Esquel, de septiembre de 2013.-

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

------El recurso de apelación interpuesto a fs. 66, por la Dra. M. C. M., en representación del demandado Sr. A. F. B., contra la sentencia interlocutoria N° 168/2013 (conf. fs. 59/63) y que fuera concedido a fs. 67; y.----------

------CONSIDERANDO: ----------

------1. Que mediante la resolución atacada la Sra. Juez de grado rechazó los planteos de caducidad de instancia y excepción de cosa juzgada intentados por el demandado, imponiéndole las costas y regulando honorarios a los profesionales intervinientes.----------

------2. Que a fs. 69/71 expresa agravios el recurrente, el primero de ellos consiste en que no se haya hecho lugar a la caducidad solicitada, por haberse excedido los tres meses previstos en el art. 313 inc. 2º del C.P.C. y C. sin actividad procesal impulsoria. Analiza los fundamentos dados por la sentenciante, concluyendo que, aceptó la postura de la parte actora cuando *"debía haber nulificado, de oficio el acto violatorio de la norma del art. 188, dictado a fs. 18"*. Concluyendo que haber tomado la sentenciante como fundamento para desestimar su pedido de caducidad de instancia un acto propio erróneo del propio judicante, debe ser atendido como agravio en esta Alzada y disponer la nulidad, desechándolo como acto apto para producir la interrupción del plazo de caducidad.----------

------Su segundo agravio está centrado en el rechazo de la excepción de cosa juzgada manifestando que, la jueza de grado ha entendido que: *"…confrontados ambos trámites –es decir el régimen de comunicación y la custodia-, si bien advierte que "coinciden los sujetos" (elemento subjetivo), difieren otros dos elementos. Según la a quo el "elemento objetivo" presenta dificultad de encuadre pues señala la existencia de dos procesos distintos: uno versó sobre el régimen de comunicación y en el presente se solicita la custodia del niño. Y además señala que el tercer elemento faltante para aceptar la excepción planteada está dado por los hechos (elemento causal). En el primer trámite, dice la a quo, se planteó la falta de contacto del niño con la madre y en el actual "los informes elaborados por*

el Equipo Técnico Interdisciplinario, la actitud puesta de manifiesto por el progenitor y el entendimiento de que la progenitora resulta ser el adulto idóneo en función de la satisfacción del mejor interés. Concluye que si bien hay conexidad entre ambos procesos, la sentencia solo alcanza el carácter de cosa juzgada formal y no material."----------

------Hace un análisis de la sentencia, cita jurisprudencia y doctrina e infiere que es la propia "*a quo*" quien habla de conexidad de las causas y que ambas están "estrechamente vinculadas", por lo que corresponde que la cosa juzgada sea admitida por esta Alzada.----------
------

------3. Corrido el traslado de ley (fs. 72), la actora guarda silencio, aunque realiza una presentación en la anterior instancia (ver fs. 68) solicitando que se declare la deserción de recurso de conformidad a las disposiciones del art. 248 del C.P.C.y C., no haciéndose lugar por los fundamentos vertidos a fs. 74.----------

------4. Resumidas las cuestiones traídas a revisión, sin perjuicio que la apelación corresponde a materia exclusivamente procesal, advertimos que están en pugna intereses de los adultos en detrimento de los intereses de su hijo M. E. B., por lo que se realizó la audiencia prevista por el art. 130 de la Ley III Nº 21 (ver fs. 85 y vta.), en la que tomamos contacto con el grupo familiar y posteriormente se corrió vista al Sr. Asesor de Familia el que refirió que nada tiene que agregar a lo ya dictaminado (fs. 86), quedando los autos en estado de resolver.----------

------En primer término, éste Cuerpo comparte los fundamentos dados por la sentenciante a fs. 74 al momento de resolver el planteo de reposición (fs. 73 y vta.), por haber quedado subsumido el interés respecto de la temporaneidad de la presentación de la expresión de agravios en el recurso que trataremos a continuación.----------

------Respecto a la caducidad de instancia, adelantamos que el recurso no debe prosperar. En efecto, *"…instancia es toda petición inicial de un proceso, trámite o procedimiento dirigido al Juez para que satisfaga un interés legítimo y a partir de ello comienza para el accionante la carga de impulsar el procedimiento. La carga de dicho impulso incumbe a la parte que interpuso la demanda, contra demandó, articuló el incidente o dedujo el recurso."* (Conf. PS. 1998, Tº I, Fº 16/17 Sala II; PI.2002 Tº I, Fº 90/92

Sala I de la Cámara Civil de Neuquén, citado en autos caratulados: *"Sobarzo, Daniel Alberto c/ Dubois, Eric Daniel y otro s/Daños y Perjuicios"* (Expte. Nº 1336-CA-3).----------

------Además, la jurisprudencia y la doctrina se han mostrado coherentes en el sentido de que la caducidad de instancia no coarta principios constitucionales (conf. C.N.Civ., Sala D., 11/10/79, E.D.. 87-766 Nº 3), porque está comprendida entre las leyes que reglamentan los derechos de propiedad y defensa en juicio. No coarta estos derechos, sino que impone plazos razonables para su ejercicio, encuadrando dentro del art. 14 de la Constitución Nacional (conf. C.N.Civ., Sala C, 26/09/75, L.L. 1976-C-38).---

------En este contexto, corresponde examinar lo relativo a la existencia de actuaciones con idoneidad interruptiva del curso de la perención que fueron alegadas por el apelante. Al respecto, se debe destacar que el art. 313 del Código Procesal dispone -en cuanto aquí interesa- que se producirá la caducidad de la instancia cuando no se instare su curso dentro de los tres meses en los incidentes, en tanto que el art. 311 del ritual agrega que ese plazo se computa desde la fecha de la última actuación, de las partes o del tribunal, que tenga por efecto impulsar el procedimiento.----------

------En base a esa directriz, la normativa ha expresado que la inactividad procesal que configura el presupuesto de la caducidad de la instancia se presenta, no sólo por la ausencia de ejecución de acto alguno por ambas partes o por el órgano judicial, sino también ante el cumplimiento de actos carentes de idoneidad para impulsar el procedimiento (cfr. Cám. Nac. de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, 18/09/2003, causas Nº 268/99 del 03/08/2000; Nº 27311/94 del 27/08/2002; Nº 36959/95 del 18/09/2003, entre otras; asimismo Palacio, L., "Derecho Procesal Civil", T. IV, Editorial Abeledo Perrot, pág. 221).----------

-------En ese sentido, se ha precisado que actividad idónea es la que resulta adecuada a la etapa procesal en que se realice y apta para hacer avanzar el proceso hacia la sentencia (conf.: Corte Suprema, Fallos 313:97; Cám. Nac. de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal causas 14.152 del 12-9-95, 3417 del 15-10-96, 10.662 del 21-8-97, 11.991/96 del 23-12-97, 3500/97 del 8-10-98 y 27.311/94 del 27-8-02). *"El acto debe servir para que la instancia avance hacia su fin natural, por lo que las diligencias o pedidos que no hacen avanzar la causa, que no la sacan del estancamiento en que*

pueda hallarse sumida, que no sirven para que el proceso se dinamice, no son actos interruptivos." (cfr. Maurino, A., "*Perención de la instancia en el proceso civil*", Edit. Astrea, año 1991, pág. 121).----------

------Es que, conforme surge de fs. 18 la sentenciante en fecha 10 de julio del 2012 no hizo lugar a la habilitación de feria solicitada por la actora, disponiendo que previo al despacho de la acción se debía estar a las resultas del expediente en el cual tramitaba el régimen de comunicación (expte. Nº 576/11, agregado por cuerda a éstos); el 13 de febrero de 2013 recayó sentencia en este expediente (fs.24/35 y vta.); el 13 de abril de 2013 (fs. 21) se solicitó se despache la acción y se dé cumplimiento a lo indicado por la sentenciante en fecha 18 de abril de 2013 (fs. 22); el 23 de abril da cumplimiento a lo solicitado (fs. 24/38) y el 24 de abril la Sra. Juez de Familia despacha la acción corriendo el traslado al demandado, quien por último a fs. 44/49 interpuso la caducidad de la instancia y opuso la excepción de cosa juzgada a la vez que contestó el traslado.----------

------Que de la sucesión de los actos procesales descriptos, el tipo de proceso sumario en el que opera la caducidad de instancia en el plazo de tres meses (art. 310 inc. 2.- C.P.C.C.), y frente al panorama trazado, señalamos que el primer agravio recursivo alegado por el demandado no debe prosperar.------

------En cuanto al segundo agravio: rechazo de la excepción de cosa juzgada en primer lugar diremos que, existe cosa juzgada en sentido material cuando, a la firmeza o irrevocabilidad de la sentencia, se agrega el impedimento de que, en cualquier otro proceso, se juzgue de un modo contrario u opuesto a lo decidido por aquélla, siempre que subsistan las circunstancias de hecho existentes al tiempo de la decisión (conf.: Palacio Lino Enrique, "*Derecho Procesal Civil*", Bs. As., Abeledo Perrot, tomo V, pág. 505). Asimismo se ha entendido por cosa juzgada material o sustancial "cuando la sentencia final no puede ser atacada por medio de un juicio posterior. En este caso la sentencia no sólo tiene inimpugnabilidad o imperatividad, sino además inmutabilidad respecto de la cuestión de fondo (conf.: Fassi Santiago y Maurino Alberto, "*Código Procesal Civil y Comercial comentado, anotado y concordado*", Astrea, 3ª edición actualizada y ampliada, tomo 3, pág. 274).----------

------Y cosa juzgada formal se presenta cuando una sentencia no puede ser más revisada en el mismo proceso en que ha sido expedida. Se trata de lo

que se ha llamado "*preclusión de las impugnaciones*" y supone, por consiguiente, que la revisión es posible en otro proceso posterior. (conf.: Osvaldo Alfredo Gozaíni, "Defensas y Excepciones", Rubinzal – Culzoni, pág. 287).----------

-------Asentado ello, el inc. 6° del art. 350 del C.P.C.C. dispone que para que sea procedente la excepción de cosa juzgada "*el examen integral de las dos (2) contiendas debe demostrar que se trata del mismo asunto sometido a decisión judicial, o que por existir continencia, conexidad, accesoriedad o subsidiariedad, la sentencia firme ya ha resuelto lo que constituye la materia o la pretensión deducida en el nuevo juicio que se promueve*".------

------La caracterización de la cosa juzgada está dada por las tres identidades que la hacen procedente: sujetos, objeto y causa.----------

------Ahora, analizados los autos coincidimos con la Jueza de grado, en cuanto estamos ante una identidad de sujetos, pero difieren el objeto – un proceso versó respecto del régimen de comunicación y la presente en la custodia del niño -, y causa – en el primero fue la falta de contacto del niño con la madre y en el presente los informes del ETI y la pretensión de la madre de cambiar la custodia.----------

------Chiovenda y Couture entienden que el objeto es la cosa que se pide, no en el sentido corporal sino en el de su utilidad o ventaja, eso es en su sentido objetivo. Puede ello consistir en una cosa, en un hecho, en una abstención o en una declaración, en un estado de hecho. (con.: Chiovenda, "*Instituciones",* tomo I, Pág. 240; Coutore, "*Fundamentos del Derecho procesal Civil",* Depalma, Bs. As., 1979, pág. 270).----------

-

------Y al hablar de identidad de causa significa que debe tratarse en ambos procesos sobre la misma pretensión jurídica en el sentido de atribuciones subjetivas del derecho y la obligación deducidas en juicio. Se trata de la razón y del fundamento del mismo, ya sean invocados expresamente, ya sean admitidos implícitamente, al decir de Coutore. Es el hecho jurídico que se invoca como fundamento de la acción. (conf.: Osvaldo A. Gozaíni, Defensas y Excepciones, año 2007, editores Rubinzal – Culzoni, pág. 290).-

------En efecto, no se da la identidad de objeto y causa no existiendo cosa juzgada por consiguiente, no existe peligro alguno que la sentenciante dicte

resoluciones contradictorias, por lo que ésta Cámara concluye que la excepción de cosa juzgada fue rechazada correctamente.----------

------5. Las costas de esta instancia se imponen al incidentista perdidoso en atención al modo en que quedó resuelta la cuestión y por regir en el presente incidente el principio general establecido en el art. 69 y 70 del C.P.C. y C., y por no encontrar ningún mérito para su apartamiento, regulándose los honorarios de la Dra. M. C. M. en la suma de pesos dos mil quinientos sesenta y uno con treinta y seis centavos (8 jus), con más el I.V.A. que le pudiere corresponder por su actuación en esta Alzada.----------

---

------Por ello, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, ---

----------R E S U E L V E: ----------

------1º) **CONFIRMAR** en cuanto ha sido materia de recurso la sentencia interlocutoria registrada bajo el Nº 168/13 obrante a fs. 59/63 por las consideraciones expuestas precedentemente.----------

------2º) **COSTAS** de esta instancia al demandado perdidoso A. F. B., en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 69 del C.P.C. y C.); **REGULANDO** los honorarios de la Dra. M. C. M. en la suma de PESOS DOS MIL QUINIENTOS SESENTA Y UNO CON TREINTA Y SEIS CENTAVOS ($ 2.561,36) con el más el I.V.A. que le pudiere corresponder por su actuación en esta Alzada.----------

------3º) **REGÍSTRESE**, notifíquese y devuélvase.----------

------La presente resolución es firmada por dos jueces de la Cámara por haberse alcanzado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17 D.J.P.).----------

GÜNTHER E. FLASS **CLAUDIO A. PETRIS**

REGISTRADA BAJO EL N° CANO DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS DEL AÑO 2013. CONSTE.-

Mariana A. Rodríguez Saá
Secretaria