Esquel, de mayo de 2009.-

------**<u>VISTO:</u>**----------

------Para resolver los recursos de apelación intentados a fs. 396 por la Dra. C. M. L. contra la regulación de honorarios en su favor y concedido a fs. 397; a fs. 398 por el codemandado N. W. y concedido a fs. 399; a fs. 402 por el codemandado W. W. y concedido a fs. 403; a fs. 411 por los codemandados N. y E. W. y concedido a fs. 414; a fs. 412 por los codemandados E. M. y S. B. M. W. y concedido a fs. 414 y a fs. 413 por la codemandada M. L. W., también concedido a fs. 414, todos contra la resolución del Sr. Juez de la instancia de fecha 12 de febrero de 2009 y que luce a fs. 389/393; y----------

------**<u>CONSIDERANDO</u>**:----------

------1. Que por tal sentencia, el *a quo* dispone I) Rechazar las excepciones de prescripción articuladas por N. W., E. W., M. L. W., N. W. W. W., E. M. y S. M.; II) Impone las costas a cargo de Namus W., E. W., M. L. W., N. W. W. W., E. M. y S. M. y regula los honorarios profesionales de la Dra. C. M. L. en el 3,5 %, los de la Dra. A. A. en el 1,6 % que estarán a cargo de N. W. y E. W., asimismo regula a la Dra A. A. el 1,6 % los que estarán a cargo de E. M. y S. M., los del Dr. L. A. R. en el 1,6 % a cargo de N. W., los del Dr L. H. C. en el 1,6% a cargo de M. L. W. y como patrocinante los de la Dra. L. V. en el 1,6 % a cargo de W. W., todos del monto del juicio, con más el IVA que correspondiere.----------

----------2. Surge de las actuaciones que los agravios deducidos por el Sr. N. W. se agregan a fs. 415/417 y merecieron la réplica de la contraria (v. fs. 431/432 y vta.); los deducidos por el Sr. W. W. lucen en la pieza procesal de fs. 419/420 y las quejas de los Sres. E. M. y S. B. M. W. lucen a fs. 421/426, habiendo merecido la réplica de la contraria (v. fs. 435/438). Se agrega así mismo una réplica a los agravios invocados por los Sres. N. y E. W. (v. fs.439/440 y vta.).----------

----------Cabe señalar que los apelantes N. y E. W. y

M. L. W. no expresaron sus agravios, por lo que serán declarados desiertos sus recursos conforme art. 266 del rito provincial.----------

------Así ello y por una cuestión de orden, advertimos que los agravios deducidos serán tratados en el orden en que fueron propuestos.---------

------I) Al *recurso del Sr. N. W.*.----------A fs 415/417 centra sus agravios en los siguientes puntos: a) Que el Sr. Juez *a quo* no contempló el conjunto de los hechos y derecho que se discuten entendiendo que ... "la prescripción se ha planteado tanto cuanto a la petición de herencia (prescripción liberatoria) cuanto a que, por imperio del art. 4015 del Código Civil mi mandante ha adquirido por prescripción (adquisitiva) los bienes de la herencia que el actor reclama ... "; b) Opina que el fallo es incongruente ya que basó su fundamento en el art. 4020 pero no hizo alusión a la concordancia con el art. 3460, y cita doctrina; c) No trató el planteo de caducidad de la acción de petición de herencia deducido en el capítulo III punto 6.- de la contestación de demanda (fs. 246 y vta.) y d) se agravia respecto a la condena en costas argumentando que no puede considerarse vencido desde que la decisión judicial rechaza las excepciones en este estado del proceso, y porque no hizo el planteamiento de caducidad sino como defensa de fondo, por lo que no puede hablarse de "vencido" ya que no se ha tratado las cuestiones de fondo que se están reclamando y defendiendo.----------La réplica del actor obra a fs. 431/433 y en la misma expresa respecto al primer punto que al ser imprescriptible la acción de filiación y que la declaratoria de herederos invocada por los accionados no produce estado, no se puede pretender que sea prescriptible la acción de petición de herencia cuando en todo tiempo el estado de hijo puede reclamarse y la consecuencia de tal reconocimiento es la entrega de bienes al heredero como mejor derecho. Reedita declaraciones expresadas en su demanda y cita doctrina.----------

------Con relación al punto b) refiere que el accionado hace referencia a una acción distinta a la que se plantea en autos como lo es la partición de herencia, ya que dichas normas se refieren a la prescripción de la acción

entre herederos y que ningún plazo de prescripción puede aducirse hasta tanto el actor no goce de la calidad de heredero de su padre y cita doctrina.----------

------En cuanto al punto c) indica que aún si el actor fuere hijo de D. W. y por ende heredero –lo que aún está en discusión-, debe tenérselo por renunciado a la herencia y esta acción que intenta ha caducado por el transcurso del tiempo, expresando que los supuestos que plantea el accionado como la conclusión a la que arribara al momento de contestar la acción, se refiere a casos de herederos contra herederos, por lo que hasta tanto no sea emplazado en su filiación paterna, no puede correr plazo alguno de prescripción como tampoco de caducidad respecto a la acción de petición de herencia.----------

-Con relación a la condena en costas expresa que al ser las defensas de prescripción deducidas por el demandado reconocidas por esa parte, no es necesaria la producción de prueba alguna, por lo que el juez de la causa quien decide cuando un planteo debe resolverse.----------

------II) *Al recurso del Sr. W. W.*.----------A fs. 419/420 expresa sus agravios los que circunscribe a las siguientes cuestiones: a) errónea interpretación del *a quo*, que al fallar se contradice y transcribe el cuarto párrafo in fine de fs. 392 y primer párrafo – segmentado- de fs. 393 de la sentencia atacada concluyendo que no existe otro momento o instancia legal en la cual pueda esa parte hacer valer la prescripción; b) Aduce que el inicio de acciones en forma acumulativa – filiación y petición de herencia- no es fundamento para que el Sr. Juez de primer instancia ingrese al análisis de fondo sino que debió tratar si la petición de herencia es prescriptible o no; c) Que al instar el actor en forma acumulativa, conjunta y simultánea dos acciones –filiación y petición de herencia-, les impide interponer la excepción en otro oportunidad como lo ha entendido el *a quo* ; d) explica que nunca se planteó la prescripción de la acción de filiación como lo expresa el a quo, entendiendo que pudo haber sido un error material pasible de subsanarse y e) Se agravia respecto a la imposición, fijación y monto de los

honorarios regulados, entendiendo que los honorarios de la Dra C. M. L. son elevados y excesivos y que se le debe fijar el mínimo legal.----------
----------No obra en autos respuesta del actor respecto a dichos agravios.----------III) Al r*ecurso del Sr. E. M. y de la Sra. S. B. M. W.*.----------
----------A fs. 421/426 obran sus agravios, lo que se reducen a las siguientes cuestiones: a) existe contradicción entre los considerandos y resolución, ya que yerra el *a quo* al señalar que el momento ideal para oponer la excepción sería al ser emplazado el actor en el estado de heredero, indicando que al haberse acumulado ambas acciones, resultaría extemporánea en el momento que el *a quo* ha sugerido; b) Considera que no hay fundamento jurídico válido en el rechazo de la excepción planteada, puesto que el único argumento dado es que resulta imposible acoger a las excepciones opuestas porque aún no se ha emplazado en el estado de heredero al actor, reflexionando que debió limitarse a analizar si la acción es o no prescriptible, y en tal caso si transcurrió o no el plazo de prescripción y se remite detalladamente a circunstancias del proceso, citando jurisprudencia y doctrina; c) Respecto a la imposición de costas exterioriza que quien instó para que el tratamiento de la excepción se tratara como de previo y especial pronunciamiento fue la parte actora, por lo que es ella quien debe cargar con las costas, pues es quien provocó la situación y solicita subsidiariamente que se impongan en el orden causado, d) Se agravia del elevado monto de los honorarios regulados a la Dra. C. M. L., expresando que al tratarse de un incidente donde no hubo producción de prueba, los honorarios deben regularse en el mínimo legal.----------
----------A fs. 435/436 glosa la réplica del actor quien refiere respecto al primer punto que la interpretación de los demandados cae en el mismo error que la vertida por el Sr. W. W., aclarando que la sentencia recurrida no les ha dicho a los accionados que deben esperar otro tiempo del proceso para deducir la excepción de prescripción, sino que la mismo no puede invocarse contra quien aún no

ha sido emplazado en el estado de hijo, menos aún de heredero de D. W. y recuerda el contenido del art. 3956 del Código Civil.----------

----------Con relación al segundo agravio explicita que no son de aplicación los arts. 4019 y 215 del Código Civil, como tampoco los arts. 4020 que se refiere a la partición de herencia y el 3313, ya que los mismos se refieren a herederos, calidad que el actor no ostenta. Expresa respecto a la prescripción de la acción de petición de herencia "... nunca podrá oponerse este instituto contra S. hasta que éste no adquiera calidad de heredero y cuando así de seguro sea, tampoco pues él ya ejercitó la acción conjuntamente con el reclamo filiatorio.", aclarando que la excepción de prescripción ya ha sido resuelta y nunca más podrán los accionados seguirla contra el actor.----------

Respecto al tercer agravio, expresa que luego de un pormenorizado análisis el *a quo* rechaza las excepciones interpuestas, por lo que no concibe apartarse del principio objetivo de la derrota como lo ha hecho el sentenciante.----------

------Se remite a las expresiones brindadas en su memorial obrante a fs. 396.----------

-----*IV) Al Recurso de la Dra. C. M. L.:* ----------Entiende la citada profesional que han sido bajos los honorarios fijados por el *a quo* y que debió aplicarse el art. 11 de la ley de aranceles.---

------3. Así ello, se torna necesario realizar una síntesis para lograr una mejor comprensión del tema a tratar, es así que se desprende de fs. 159/170 de estas actuaciones que con fecha 01 de agosto de 2007 se inició este proceso a instancia de C. A. S. quien acumuló en su demanda, en forma originaria y principal, dos pretensiones: reclamó su estado de hijo extramatrimonial de D. W. y formuló petición de herencia frente a los herederos y coherederos de este último (fs. 159 y vta.).----------

----------Mientras N. W. (fs. 245/248) -coheredero de D. W.-, expresó respecto a la filiación que se atenderá al resultado del examen genético que se practique para determinar si el actor es hijo o no de su hermano D. , respecto a la partición de herencia,

articuló como defensa la caducidad del derecho del actor con fundamento en el art. 3313, por lo que ha caducado la acción por el transcurso del tiempo, considerando que se ha consumado la prescripción adquisitiva sobre los bienes; el coheredero W. W. (fs. 286/293) manifiesta su voluntad para someterse a los exámenes biológicos y genéticos necesarios para dilucidar el tema de la filiación del Sr. S. y con relación a la petición de herencia infiere que por aplicación de los arts. 3313, 3460 y 4020 del Código Civil, ha operado la prescripción sobre los bienes inscriptos; a fs. 297/301, el coheredero L. J. (esposo de M. J. W., ya fallecida) aduce que nunca supo que D. tuviera un hijo extramatrimonial y respecto a la petición de herencia plantea prescripción por aplicación de los arts. 4020 y 3313 del Código Civil, a fs. 328/334 los coherederos E. M. (esposo de S. W.) y S. B. M. (hija de S. W.), el primero de ellos expresa que la acción de filiación no debe prosperar respecto a él porque no se encuentra dentro de los legitimados pasivos que establece el segundo párrafo del art 254 del Código Civil; la Sra. S. M. expresa que se deberá estar al resultado de las pruebas genéticas para determinar si el actor es o no hijo de su tío D. y respecto a la petición ambos oponen prescripción a la acción de petición de herencia aduciendo que no están dados los presupuestos que establece el art. 3423 y además porque ha operado el plazo de prescripción previsto en el art. 4020 y cctes. del Código Civil.----------Sentado ello, anticipamos nuestro criterio en el sentido de que -pese al inteligente esfuerzo de los apelantes-, los recursos interpuestos no pueden prosperar, por los fundamentos que desarrollaremos: 1) El actor ha entablado dos acciones en forma conjunta –filiación y petición de herencia-, sabido es que la primera de ellas "filiación" conforme la Ley 23.264 es imprescriptible (art. 251 y tercer párrafo del art. 254 del Código Civil), por lo que previo a resolver acerca de la prescriptibilidad o no de la otra acción "petición de herencia", se torna indispensable previamente comprobar y determinar si realmente el actor es o no hijo del Sr. D. W., puesto que a partir de allí se estará en condiciones de considerárselo o no con derecho al reclamo de la segunda acción. Hasta tanto no esté emplazado en el estado que pretende,

no está legitimado para el reclamo de la segunda acción; 2) Meditamos que el derecho a la identidad es un derecho de primer orden "anterior y superior jurídica y axiológicamente al de la familia o a los de terceros que no merezcan aquella calidad" (conf. Di Lella, Pedro "Paternidad y pruebas biológicas", pág.86, apartado b), Ed.Depalma, Buenos Aires, 1997; Rivera, Julio César-Córdoba, Carlos Diego, "Derecho a la identidad y Derecho a la intimidad del presunto padre premuerto y de sus parientes", ED. 158-462, punto 5; autores citados por Mizrahi, Mauricio Luis, en "Posesión de estado, filiación jurídica y realidad biológica", en Revista La Ley 23/8/2004, 1, cita Nº 20). En esa orientación se verifican precedentes judiciales en donde se ha expresado, "pocos derechos humanos pueden ser más dignos de protección que el de (...) conocer la identidad, reconocer sus raíces..." y tal derecho "debe prevalecer sobre otros bienes jurídicos de menor jerarquía" (conf. Mizrahi, Mauricio Luis, ob.cit., en donde se mencionan, nota 21: C.N.Civ. Sala C, 13/6/96, "C.M.L. c/D.R.O.A. s/filiación"; C.N.Civ. Sala F 22/5/97 expte. Nº204.433; C.N.Civ. Sala K, 18/2/2000, ED 188-563); 3) El título IV, Capítulo I del Código Civil se refiere a los derechos y obligaciones de los herederos (arts. 3410 a 3432), carácter que aún no posee el actor, por lo cual dichas normas son inaplicables. Respecto al art. 4020 del Código Civil entendemos que en las acciones de petición de herencia, la prescripción opera contra el heredero que ha dejado transcurrir el plazo, pero en el caso en examen, el actor aún no se encuentra emplazado en el estado de hijo del Sr. D. W. y en consecuencia no corre en su contra el plazo prescriptivo; 3) No es de aplicación el art. 3313 del Código Civil puesto que dicha norma se refiere al heredero que dejó transcurrir el plazo de veinte años sin pronunciarse, y como ya lo advertimos, el Sr. S. aún no reviste ese calidad; 4) En el art. 3947 del Código Civil se contemplan dos supuestos distintos de prescripción: la liberatoria y la adquisitiva, el art. 3949 del Código Civil establece que "La prescripción liberatoria es una excepción para repeler una acción por el solo hecho de que el que la entabla ha dejado durante un lapso de tiempo de intentarla o de ejercer el

derecho al cual ella se refiere". No requiere de otra condición que la inacción, inercia o negligencia del titular del derecho contra el que se invoca y no habiéndose acreditado -en este estadio del proceso- que el actor reviste calidad de titular del derecho invocado (petición de herencia) y hasta tanto se haya producido la prueba necesaria que dictamine o no el reconocimiento de su filiación, dicha circunstancia hace presumir que carece de legitimación para que le encarten la prescripción del derecho que aduce le corresponde, por lo que la prescripción liberatoria no puede prosperar.----------

------En cuanto a la prescripción adquisitiva entendemos que es un modo de adquirir el dominio y ciertos derechos reales por la posesión de la cosa durante el tiempo y los recaudos exigidos por la ley. Así la define el art. 3948 del Código Civil al expresar "La prescripción para adquirir es un derecho por el cual el poseedor de una cosa inmueble, adquiere la propiedad de ella por la continuación de la posesión durante el tiempo fijado por la ley".----------

------Ahora bien, la prescripción se encuentra comprendida entre las excepciones en tanto extingue la acción pero no el derecho (art. 515 inc. 2 del Código Civil), por lo tanto el Sr. S. estará en condiciones de hacer valer e derecho que cree poseer una vez que esté emplazado en la calidad de estado que ostenta y será a partir de allí que comenzará a contarse el plazo de prescripción pues es allí cuando nace la acción.----------La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que la prescripción es una institución de orden público que responde a la necesidad social de no mantener pendientes las relaciones jurídicas indefinidamente, poner fin a la indecisión de los derechos y consolidar las situaciones creadas por el transcurso del tiempo, disipando las incertidumbres (CSJN Falos 305:990, 313:1224, entre otros conf. “Análisis de algunos aspectos relevantes de la prescripción de la acción civil y de la imposibilidad de su consideración de oficio”, del Prof. José Luis López Castiñeiras y Dra. Gabriela M. Scolarici en Revista de opinión urídica, pág. 6, en: www.urbeetius.org).----------

------Asimismo ha sostenido que: "... el instituto de la prescripción tiene que ser interpretado restrictivamente en cuanto atiende la pérdida de las acciones." (CSJN Fallos: 308:1339 conf. "Análisis de algunos aspectos relevantes de la prescripción de la acción civil y de la imposibilidad de su consideración de oficio", del Prof. José Luis López Castiñeiras y Dra. Gabriela M. Scolarici en Revista de opinión Jurídica, pág. 6, en: www.urbeetius.org).----------

------Compartimos el criterio de nuestra jurisprudencia provincial entendiendo que puede presentarse contra la petición de herencia, la defensa de haber el demandado adquirido la propiedad de las cosas que integran el acervo hereditario, por el transcurso el tiempo necesario para operar la prescripción, es así que la prescripción adquisitiva no tiene su fundamento tanto en la inactividad del heredero, sino directamente en los actos positivos e intencionados del poseedor –posesión, con ánimo de dueño- (SAIJ Q 0005715, año 1977), pero dicha inacción se refiere a la inactividad del heredero no de quien aún no lo es, como sucede en estas actuaciones.----------

------A más de ello y al considerarse la acción de petición de herencia como una reivindicación de un patrimonio, la misma resulta imprescriptible, no estando sujeta a extinguirse por el mero transcurso del tiempo, aunque pudiera operarse la prescripción adquisitiva con respecto a cada uno de los bienes particulares, pudiendo el poseedor oponer en su caso la prescripción adquisitiva de los bienes singularmente poseídos, así lo ha expresado nuestra jurisprudencia al entender que: "Si se considera a la petición de herencia como la reivindicación de un patrimonio, no estaría sujeta a extinguirse por el mero transcurso del tiempo, aunque pudiera operarse la prescripción adquisitiva con respecto a cada uno de los bienes particulares. Es decir, el poseedor no podría oponer la prescripción de la acción de petición de herencia, como tal, pero sí podría oponer, en su caso, la prescripción adquisitiva de los bienes singularmente poseídos." (C.N.Apel. Sala C, votos de Dres. José L. Galmarini, Jorge H. Alterini, Fernando Posse Saguier. Sentencia de fecha 27/12/2001 -

R.334144 “Cevallos, Daniel Florencio c/ Cevallos, Ramón Florencio s/exclusión de heredero”).----------

------Son aplicables en el presente caso las ilustrativas reflexiones del Juez Lorenzetti vertidas al votar en esa causa cuando sostuvo que “la función de los jueces es claramente interpretativa, basada en un juicio de ponderación, con sustento en los principios de armonización y complementariedad”. Agregó que “la ley debe ser interpretada conforme al estándar del ser humano maduro dotado de razonabilidad práctica” y que “la justicia debe ser entendida, siguiendo a Rawls, como los principios morales que aceptarían personas libres, iguales, racionales y razonables que permitan una convivencia basada en la cooperación” (voto Dr. Lorenzetti en Causa 17768, 14/6/2005, “Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc.”), por lo que las apelaciones deducidas por los coherederos no pueden prosperar.----------

------4. Con relación a la apelación de honorarios que por derecho propio realiza la Dra. M. L., cabe liminarmente señalar que existe un conjunto de reglas generales (art. 3 del arancel) que deben ser apreciadas por el Tribunal a fin de procurar la justa distribución de las remuneraciones, en orden al grado de responsabilidad del profesional, tales como la naturaleza y complejidad del asunto, resultado obtenido, mérito de la labor, calidad, eficacia y extensión del trabajo, escalas, etc., observando también la actividad desplegada por la interesada, que constituyen la guía para lograr una retribución equitativa y razonable, observamos que el sentenciante ha hecho mención de tales circunstancias en oportunidad de fijar los emolumentos aquí cuestionados, por lo que entendemos que el *a quo* ha hecho mérito de las mismas a fin de obtener, dentro de los parámetros indicativos que señala la ley arancelaria una justa retribución para la labor profesional realizada, por lo que consideramos que los honorarios regulados a la Dra. C. M. L. no resultan elevados, sino justos, por lo que corresponde su confirmación por esta Alzada.----------

---

------5. Respecto a las costas y habiendo progresado en lo sustancial las pretensiones de la actora, corresponde que las costas de primera instancia sean confirmadas, y con relación a las costas de esta instancia las mismas sean impuestas a cargo de N. W., E. W., M. L. W., N. W., W. W., E. M. y S. M. (art. 68, CPCC) debiendo regularse los honorarios de los profesionales intervinientes en esta Alzada, a la Dra. C. M. L. el 1,05 % los de la Dra A. A. en el 0.40 % los que estarán a cargo de E. M. y S. M., los del Dr. L. A. R. en el 0.40 % a cargo de N. W., los del Dr. H. L. C. en el 0.40 % a cargo de M. L. W. y comom patrocinante de la Dra. L. V. en el 0.40 % a cargo de W. W. todos del monto del juicio y con el IVA que correspondiere, por la labor desarrollada en esta Alzada (art. 14 del Arancel).----------Por ello, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut,----------

----------*R E S U E L V E*----------

------1°) **CONFIRMAR** la sentencia interlocutoria de fecha 12 de febrero de 2009 (fs. 389/393).----------

------2°) **IMPONER** las costas en esta instancia a cargo de N. W., E. W., M. L. W., N. W., Wilred W., E. M. y S. M. (art. 68, CPCC), regulándose los honorarios de la Dra. C. M. L. enel 1,05 %, de la Dra A. A. en el 0.40 % los que estarán a cargo de E. M. y S. M., los del Dr. L. A. R. en el 0.40 % a cargo de N. W., los del Dr. H. L. C. en el 0.40 % a cargo de M. L. W. y comom patrocinante de la Dra. L. V. en el 0.40 % a cargo de W. W. todos del monto del juicio y con el IVA que correspondiere, por la labor desarrollada en esta Alzada (art. 14 de la Ley Nº 2200).----------

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

-------La presente resolución se dicta con dos Jueces de Cámara por encontrarse vacante una vocalía y haberse alcanzado la mayoría (arts. 8 y 9 Ley Nº 1.130 y 161 último párrafo de CPCC, texto según ley Nº 4.550.----

JORGE LUIS FRÜCHTENICHT GÜNTHER ENRIQUE FLASS

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2009 DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS CANO. CONSTE.-

Norma Marrero
Secretaria