolverse con independencia de los recursos deducidos contra la sentencia como por ej., los relativos a alimentos provisionales y al régimen de visitas en los juicios de divorcio (Palacio-Alvarado Velloso, op cit. p. 507 y Dalcon, op cit. p. 614).

Tal temperamento, no se conmueve porque el regimen provisorio cuyo cumplimiento compulsivo se requiere tenga lugar en un proceso autónomo de régimen de comunicación, pues la naturaleza cautelar del mismo y el fin que con el se persigue son suficientemente acreditativos de su naturaleza incidental y la justificación de su cumplimiento.

En consecuencia, corresponde hacer lugar al recurso interpuesto, y declarar la competencia de la aquo para entender en el incidente promovido debiendo proveer a efectos de asegurar al niño la “adecuada comunicación” y “contacto directo” en los terminos del Art. 264 del C. Civil y Art. 9 ap. 3 de la C.I.D.N..

IV.- En atención a la materia debatida y por cómo se decide no se imponen costas (Art. 68 del CPr.). Los honorarios de los letrados intervinientes se regularán atendiendo a lo preceptuado por los artículos 32, 13 y 46 del Decreto-Ley 2.200 (t. o. por Ley 4.335).

Por ello, la Sala B de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia,

R E S U E L V E:

1)Admitir el recurso de apelación interpuesto a fs. 51 y la competencia de la Sra. Juez de primera instancia para entender en el presente incidente de cumplimiento de régimen de comunicación provisorio conforme a los considerandos respectivos.

2) Sin costas de esta instancia. Regúlense los honorarios profesionales a la Dra. A. C. R. en el tres por ciento (3%) de los que le sean regulados por los trabajos realizados en la primera instancia en el proceso.

3)Regístrese, notifíquese y devuélvase. La presente sentencia es firmada por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia la Señora Juez de Cámara Dra. Graciela Mercedes Garcia Blanco y concordar en la solución del caso (Ley V N ° 17 del Digesto Jurídico de la Provincia del Chubut).

REGISTRADA BAJO EL N ° DEL AÑO 2009

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS