Trelew, de junio del año dos mil dieciséis. ----------

---**VISTO**: ----------

----El recurso de apelación interpuesto a fs. 19 contra la resolución de fs. 16/17 concedido a fs. 20, es fundado a fs. 21/22, corrido traslado del memorial de agravios a la contraria a fs. 23 no es contestado. ----------**Y CONSIDERANDO**:----------I.-

A fs. 16/17 la jueza de grado resuelve no hacer lugar a la excepción de falta de acción planteada por la Sra. O., impone las costas a la demandada y regula honorarios.----------

---Para así decidir tiene en cuenta que la finalidad del cumplimiento de la etapa previa de avenimiento establecida en el art. 88 de la III N° 21, es lograr el acercamiento de las partes para obtener una solución en interés de la familia y de los menores, evitando judicializar el conflicto, y en tal sentido, entiende, que no parece razonable que este instituto se convierta en un valladar que conlleve al rechazo de una demanda de cuidado personal promovida cerrando la instancia judicial, máxime cuando los progenitores presentan serias dificultades para realizar acuerdos conforme los antecedentes obrantes en el Juzgado a su cargo.----------Precisa respecto al planteo de improponibilidad objetiva de la demanda por no ser posible celebrar la audiencia previa de avenimiento, que es necesario aclarar que el acta de cierre de etapa agregada a fs. 01, es un instrumento público, suscripto por la Asesora de Familia, que responde al procedimiento de la etapa previa de avenimiento desarrollado conforme lo establecido por los arts. 88 a 97 de la ley III N° 21, por lo que lo planteado no se ajusta a lo establecido en el art. 340 del CPCC.----------Destaca que si bien se encontraba vigente una medida de prohibición de acercamiento al domicilio de la Sra. O., se le hizo saber a la misma que la medida no afectaba el desenvolvimiento del régimen de comunicación homologado en el Expte. 686/2014. Asimismo, dice, que ello no impide la celebración de audiencias de avenimiento que tengan como resultado un acuerdo entre partes que no infrinja el orden judicial dictado en el marco de la ley 26485, pues la prohibición a la que refiere la última parte del art. 28 de la ley citada, lo es respecto de la audiencia celebrada ante el juez en el marco del procedimiento establecido en el Capítulo II de esa ley.----------Concluye señalando que no mediaba impedimento para concurrir a la audiencia de avenimiento a fin de tratar temas relativos al cuidado personal de L. ya que la suspensión del régimen de comunicación entre el progenitor y su hija fue dictada el 26/11/15, por lo que las partes antes de dicha fecha se encontraban habilitadas a concurrir a audiencias de avenimiento conforme surge del acta agregada a fs. 01. Hace notar respecto a la medida cautelar solicitada por el actor a fs. 03 que se ordenó que debería estarse a lo ordenado a fs. 94 del Expte. N° 624/2014. ----------

----------II.- Agravia a la apelante la decisión de la jueza de grado por la incoherencia procedimental de criterios ante la existencia de una medida de prohibición

de acercamiento en vigencia dictada en el marco de la Ley de Violencia de Género por el mismo Juzgado, cuando en el edificio de Tribunales se separa a las personas en habitaciones distintas y por el otro en la sede de Paraguay 89 se intenta avenir a las partes sin atender a la peligrosidad que un encuentro entre las mismas pudiera derivar en consecuencias inciertas.----------

---Refiere al Protocolo del Superior Tribunal que rige los procedimientos de violencia de género, y alude a que existen procesos íntimamente vinculados entre el Juez Penal por un lado y la Jueza de Familia N° 1 por el otro, por hechos que constituyen violencia de género, en los que la situación debe ser evaluada a la luz de la normativa nacional e internacional.----------

----Como segundo agravio, precisa la apelante que cuestiona la celebración de la audiencia de avenimiento, resolviendo la jueza a quo sin advertir los especiales hechos por los que transitaba la Sra. O., cuando se presentó ese día a la Sala de la Asesoría de Familia acompañada de un guardia por temor a su vida en atención a las amenazas del Sr. C. y requirió personalmente que no celebrara la audiencia por encontrarse el solicitante con una prohibición de acercamiento y abstención de realizar actos de intimidación o perturbación hacia la misma. Añade que en sede penal tramitó un procedimiento que luego derivó en dos aperturas de investigación contra el solicitante de la audiencia. Agrega que la jueza a quo pudo dictar la nulidad del acto, ante los hechos expuestos en la contestación de demanda al menos si hubiera considerado que dicho acto carecía de uno de los elementos esenciales de todo acto jurídico como lo es la voluntad libre y sin violencia de la Sra. O., cuestión que no fue atendida en el momento de la celebración del acto ante su pedido, como asimismo no se consideró su estado de vulnerabilidad y que existía un fundado temor por su vida que hacía imposible el cumplimiento de la audiencia. ----------III.- Por razones de método se comenzará con el análisis de la nulidad del acta de avenimiento que alega la apelante.----------Al respecto, cabe precisar que el acta de avenimiento con motivo de la audiencia celebrada con la presencia de la Asesora de Familia es un instrumento público. En efecto, es instrumento público todo acto pasado ante un funcionario público que actúa en la esfera de su competencia de conformidad con las leyes que reglamenten su ejercicio. Así lo edicta el artículo 289, inc. b) del Código Civil y Comercial.----------Ello así, resulta insuficiente el planteo de nulidad que realizó la apelante para restarle eficacia al acta de avenimiento de fs. 01, gozando este instrumento de plena fe, hasta que sea atacada por vía de redargución de falsedad (art. 296 inc. a) Código Civil y Comercial).----------

----Asimismo respecto de los hechos enunciados en el instrumento público, ninguna prueba se aportó para desvirtuarlos en orden a lo establecido en el art. 296, inc. b) del Código Civil y Comercial, limitándose su cuestionamiento a meras manifestaciones que

habría formulado en dicha audiencia, toda vez que del contenido del acta de fs. 01 surge, expresamente: “Se deja constancia que habiéndose convocado a la Sra. M. O., a la audiencia del día de la fecha a las 11:30 horas, lo hizo sin el acompañamiento de su letrada patrocinante quien se hizo presente a las 12:05 horas. Que a las 12:00 horas y habiendo transcurrido la media hora de tolerancia, el Dr. C. solicita se proceda al cierre de la etapa de avenimiento prevista por la Ley Provincial III – 21 (ex Ley 4347), procediendo en este acto la Dra. M. y la Sra. O. a retirarse de este Ministerio Público” (sic).----------

--La norma sienta un principio de prueba legal. Por prueba legales, se entiende en el lenguaje procesal común, aquéllas pruebas cuya eficacia ha sido determinada en forma expresa por un precepto legal, sin posibilidad de apartamiento de tal criterio (Couture, Eduardo J., “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, tercera edición, Buenos Aires, Depalma, 1987, pág. 268).----------

--En síntesis, el acta de avenimiento celebrada por la Asesora de Familia en ejercicio de las facultades otorgadas por los arts. 92 y siguientes de la Ley III N° 21 reviste carácter de instrumento público a tenor del art. 289, inc. b) del CCyC, y sólo puede ser atacada por vía de redargución de falsedad por acción civil o criminal, pues hace plena fe de la existencia de los hechos cumplidos por el funcionario público en ejercicio de facultades otorgadas por norma legal o que han pasado en su presencia, mientras no sea argüida de falsa por vía de acción civil o criminal (esta Sala, SIC 046/16). ----------De allí, que se encuentra habilitada la vía para el ejercicio de la presente acción pues se ha cumplido con la etapa prejudicial prevista en el art. 88 y sig., de la Ley III N° 21, que opera como un presupuesto formal de admisión que en conjunto con los demás (relativos al plazo, forma y lugar) permiten realizar el acto procesal que se intenta ejercer, ante lo cual debe descartarse la falta de acción planteada por la apelante. ----------En orden, a la imposibilidad de celebrar la audiencia que sustenta la apelante, del expediente agregado por cuerda en fotocopia certificada caratulado: ”O., M. A. c/ C., J. R. s/ violencia de género (Ley 26485)” (Expte. 624 – Año 2014) surge que a fs. 73, se dictó la orden de prohibición de acercamiento e ingreso del actor al domicilio de la demandada y el cese de todo acto de intimidación o perturbación directa o indirecta contra la denunciante; pero asimismo, a fs. 4 de los autos caratulados: “O., M. A. c/ C., J. R. s/ Homologación (Custodia/Rég. de Comunic./Alimentos) (Expte. 686 – Año 2014), se homologó el acuerdo sobre custodia, régimen de comunicación y alimentos de la niña L. C., cuya modificación solicita por los presentes autos.----------Ello así, no medió obstáculo para la promoción de la presente demanda y por ende, el tránsito por la etapa prevista en el Libro II, Título II, Capítulo II de la Ley III N° 21, regula un procedimiento previo que contempla dos situaciones diversas, el logro o no del avenimiento para así iniciar las actuaciones ante el Juzgado de Familia.----------Si el vínculo de las partes se encontraba muy deteriorado, tal cual lo expresa la apelante,

de tal modo que podría derivar en algún tipo de riesgo para su integridad física o síquica contaba con múltiples alternativas que van del extremo de no comparecer sin mas o presentar su posición por escrito con propuestas de posible acuerdo en relación a la pretensión actoral, etc., teniendo en cuenta que la finalidad de dicha audiencia es lograr una composición del conflicto. ----------Para finalizar, en orden a la alegada improponibilidad objetiva de la demanda de tal modo de proceder a su rechazo in límine, dada la importancia de los efectos que acarrea, se interpretó tanto doctrinaria como jurisprudencialmente su aplicación restrictiva. Por eso procede en casos muy excepcionales, en los que es evidente la inadmisibilidad sustancial de la demanda, existe una manifiesta falta de fundamentos o se halla vedada cualquier decisión judicial de mérito. ----------Se ha sostenido que esta restricción encuentra fundamento en la circunstancia de configurar el rechazo indebido o impropiamente aplicado de oficio, un cercenamiento al derecho de acción, vinculado al derecho de petición; y del derecho de jurisdicción, con la trascendencia constitucional del decisorio, cuando cierra el camino al debido proceso legal (Arazi-Rojas, “Cód. Proc.…”, ed. 2004, T. II, p. 153; Fenochietto, “Cód. Proc.…”, ed. 2001, Tomo II, p. 352). ----------

----Este derecho al debido proceso encuentra sustento en las convenciones internacionales de jerarquía constitucional conforme art. 75, inc. 22 de la C.N., a saber: art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), cuya aplicación impone el art. 22 de la Const. Prov.----------

----En tal contexto normativo, el rechazo de la demanda por ser objetivamente improponible solo procedería por ser el reclamo imposible, o ser el objeto de la misma ilícito o inmoral, cuando la acción está prohibida por la ley o excluída de plano y ninguno de estos extremos ha sido acreditado por la apelante. ----------

---La improponibilidad objetiva configura un instituto de interpretación restrictiva por encontrarse en pugna directa con el derecho humano de acceso a la justicia, reconocido por el art. 15 de la Constitución provincial y por el art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos; lo cual implica que -ante la mínima duda- los jueces deben dar trámite a la pretensión, provocar el contradictorio y recién entonces, con un conocimiento acabado de la causa, decidir sobre los derechos en disputa (SCBA, 03/12/2014, “R., M. S. contra R., A. A. s/ Autorización”, 15/06/2011, “C., R. A. c/ A., E. d. B. s/ Incidente de revisión”, Sum. 3900557). ----------Es que, para desestimar in límine una demanda debe distinguirse la concurrencia de los presupuestos procesales, es decir, los requisitos para que proceda la pretensión que constituye un

examen extrínseco, de la atendibilidad de la pretensión que se vinculan con las condiciones de fundamentación, que son revisadas por el magistrado al dictar la sentencia definitiva. ----------

---En efecto, nótese que al momento de formular la apelante su impugnación en la instancia anterior se encontraba vigente un régimen de custodia y comunicación con la menor. A ello se añade que a la fecha del presente pronunciamiento ha vencido la medida de prohibición de acercamiento y suspensión del régimen de custodia decretado a fs. 113 por 90 días, dictado el 01/03/16 y notificado el actor a fs. 116 en fecha 03/03/16 en el Expte. 624 – Año 2014, circunstancia que no ha de soslayar esta Alzada en virtud del art. 280 del CPCC en cuanto debe resolver sobre otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia.----------

--En consecuencia, habiéndose cumplido con las reglas formales necesarias para dar curso a la demanda permitiendo el ejercicio del derecho de acción al actor, en principio, la atendibilidad de su pretensión queda reservada para el momento de dictar la sentencia de mérito (Morello – Sosa - Berizonce “Cód. Proc…”, Librería Editora Platense-Abeledo Perrot - 990, T. IV-B, pág.114).----------

---Sin embargo, no se soslaya la opinión de Augusto Morello, quien señaló que admitida la atribución judicial de rechazar “in límine” una demanda improponible, sería erróneo u opinable restringir su actuación al estado anterior de la traba de la litis. Mayor congruencia lleva el criterio opuesto según el cual debe decretarse tal rechazo en cualquier momento del proceso cuando el juez se percate de la inatendibilidad sustancial de la demanda y sea patente la inutilidad de la persecución del trámite (“La eficacia del proceso”, Bs. As. Ed. Hammurabi, 2001, p. 307).----------En consecuencia, por los fundamentos expuestos corresponde desestimar los agravios de la apelante y confirmar el decisorio de grado. Las costas de Alzada se imponen a la apelante perdidosa, por aplicación del principio objetivo de la derrota (arts. 69 y 70 CPCC), y se regulan honorarios a la Dra. M. G. M., en mérito a la labor desarrollada, su extensión y resultado obtenido; en un tercio del mínimo legal previsto por el art. 32 de la ley XIII con más el IVA pertinente, comprensivo del plus por procuración; toda vez que de regular el porcentual de ley la suma resultante es inferior (arts. 5, 6 bis, 8, 13, y concordantes de la ley XIII Nro. 4).----------En su mérito, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew, **RESUELVE**:----------

---I.- Confirmar el decisorio de fs. 16/17, debiendo continuar el trámite del presente proceso.----------

---II.- Imponer las costas de Alzada a la apelante vencida (arts. 69 y 70 CPCC).----------

--III.- Regular honorarios a la Dra. M. G. M., en mérito a la labor desarrollada, su extensión y resultado obtenido; en un tercio del mínimo legal previsto por el art. 32 de la

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA

ley XIII, con más el IVA pertinente, comprensivo del plus por procuración, toda vez que de regular el porcentual de ley la suma resultante es inferior
(arts. 5, 6 bis, 8, 13, y concordantes de la ley XIII Nro. 4).----------
---Regístrese, notifíquese y devuélvase. ----------

ALDO LUIS DE CUNTO	SERGIO RUBEN LUCERO	RAUL ADRIAN VERGARA
JUEZ DE CAMARA	PRESIDENTE	JUEZ DE CAMARA

----**REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2016 - SIF – CONSTE.** ----------

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA