NEUQUEN, 1 de agosto del año 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"BREZNIW VALENTIN NICOLAS C/ DEL COL CLAUDIO ALEJANDRO Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE PARTICULARES"**, (**JNQCI6 EXP** N° **507550/2015**) y su acumulado "**DEL COL JORGE DAVID Y OTRO C/ BREZNIW VALENTIN NICOLAS S/ PRESCRIPCION" (EXPTE. JNQCI6 508826/2015)**, venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. Patricia **CLERICI dijo:**

I.- Los litigantes Claudio Alejandro Del Col y Jorge David Del Col interpusieron recurso de apelación contra la sentencia de fs. 321/327, que hace lugar a la demanda planteada en expediente n° 508.826/2015, declarando operada, a partir del año 1988, la prescripción adquisitiva a favor de los actores, de la superficie de 24,80 m2 del inmueble identificado con Matrícula 684; y rechaza la demanda interpuesta en expediente n° 507.550/2015, con costas en ambos procesos en el orden causado.

a) Los recurrentes se agravian por la imposición de las costas procesales.

Dicen que de la lectura del fallo de primera instancia surge que los apelantes han resultado vencedores en todos los planteos y acciones introducidas.

Siguen diciendo que frente a la acción de daños y perjuicios promovida por el señor Brezniw, los recurrentes opusieron excepción de prescripción liberatoria, en tanto se sindicó como hecho dañoso –ya no cuestionado- el avance de la edificación de los hermanos Del Col sobre el terreno adquirido

por el reclamante; hecho que debe situarse temporalmente, en forma ineludible, en el año de edificación, o sea en 1968.

Destaca que como fundamento de la excepción se dijo que el avance era ostensible, que resultaba de las técnicas constructivas de la época, que jamás existió oposición de los sucesivos titulares linderos, y que debió ser conocido por el señor Brezniw, obrando con diligencia.

Señala que los señores Del Col inician acción de prescripción adquisitiva respecto de la porción de terreno ocupada por la edificación del inmueble.

Afirma que la a quo, en su sentencia, trata únicamente la procedencia de la acción de prescripción adquisitiva, y no se explaya sobre los motivos que la llevaron a imponer las costas por su orden.

Recuerda que tal omisión está sancionada con la nulidad por el art. 68 del CPCyC.

Realiza consideraciones sobre el devenir del proceso.

b) El señor Brezniw contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 343/vta.

Dice que, conforme lo señala la jueza de grado, las costas se impusieron en el orden causado por las particularidades del caso. Agrega que las causales de exención de costas al vencido quedan libradas, en cuanto a su apreciación, al prudente arbitrio judicial.

Cita jurisprudencia.

Sostiene que de no haber planteado el señor Brezniw la acción de daños y perjuicios, los señores Del Col jamás hubieran iniciado la acción de prescripción adquisitiva.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación de autos, adelanto opinión respecto a que se ha de confirmar la decisión de la jueza de grado.

En primer lugar, señalo que la jueza de grado ha fundado su decisión de distribuir las costas en el orden causado, en ambos procesos, en las particularidades de los hechos y en los antecedentes del caso, por lo que la manda del art. 68 del CPCyC se encuentra respetada. De ello se sigue que no existen elementos que permitan sustentar la nulidad reclamada por los recurrentes.

Quizás la fundamentación sea escueta, pero no es inexistente.

Y, además, se entiende claramente por qué la jueza ha decidido como lo hizo.

Si bien es cierto que los recurrentes resultaron ganadores en la acción por prescripción adquisitiva, y que ello motivó el rechazo de la demanda por daños y perjuicios instada en su contra, no pueden pasarse por alto los antecedentes del caso, y la conducta de las partes.

En efecto, habiendo iniciado el señor Valentín Brezniw una acción de daños y perjuicios contra los señores Del Col por invasión de parte del terreno de su propiedad con la edificación de propiedad de los señores Del Col; éstos reconocen la invasión denunciada, oponen excepción de prescripción de la acción indemnizatoria y anuncian que han de promover acción de prescripción adquisitiva respecto de la franja de terreno ocupada por fuera de los límites de su propiedad, lo que finalmente hacen.

Destaco, a lo fines de la resolución del recurso, que la invasión de terreno denunciada por el señor Brezniw existió, y no solamente fue reconocida por los señores Del

Col, sino que también fue probada a través del informe pericial técnico.

Luego, esta invasión no es solamente por parte de la zapata, sino de toda la medianera, conforme surge del informe pericial. En otras palabras, y más allá de las técnicas constructivas de la época, lisa y llanamente se construyó la pared medianera, o parte de ella, sobre terreno ajeno.

Luego, considero que razonablemente puede entenderse que el señor Brezniw tomó conocimiento de la invasión en la fecha que denuncia, en tanto a simple vista, y sin perjuicio de los años que lleva construido el edificio de los señores Del Col, no puede conocerse a ciencia cierta si la medianera avanzaba o no sobre el terreno del señor Brezniw.

Finalmente, y tal como se destaca en la contestación de la expresión de agravios, de no haber mediado la acción del señor Brezniw no se hubiera planteado la acción de prescripción adquisitiva, y ella se planteó no obstante que las partes pudieron haber solucionado la controversia en forma extrajudicial, y tal vez de un modo más justo.

En estos términos entiendo que la distribución de las costas de ambos procesos en el orden causado es correcta, en tanto más allá de su condición de vencido, no encuentro que corresponda cargar al señor Brezniw con las costas de los litigios, ya que la inacción de los señores Del Col pudo llevar al primero a considerar que tenía derecho para litigar.

Pablo M. Gómez, con cita de Alsina, señala que, en un principio, las costas eran consideradas como una pena para el litigante temerario que promovía o se oponía al juicio sin razón fundada, como decían las Partidas. Pero más tarde se observa que el solo hecho del vencimiento no supone mala fe en el litigante, ya que puede haber creído justa su demanda o su

resistencia, y entonces se estima que ha de dejarse librado a la apreciación subjetiva del juez, el grado de temeridad que ha de servir de base para la imposición de las costas, lo cual no siempre resulta posible. Por otra parte, sigue diciendo el autor citado, la aplicación estricta de este principio, llevaría a la conclusión de que el vencido que ha obrado de buena fe debe ser eximido en costas y el vencedor, no obstante tener la razón, debe pagar sus propios gastos. Y agrega, *"Chiovenda lo explica en poquísimas palabras: en sus orígenes, el derecho procesal no tiene condena en las costas sino para los litigantes de mala fe; posteriormente, se pasa por un período intermedio, en el cual, no viéndose la naturaleza exacta de la institución, se aplican principios propios del derecho civil (la culpa) a la condena en costas; después se llega a la condena absoluta"* (cfr. aut. cit., "Costas Procesales (Parte I)", LL AR/DOC/6192/2013).

El art. 68 del CPCyC adoptó el criterio objetivo de la derrota como principio general, si bien no con carácter absoluto, ya que la propia ley procesal contempla diversas excepciones, algunas impuestas expresamente, y otras libradas al arbitrio judicial.

Liliana N. Picón sostiene que, dentro de este margen de arbitrio judicial, el juez puede imponer las costas por su orden, *"decisión que no implica eximir de esta carga a las partes u omitir la regulación de honorarios, sino que tanto éstos como los gastos serán soportados por ambas partes, en la medida de cada uno de sus esfuerzos, lo que significará que cada litigante cargue con sus costas, con las que su actuación generó, y comparta, por mitades, aquellas que resultaron comunes.*

"La eximición de costas que contempla el párr. 2° del art. 68 procede, en general, cuando el sentenciante considera que han mediado razones atendibles para litigar,

justificación que podría encontrarse en los supuestos en los cuales, debido a las particularidades del reclamo, el vencido pudo haber actuado en la convicción que le asistía derecho en el litigio. Pero tal apartamiento de la regla general tendrá lugar únicamente ante la presencia de circunstancias objetivas que demuestren la concurrencia de una real justificación, y no de una mera creencia subjetiva para litigar" (cfr. aut. cit., "A propósito de las costas procesales", LL 0003/402080).

La jurisprudencia, en general, se atiene a este criterio de la razón para litigar a la hora de distribuir las costas en el orden causado. Así, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal ha dicho que si la conducta adoptada por el contribuyente en sede administrativa pudo razonablemente llevar al fisco a dictar las determinaciones tributarias cuestionadas, resulta suficiente para considerar que la distribución de las costas por su orden resulta ajustada a derecho (Sala V, "Frigorífico Litoral Argentino S.A. c/ Dirección General Impositiva", 26/6/2018, LL AR/JUR/37521/2018).

De igual modo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial resolvió que las costas por su orden en una acción en la que se ordenó la conversión a moneda extranjera para proceder al pago deben confirmarse, pues, si bien la demandada debe abonar la diferencia de cotización por la demora en la conversión, podía creerse con derecho a oponer la excepción de pago y solicitar el levantamiento del embargo, en tanto ello se ajustaba a su liquidación (Sala B, "Carvajal c/ Fideicomiso La Prensa Madero Nuevo", 30/6/2017, LL AR/JUR/42312/2017).

Por su parte el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba sostuvo que las costas deben ser impuestas por su orden, ya que, aun cuando su pretensión de fondo fue rechazada, los actores demandaron el pago de

diferencias de haberes, con sustento en un acta de compromiso, que unida a la naturaleza alimentaria de las remuneraciones pretendidas, pudieron inducirlos a creerse con un verdadero y legítimo derecho a litigar (Sala Contenciosoadministrativa, "Cuevas c/ Municipalidad de Villa del Rosario", 2/9/2016, LL AR/JUR/70678/2016).

Similar criterio, aludiendo al convencimiento de la procedencia del planteo formulado, fundado en hechos objetivos de la causa, ha exhibido el Tribunal Superior de Justicia local en autos "Ripiera del Sur S.A. c/ Provincia del Neuquén" (R.I. n° 568/2016, de fecha 14/11/2016, del registro de la Secretaría de Demandas Orignarias).

Conforme se reseñara al comienzo de este voto, en autos existen aquellos elementos o hechos objetivos, plasmados en las constancias de la causa –principalmente el reconocimiento de la invasión y el devenir temporal de las acciones-, que habilitan a considerar que el señor Brezniw razonablemente pudo creerse con derecho a litigar como lo hizo.

Se confirma entonces, tal como se adelantó, la imposición de costas en el orden causado.

III.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de autos y confirmar el resolutorio recurrido.

Las costas por la actuación en la presente instancia, y en el convencimiento que los recurrentes tuvieron una creencia legítima respecto a que les asistía razón en su planteo recursivo, dado su condición de gananciosos en sendos procesos, se imponen en el orden causado (art. 68, 2da. parte, CPCyC).

A fin de proceder a la regulación de los honorarios por la labor ante la Alzada, por aplicación de los

principios generales en materia de honorarios profesionales, la base regulatoria debe estar circunscripta al interés económico comprometido en la apelación, ya que de otro modo, la regulación podría ser injusta por desproporcionada.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que los jueces deben expedirse sobre la base regulatoria, es decir, determinar la sustancia económica del litigio y no limitarse a formular manifestaciones genéricas prescindiendo del valor intrínseco de la tarea cumplida y de las modalidades relevantes del pleito ("Fox c/ Siderca S.A.C.I.", 28/7/2005, Fallos 328:2725).

También ha sostenido la Corte Suprema que la regulación que ella efectúa no está determinada por los honorarios fijados en las etapas anteriores, sino por el monto disputado ante sus estrados; y que los porcentajes previstos en el art. 14 de la ley 21.839 –norma similar al art. 15 de la ley 1.594- para la regulación por las actuaciones en la Alzada aparecen referidos a la cantidad que "deba fijarse" para los honorarios de primera instancia, y no a los que, en concreto, se hayan fijado (cfr. "Vigo Ochoa c/ Encotel", 23/10/1986; Fallos 326:4351, citados por Amadeo, José Luis, "Honorarios de abogados (jurisprudencia de la Corte Suprema)", JA 2005-II, pág. 1.433).

El cuestionamiento respecto de la sentencia de primera instancia se limitó a la distribución de las costas del proceso.

Ello determina que aplicar la escala prevista en el art. 15 de la ley 1.594 tomando como base los honorarios que se liquiden en primera instancia, resulta injusto por desproporcionado, en tanto el interés económico en juego en la instancia de grado es sensiblemente superior al involucrado en la segunda instancia.

Consecuentemente, siguiendo los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, he de tomar como base regulatoria para fijar los honorarios por la actuación ante la Alzada el total de las costas procesales (honorarios y tasas y contribuciones) correspondientes a sendos procesos, sin intereses, y sobre esa base regulo los honorarios de los letrados que intervinieron en segunda instancia, en el 1,8% para el Dr....., 4,8% en conjunto para los Dres.... y ...., y 4,8% para la Dra. .... (art. 15, ley 1.594).

El Dr. José I. **NOACCO dijo:**

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, **esta Sala II**

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia de fs.321/327 en todo lo que ha sido materia de recurso y agravios.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia en el orden causado (art. 68, 2da. parte, CPCyC).

III.- Regular los honorarios de los letrados que intervinieron en segunda instancia de conformidad a lo establecido en los Considerandos, en el 1,8% para el Dr....., 4,8% en conjunto para los Dres. .... y ....., y 4,8% para la Dra..... (art. 15, ley 1.594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

DRA. PATRICIA M. CLERICI - DR. JOSE I. NOACCO

Dra. MICAELA S. ROSALES - Secretaria