Esquel, de febrero del 2010.-

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

--------Los recursos de apelación interpuestos a fs. 36 por el Dr. R. A. V. en su propio derecho y a fs. 41, por el Dr. G. M. M. en representación del Sr. A. N., ambos contra la resolución de fecha 6 de agosto de 2009 (fs. 34/35) y que fueran concedidos a fs. 37 y 45 respectivamente.; y----------

--------**CONSIDERANDO**:----------

--------1.- ***Al recurso del Dr. R. A. V.*****:----------**

--------El recurrente apela la regulación de sus honorarios por considerarlos bajos.----------

--------El *a quo* al establecer los emolumentos lo hace teniendo en cuenta que se trata de una simple incidencia y valorando el mérito de la labor desarrollada, la actuación por derecho propio, el resultado obtenido y el mínimo legal (arts. 5, 7, 8, 11, 32 y 46 de la Ley XIII Nº 4 -anterior Dto. Ley Nº 2.200-), todo lo cual este cuerpo considera correcto.----------

--------Asimismo entendemos que no se ha afectado garantía constitucional alguna, ya que –estimamos– se ha tenido en cuenta pautas expresamente previstas en los regímenes respectivos y que pueden ser evaluadas por los jueces con un razonable margen de discrecionalidad, tales como la naturaleza y complejidad del asunto, mérito de la labor desarrollada, calidad, eficacia y extensión del trabajo, entre otros aspectos.----------

--------Sentado ello y efectuados los cálculos pertinentes en base a la normativa señalada y teniendo en cuenta las pautas arancelarias del art. 5 de la citada ley, los mínimos legales, la actuación en proceso propio y atendiendo a la vinculación de la incidencia resuelta con la solución definitiva del caso principal, (arts. 32 7, 8 y 11 y 46 de la ley arancelaria), resulta que, contrariamente a lo señalado por el quejoso, el monto regulado se ajusta a derecho y debe ser confirmado.----------

--------2.- ***Al recurso del Dr. G. M. M.*****:----------**

--------Luego de realizar una pormenorizada síntesis de los sucesos acaecidos en presentes actuaciones, se explaya holgadamente sobre los agravios que la sentencia en crisis le acarrea y sintetiza los mismos en los

siguientes puntos: 1) Omisión del tratamiento de cuestiones relevantes planteadas y reconocidas por las partes y 2) Omisión de proveer la prueba ofrecida en respaldo. Cita jurisprudencia y acompaña prueba documental. Pretende producir prueba informativa ante esta Alzada y pide *"libramiento de Oficio al I.N.A.I. a fin de que informe sobre los puntos ofrecidos por esta parte a fs. 20/22"*. Hace reserva del Caso Federal y solicita se haga lugar al levantamiento del embargo preventivo ordenado sobre el Lote *** de la Colonia Pastoril Cushamen.----------

--------Resumidas así, en sus aspectos fundamentales, las críticas vertidas por el recurrente, pasará este Cuerpo al análisis de las mismas a los efectos de determinar si corresponde o no acoger sus requerimientos----------

--------Por ser liminar debemos resolver primero el agravio ***"2) Omisión de proveer la prueba ofrecida en respaldo"***. ----------

--------En su escrito de de fs. 20/21, el Sr. A. N. se presenta, informa su condición de poblador mapuche y la naturaleza ancestral de las tierras embargadas. Conjuntamente ofrece como prueba oficio al I.N.A.I. a fin de que informe sobre dichas circunstancias (Pto. III .- PRUEBA. fs. 21). Finalmente solicita levantamiento de embargo.----------

--------A fs. 29/30 el Sr. A. N. contesta traslado; aduce publicidad y notoriedad de sus afirmaciones; explica que la existencia de dominios individuales no obsta a su pertenencia a la comunidad; pretende que se tenga por conforme a la contraparte respecto a su condición de mapuche, pertenencia a la Comunidad Cushamen y carácter ancestral de las tierras por no haber sido todo ello objeto de negativa expresa; reitera pedido de levantamiento de embargo.----------

--------A fs. 32 reitera lo peticionado a fs. 29/30 y solicita se resuelva el planteo de fs, 20/22 sin especificar a cuales de todas las pretensiones incoadas en tales escritos se refiere. En concreto, no queda claro si pretendía se ordene la producción de la prueba ofrecida o si por el contrario, solicitaba directamente se resuelva el levantamiento de embargo.----------

--------. A fs. 33 el Sr. Juez a quo ordena "Autos para resolver" sin que tal decreto fuera objetado por el recurrente.----------

--------El agravio en cuestión – omisión a proveer prueba- es un planteo nulidicente, ínsito en un recurso de apelación. Uno de los requisitos

necesarios para la procedencia de la nulidad es que quien la invoca no haya dado lugar a ella ni la haya consentido. Ahora bien, si el recurrente pide se resuelvan sus pretensiones de fs. 20/22 y fs. 29/30 donde, entre otras cosas solicitaba levantamiento de embargo y si omite impugnar el llamamiento de "autos para resolver", debe tenérselo por conforme con el error procesal que hoy aduce y – paralelamente – debe rechazarse su pretensión nulidicente. El agravio en cuestión debe ser desestimado.----------

--------Es necesario ahora expedirnos sobre la pretensión de producir prueba informativa en esta instancia. El recurso de apelación fue concedido en relación (fs. 45) sin que el recurrente impugnara la forma de concesión que tampoco merece objeción alguna en esta Alzada. Como consecuencias de lo dicho, tiene plena regencia la prohibición del art. 278 del C.P.C.C. 2º parr. en cuanto veda la posibilidad de apertura a prueba en la segunda instancia cuando el recurso sea concedido en relación. Lo expuesto nos lleva a rechazar la pretensión de la recurrente.----------

--------Corresponde ahora atender al agravio que la recurrente identifica como ***"1) Omisión del tratamiento de cuestiones relevantes planteadas y reconocidas por las partes"***. Se queja el Sr. N. de que el fallo recurrido no haya tenido en cuenta su condición de mapuche, su pertenencia a la comunidad Cushamen ni la ocupación ancestral de tierras por parte de dicha comunidad. Sostiene que la contraparte ha reconocido tales extremos al no negarlos expresamente. En definitiva, insiste en el levantamiento de embargo, citando jurisprudencia e invocando el precedente *"B. C. S.A. c/ A., M. s/ Ejecución hipotecaria"* resuelto en esta misma jurisdicción.----------

--------De las presentes actuaciones, surge a fs. 12/14 que se ha trabado embargo sobre un inmueble identificado como Lote *** de la colonia Pastoril Cushamen, departamento de Cushamen, de la Provincia de Chubut con una superficie de 624 ha. e inscripto bajo el Tomo Nº 300 Fº 239 Finca 56283, del cual el registro de la Propiedad Inmueble ha tomado nota en forma provisional, de conformidad con el art. 9º inc. b de la Ley 17801 (fs. 15 vta.). Asimismo se desprende del título de propiedad adjuntado a fs. 25/26 y vta. y de las constancias de fs. 22/26 y vta. de los autos caratulados: *"N., J. s/Sucesión ab-intestato"* (Expte. Nº 427/222/1986) que mediante

Decreto Nº 1618 de fecha 26 de septiembre de 1974, dicho inmueble ha sido acordado al Sr. J. N..----------

--------Nada hay en las constancias de auto - ni tampoco en juicio sucesorio antes mencionado - que exteriorice la condición de poblador mapuche invocada por el recurrente en el punto I. de fs. 20 de las presentes actuaciones. El título de propiedad adjuntado a fs. 25/26 vta. tampoco contiene ninguna salvedad que pueda hacer presumir el carácter ancestral del inmueble.----------

------Pretende el recurrente que se considere público y notorio el carácter ancestral del dominio, su ascendencia aborigen y su pertenencia a la Comunidad Cushamen. Tal pretensión es improcedente. A esta Alzada no le constan esos extremos ni tienen ellos la suficiente difusión como para ser considerados públicos y notorios. Dice Devis Echandía *"Si el juez no tiene certeza acerca de la notoriedad del hecho, entendida de esa manera, debe rechazarlo, a menos que aparezca demostrado por los medios de prueba que la ley permite utilizar para ello" (Devis Echandía, Hernando " Teoría general de la prueba judicial" Zavalía Buenos Aires. 1970 pag. 230/231)* Por otro lado, no podemos soslayar que el art. 11 Ley 23.302, al declarar la inembargabilidad e inejecutabilidad de las tierras adjudicadas conforme a dicha norma, manda expresamente que *"En los títulos respectivos se hará constar la prohibición de enajenación durante un plazo de veinte años a contar de la fecha de su otorgamiento".* No puede este Tribunal tener por acreditado indiciariamente lo que la ley manda sea objeto de registración expresa.----------

--------Todo lo dicho nos lleva a coincidir con el Sr. Juez a quo respecto a la improcedencia del levantamiento de embargo.----------

--------No desconocemos la protección que hacia los pueblos originarios contienen las leyes nacionales Nº 23302 y 24071 -normativa ésta que recepta los principios constitucionales consagrados en el art. 75 inc. 17- ni los Tratados Internacionales sobre los Derechos Aborígenes (Convenio Nº 169 OIT). Sin embargo nada exonera a quien se pretende alcanzado por ellas, de demostrar los extremos necesarios a tal fin. En concreto, ha de acreditarse que el dominio ha sido adjudicado en las condiciones previstas por el Título IV de Ley 23.302. ----------

--------*Obiter dicta*, si bien la Constitución Nacional reconoce la

preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, y el art. 11 de la Ley 23302 declara la inembargabilidad de los inmuebles que en posesión o propiedad pertenezcan a estos grupos, es menester exigir a dichas comunidades la respectiva inscripción en los registros pertinentes del orden nacional o provincial y ninguna prueba se ha rendido a este respecto que permita tener por tal a la comunidad mapuche – tehuelche Cushamen.----------

--------Observamos que el recurrente invoca la existencia de un caso similar al presente y que habría sido resuelto en forma distinta (*"B. C. S.A. c/A., M. s/ Ejecución Prendaria"*. Expte. Nº 1009/338/1996). Se trata de un caso sustancialmente distinto pues si bien en él se suspendió una subasta, dicha decisión obedeció a que en la publicación del edicto de remate (fs. 108) se consignó erróneamente la ubicación territorial del predio en cuestión (decreto de fs. 116).----------

--------Resta referirnos al supuesto reconocimiento que la contraparte habría hecho al omitir negar expresamente los extremos invocados por el recurrente.----------

--------En el escrito de fs. 27 puede leerse textualmente *"…Por otra parte es absolutamente* ***falso*** *que dicha ocupación le corresponda a Comunidad Aborigen alguna!!!!!!!!!!, pues no lo es, sino que la propiedad en si posee un título de propiedad que data del año 1974 en donde no existe reserva alguna para no cumplir con las deudas de los acreedores, so pretexto de ser poblador mapuche"*. Es evidente que la contraparte ha negado que las tierras en cuestión pertenezcan a comunidad aborigen alguna y ha negado que el título individual de propiedad evidencie relación con alguna ocupación ancestral. Bajo ningún punto de vistas puede tenérselo por conforme con las afirmaciones del recurrente siendo que no hay formas sacramentales para proceder a la negativa en cuestión. Lo único que – quizás - la contraparte no negó expresamente, es la condición de mapuche del Sr. N. ni su pertenencia a la comunidad Cushamen, pero es que el hecho de ser mapuche y pertenecer a una comunidad aborigen, no se erige en un privilegio de cuna ni en una inmunidad absoluta para repeler cualquier embargo de bienes, ello no surge ni de las leyes n°23.302, 24.071 ni del Convenio OIT n°169, es más, una hermenéutica de esta naturaleza atentaría contra la finalidad de integrar a los aborígenes en el proceso

socioeconómico y cultural de la Nación que consagra el art. 1° Ley 23.302 y el art. 2° inc. “c” de ley 24.071.----------

--------Atento a como ha quedado resuelta la cuestión, las costas de esta instancia deberán imponerse al apelante vencido en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 69 CPCC –Ley XIII Nº 5–), regulando los honorarios del Dr. R. A. V. en la suma de pesos setenta ($70) y los del Dr. G. M. M. en la suma de pesos cincuenta ($ 50) por la labor desarrollada 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 resolución de fs. 34/35, por las consideraciones expuestas precedentemente.----------

--------2º) ***IMPONER*** las costas de esta instancia al apelante vencido en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 69 CPCC –Ley XIII Nº 5–) y regular los honorarios de los Dres. R. A. V. y G. M. M. en la suma de pesos setenta ($70) y pesos cincuenta ($ 50) respectivamente, por la labor desarrollada en esta Alzada.----------***3º) TÉNGASE PRESENTE*** la reserva del caso federal ----------

4°)REGÍSTRESE**,** notifíquese y devuélvase.----------

La presente resolución se dicta con dos Jueces de Cámara por encontrarse vacante un cargo de Juez de Cámara y haberse alcanzado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V Nº 17 –D.J.P.–).----------

GÜNTHER ENRIQUE FLASS JORGE LUIS FRÜCHTENICHT

REGISTRADA BAJO EL N° CANO DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS DEL AÑO 2010. CONSTE.-

Norma Marrero

Secretaria