----En la ciudad de Trelew, a los días de octubre del año dos mil diecinueve, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Marcelo Fernando Peral y la presencia de la Sra. Jueza de Cámara Dra. Florencia Cordón Ferrando y la Sra. Jueza de Cámara Dra. Natalia I. Spoturno, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“O. A., M. C. c/ S., Z. S. s/ Régimen de Comunicación” (Expte. N° 356 – Año 2019 CAT)** venidos en apelación y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 68. Acto seguido se resolvió plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, la Dra. Florencia Cordón Ferrando expresó: ----------

---I.- Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia del recurso de apelación interpuesto a fs. 51 por la parte demandada, señora Z. S. S., conforme a la ratificación de gestión efectuada a fs. 57, concedido libremente a fs. 52, contra la sentencia de la anterior instancia de fs. 44/45 y vta., por la cual se hizo lugar a la demanda de régimen de comunicación interpuesta por M. C. O. A., en su condición de abuela paterna del menor L. B. R.. ----------

----A fs. 62/64 luce la expresión de agravios de la demandada, que fue respondido por la contraria a fs. 66 y vta.----------

----II.- La sentencia de Primera Instancia. La sentencia hizo lugar a la demanda de régimen de comunicación promovida por la abuela paterna en relación a su nieto, el niño L. B. R., dirigida contra la madre del mismo, la señora Z. S. S.. Estableció que el régimen de comunicación sería los días viernes de 14,30 a 16 hs. en el pelotero del supermercado Carrefour, por el término de dos meses y que luego de ello se fijará de acuerdo a lo informado por el Servicio de Protección de Derechos (SPD). A tal fin dio intervención a dicho organismo para que oriente y acompañe a las partes y la vinculación del niño con su abuela. Asimismo, para asegurar el cumplimiento efectivo del régimen, estableció que el mismo será bajo apercibimiento de aplicar una multa de $ 500 por cada día de incumplimiento. Ordenó el libramiento del oficio respectivo al SPD y estableció las costas en el orden causado. ----------

----III.-Agravios. La recurrente se agravia sosteniendo que la sentencia es incongruente. Considera que la jueza de grado se extralimitó al poner un apercibimiento cuando ello no fue solicitado por la parte actora, concediendo más de lo peticionado, invocando al efecto lo dispuesto en el art. 165 del CCPC y concluye que el juez no puede fallar “extra petita”. ----------

----Sostiene luego que no es argumento razonable para aplicar el apercibimiento manifestar que es para asegurar el cumplimiento efectivo de la sentencia y alega que deviene innecesario, porque ha estado predispuesta a fomentar la vinculación de su hijo con la abuela paterna. ----------

----Esgrime que los presupuestos para la aplicación de estas sanciones son que el deber jurídico que se incumple sea de realización posible y que, a la par, el sujeto se distraiga

voluntaria y deliberadamente a su satisfacción. En dicho aspecto considera que la vinculación no está solo librada a la voluntad de las partes sino principalmente a la de L., siendo esa la razón por la cual se dio intervención al SPD. Por ello sostiene no están dados los presupuestos para la aplicación de la sanción. Agrega que la jueza *a quo* no ponderó la prueba colectada en autos, cuando en la confesional la actora reconoció que no ve a su nieto hace más de dos años, que no concurrió a verlo en todo este tiempo y que instó directamente el juicio. ----------

---Concluye que es apresurado imponerle un apercibimiento y cuestiona también por excesivo el monto de $ 500 fijado. ----------

---Al contestar los agravios la actora solicita la confirmación del fallo. Dice que ningún agravio le puede provocar a la demandada, porque la sentencia hace referencia a un apercibimiento y no a la aplicación de la sanción en sí.----------

---Cita los arts. 34 del CPCC, 804 y 557 del CCyC. y hace hincapié en la diferencia entre “intimación” y “apercibimiento”. Alega que este último es una advertencia conminatoria hecha por la autoridad competente respecto a una sanción específica y que, por lo tanto, solo en el hipotético caso en el que se efectúe una denuncia de incumplimiento del régimen de contacto, el juez procederá a verificar lo denunciado; de ello dependerá una eventual fijación de la sanción y en todo caso sería apelable la providencia que la imponga. ----------

---IV.- Pasando al tratamiento del único agravio deducido, adelanto que propiciaré al Acuerdo la revocación de este aspecto recurrido del fallo. En efecto, soy de la opinión de que las astreintes no pueden ser establecidas de manera anticipada o *ab initio*, es decir, ante la mera eventualidad de que no sea cumplida la sentencia, tal como acontece en este caso, ya que ello contraría la esencia propia de estas sanciones pecuniarias. ----

----Es que las mismas deben aplicarse recién una vez producido el incumplimiento del deber impuesto por una resolución judicial firme; por lo que no corresponde fijarlas al dictarse aquélla, para el caso de una eventual resistencia a acatarla. Se necesita de una nueva resolución judicial que disponga la sanción pecuniaria para el caso de persistir en su incumplimiento el sujeto del deber.----------

----En idéntico sentido se viene pronunciando desde antaño la jurisprudencia (vgr. CNCiv., Sala A, 30/6/89; ED, 135-483; íd. Sala B, 3/4/1972; JA, 15-1972-180; CC3ra. Córdoba, 5/5/1989, LLC, 1990-147; C1a. Civ. y Com. Bahía Blanca, 20/11/1984, ED, 116-645 (183-SJ). También es coincidente la opinión de la doctrina (vgr. BORDA, Guillermo, "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", Nº 45; BELLUSCIO-ZANNONI, "Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado", Edit. Astrea, Bs. As., comentario al art. 666 bis del anterior C.Civ.; LLAMBÍAS, "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", T. 1, Nº 82 bis; y más recientemente Felix A. Trigo Represas en comentario al art. 804 del CCyC, en “Código Civil y Comercial comentado. Tratado Exegético. 2d.Ed. actualizada y aumentada. Dir Gral. Jorge H. Alterini, en T.IV pág. 306).

----Asimismo destaco que es el criterio que viene sosteniendo esta Sala, que viene de su anterior composición. Así, en autos "Sebero, Eva Modesta c/ Fernández, Rodolfo Horacio s/ Diferencia de haberes e indemn. de ley" (Expte. 474 - Año 2009), fallo del 28/09/2009, publicado en La Ley Online AR/JUR/33562/2009, se dijo que: *"Resultaría prematuro imponer esas condenaciones conminatorias por anticipado y como una amenaza para la eventualidad de la falta de acatamiento por el deudor a la decisión judicial. Ellas deben aplicarse una vez que ha mediado el incumplimiento del deber impuesto por el fallo definitivo de mérito, esto es agotado ya el plazo de cumplimiento establecido en la sentencia. Tal lo declarado reiteradamente y lo mantenido por la doctrina de los autores (art. 666 bis Cód. Civ., su doc.; confr.: Cazeaux-Trigo Represas, "Derecho de las obligaciones", 2da. ed., I-189 y sus citas; esta alzada, c. 13.171 S.D.L. 52/98, 13.745 S.D.L. 122/98, c. 14.682 S.D.L. 26/99, c. 16.344 S.D.L. 51/00, c. 16.434 S.D.L. 66/00. C. 19.982 S.D.L. 66/04)". (Del voto del Dr. Velázquez).* ----------

-----El criterio fue reiterado posteriormente en autos "C. S. A. c/ T. A. S.A. s/ Cobro de pesos" (Expte. 127 - Año 2010 CAT), fallo del 20/4/2010, en el cual, luego de señalarse que una nota característica y esencial de las astreintes es que no pueden imponerse eventualmente, se explicó: *"Las astreintes presuponen un incumplimiento voluntario y recalcitrante y una obligación de cumplimiento todavía relevante, lo que implica necesariamente tres extremos de hecho: 1) que el incumplidor debe estar en condiciones de cumplir, esto es, que no debe tratarse de una imposibilidad objetiva de incumplimiento; 2) que el incumplimiento debe ya haberse producido y ser persistente y desafiante de todas las medidas de coerción adoptadas, por lo que no cabe su imposición eventual y 3) el cumplimiento debe presentar todavía interés para el acreedor (PORCHY-SIMON, Stéphanie, «Droit civil. Les obligations», Edit. Dalloz, 5ª edic., París, 2008, p. 221, Nro. 452).*----------

-----Ergo, no resultan pasibles las astreintes de una imposición eventual, condicionada a que se incumpla una resolución judicial, puesto que no son una amenaza de sanción ni una forma de agravar una condena, sino solo un mecanismo -de carácter nada corriente u ordinario- de forzar el cumplimiento de una obligación instrumentada en una sentencia judicial (LÓPEZ MESA, Marcelo, "Curso de Derecho de Obligaciones", cit, tomo 1, p. 149)". (Del voto del Dr. López Mesa). ----------

----Pues bien, siguiendo las mencionadas premisas y tal como lo he adelantado, entiendo improcedente y a la vez innecesario el apercibimiento y la cuantificación de la multa establecidos en la sentencia definitiva para la eventualidad de incumplimiento de la orden judicial, máxime que ha sido sustentado únicamente en la genérica finalidad de asegurar el cumplimiento efectivo de la sentencia, sin haber evaluado en forma concreta conducta reticente o incumplidora de la demandada que la haga merecedora de la conminación. Por el contrario, se puede leer en los considerandos del fallo que: *"la señora S. evidencia una postura permeable y flexible respecto de establecer una modalidad de contacto*

entre su hijo y la abuela paterna", lo que claramente resulta incompatible con la condena conminatoria eventual. ----------

----Cabe tener en cuenta aquí que el art. 557 del CCyC —citado por la actora— establece la procedencia de aplicar "medidas razonables" para asegurar el cumplimiento del régimen para el supuesto de "incumplimiento reiterado", lo que necesariamente deberá ser evaluado en tiempo posterior a la sentencia que impuso el deber judicial. ----------

----Por lo expuesto propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación y revocar parcialmente la sentencia apelada, dejándose sin efecto el apercibimiento dispuesto en el último párrafo del punto I de la parte resolutiva. ----------

----En cuanto a las costas de la alzada, propongo imponerlas por su orden, siguiendo el mismo criterio establecido en la primera instancia, en atención a la materia debatida y a que el punto recurrido fue establecido de forma oficiosa por la jueza de grado (conf. art. 69, segundo párrafo, del CPCC).----------

----Los honorarios profesionales de las letradas y el letrado de la Defensa Pública por las tareas desarrolladas en esta alzada propongo regularlos en ocho (8) JUS, en conjunto, para las doctoras M. Alejandra Oña y Natalia Almendra y ocho (8) JUS para el doctor Rafael Frontini (conf. art. 6 bis y 7 del arancel).----------

------Por lo expuesto a esta cuestión me pronuncio PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.----------

-----**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. Peral expresó: ----------

-----I.- La Dra. Cordón Ferrando reseñó detalladamente el pronunciamiento apelado y los agravios expresados por la demandada. Para evitar innecesarias reiteraciones, solo voy a puntualizar que la apelante cuestiona que en la sentencia se haya establecido el apercibimiento de aplicar una multa de $ 500 diarios para el supuesto de incumplimiento del régimen de comunicación dispuesto en el pronunciamiento. Al respecto, en fundamento del recurso articulado, la recurrente básicamente sostiene que la jueza de primera instancia se extralimitó al poner un apercibimiento cuando ello no fue solicitado por la parte actora, que en el caso de autos no están dados los presupuestos para la aplicación de la sanción, que su imposición es apresurada y que el monto fijado es excesivo.----------

----II.- Iniciando el análisis de los agravios brevemente reseñados, adelanto que coincido con la opinión de la colega preopinante en tanto estima que el apercibimiento cuestionado es prematuro y en consecuencia voy a proponer que se revoque el pronunciamiento en cuanto apercibe a la demandada con la imposición de astreintes.----

---Al respecto cabe recordar que las astreintes son condenaciones conminatorias de carácter pecuniario, que los jueces pueden aplicar a quien no cumple un deber jurídico impuesto en una resolución judicial (conf. art. 804 del Código Civil y Comercial). De ello se desprende que su imposición supone la existencia de una resolución judicial incumplida deliberadamente por parte del obligado a hacerlo y que su finalidad es vencer

esa resistencia mediante una coacción económica que lo mueva a cumplir la orden judicial.----------

----De lo apuntado surge con claridad que su aplicación indefectiblemente requiere de una resolución judicial que se encuentre firme y consentida y que haya sido incumplida (conf. Código Civil y Comercial de la Nación – Comentado – Ricardo Luis Lorenzetti Director – T° V, pag. 251). ----------

----Siendo entonces el incumplimiento de una sentencia o resolución judicial el presupuesto de la aplicación de astreintes, estas sanciones no pueden ser aplicadas de manera anticipada o preventiva, ante la eventualidad de que no sea cumplida la sentencia, como claramente señala la Dra. Cordón Ferrando su voto y como tiene establecido esta Sala en numerosos precedentes (Exptes. 474/2009, 123/2010 y 127/2010 entre otros).----------

---Conforme al criterio reseñado, como fue anticipado, el apercibimiento establecido en la sentencia recurrida y que cuestiona la recurrente, resulta prematuro y por tal razón improcedente, debiendo el mismo ser revocado. ----------

---Para finalizar con la cuestión traída a resolver, resta señalar que si bien el art. 557 del Código Civil y Comercial otorga la facultad de imponer medidas razonables para asegurar la eficacia del régimen de comunicación, dentro de las cuales sin duda pueden contemplarse las sanciones pecuniarias conminatorias, lo cierto y concreto, es que del texto expreso de la norma surge que estas medidas pueden ser fijadas ante el incumplimiento reiterado del régimen establecido en sentencia o en convenio homologado y que dicho extremo no se verifica en el caso de autos.----------

---Por todo lo expresado, propongo revocar parcialmente la sentencia recurrida, ello en cuanto en la misma se apercibe a la demandada con la imposición de astreintes, con costas por su orden como se postula en el voto precedente (art. 69 2do. párrafos del CPCC). Los honorarios profesionales por las labores de alzada deben regularse en los porcentajes propuestos por la Magistrada preopinante, ello conforme a la extensión, calidad y resultado de los trabajos efectuados (arts. 5, 6, 8, 13, 18 y 46 de la Ley XIII n° 4). ----------

----Por lo hasta aquí expuesto, a la primera cuestión voto PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.----------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, la Dra. Florencia Cordón Ferrando expuso: ----------

---Visto el acuerdo alcanzado al tratar las cuestiones precedentes, corresponde:----------

--A) REVOCAR parcialmente la sentencia apelada, dejando sin efecto el apercibimiento de astreintes dispuesto en el último párrafo del punto I.----------

--B) IMPONER las costas de esta instancia en el orden causado (conf. art. 69, segundo párrafo, del CPCC), regulando los honorarios profesionales de la Defensa Pública por

las tareas desarrolladas en esta alzada en ocho (8) JUS, en conjunto, para las doctoras M. Alejandra Oña y Natalia Almendra y ocho (8) JUS para el doctor Rafael Frontini (conf. art. 6 bis y 7 del arancel). ----------

---C) Regístrese, notifíquese y devuélvase. ----------

--Así lo voto. ----------

-**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. Peral dijo:----------

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propiciado por la Dra. Cordón Ferrando, en tanto refleja fielmente el acuerdo logrado. ----------

---Así lo voto. ----------

----Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayoría (Art. 8 Ley V N°17.

Trelew, de octubre de 2019.----------

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; pronuncia la siguiente: ----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

----REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada, dejando sin efecto el apercibimiento de astreintes dispuesto en el último párrafo del punto I----------.

----IMPONER las costas de esta instancia en el orden causado (conf. art. 69, segundo párrafo, del CPCC), regulando los honorarios profesionales de la Defensa Pública por las tareas desarrolladas en esta alzada en ocho (8) JUS, en conjunto, para las doctoras M. Alejandra Oña y Natalia Almendra y ocho (8) JUS para el doctor Rafael Frontini (conf. art. 6 bis y 7 del arancel). ----------

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

FLORENCIA CORDÓN FERRANDO
JUEZA DE CÁMARA

MARCELO F. PERAL
PRESIDENTE

--- REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2019 – SDF - CONSTE.----------

GUILLERMO N. WALTER SECRETARIO DE CÁMARA