

//tencia No. 155

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR JORGE T. LARRIEUX RODRÍGUEZ

Montevideo, veintiuno de mayo de dos mil quince

VISTOS:

Para sentencia estos autos caratulados: "R., H. A. Y OTRO C/ SUCESTORES DE H. A. O. - POSESIÓN NOTORIA DE ESTADO CIVIL DE HIJO NATURAL - CASACIÓN", IUE: 301-501/2006.

RESULTANDO:

I.- Por Sentencia No 138 dictada el 21 de noviembre de 2012 por el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Paysandú de 3er. Turno, se declaró a H. A. R. hijo habido fuera del matrimonio de H. A. O. M., por posesión notoria de dicho estado civil. En mérito a ello se hizo lugar a la petición de herencia del fallecido padre natural (fs. 527/554).

II.- La Sentencia Definitiva de Segunda Instancia SEF-0011-000012/2014 dictada el 5 de febrero de 2014 por el Tribunal de Apelaciones de Familia de 2do. Turno, revocó la sentencia impugnada, por decaimiento superviniente del derecho de accionar (fs. 643/645).

III.- A fs. 704 y ss., la representante del difunto actor Sr. H. A. R. (art. 44 del C.G.P.) y del Sr. E. F. M., interpuso recurso de casación.

En síntesis expresó:

- La Sala incurrió en error de procedimiento esencial para la garantía del debido proceso y error de derecho que determinó la parte dispositiva de la impugnada (arts. 11, 34.2 y 35 del C.G.P. y art. 157 de la Ley No. 15.750).

- En cuanto a su legitimación, señalaron que E. F. se encontraba tramitando el Reconocimiento de la Unión Concubinaria que lo unió al actor, por lo que de obtener sentencia favorable, éste heredaría la cuota parte que le hubiera correspondido al actor como hijo natural declarado de H. O. .

Por su parte, la abogada señaló que su legitimación procesal se fundaba en que el actor le había conferido representación judicial en los términos del art. 44 del C.G.P., representación admitida por el Tribunal, quien le confirió vista del fallecimiento del Sr. R. en calidad de representante procesal del actor, lo que cumplió. Legitimación que fue admitida por el Tribunal y no cuestionada por la contraparte.

Como motivación del recurso, afirmó que era su obligación interponerlo con el fin de resguardar su responsabilidad profesional, el derecho de quien fuera su cliente y de quienes pudieran

eventualmente sucederlo.

- Existió error de procedimiento. Al estar los autos en estado de dictarse la sentencia al momento del fallecimiento del actor, se debió seguir el proceso con la representante procesal compareciente, cuando además, nadie se había opuesto a ello en su momento.

Ello surgía de la redacción anterior del art. 35 del C.G.P. aplicable al caso, que en su inciso segundo establecía que la contraparte podía solicitar el emplazamiento de los sucesores, sin necesidad de trámite sucesorio, procediéndose en la forma prevista en la demanda y con las mismas consecuencias, debiendo quedar mientras tanto el proceso suspendido, salvo si los autos se encontraban en estado de dictar sentencia, en cuyo caso la suspensión se producirá después de pronunciada.

El Tribunal debió dictar la sentencia de segunda instancia resolviendo el fondo del asunto y continuar el proceso con la representación de la profesional firmante.

- En cuanto al error de derecho, el Tribunal debió aplicar al caso los arts. 34 y 35 del C.G.P. en su redacción anterior, lo que implicaba que al estar los autos en estado de dictar sentencia, el proceso no se podía detener, dado que el

hecho del fallecimiento del actor en ese momento, era absolutamente irrelevante.

Además, el Tribunal había convalidado la actuación procesal de la profesional actuante, por lo que al momento de valorar la muerte de la parte, también debió estimar si ésta actuó por representante, pues ello tornaba que su fallecimiento no suspendía el curso del procedimiento, el que debía continuar hasta que se apersonare parte o representante legítimo (art. 34.2 del C.G.P.).

- El Tribunal, a pesar de tomar conocimiento del fallecimiento del actor, igualmente reconoció, como representante del mismo, a la profesional compareciente, aunque no aplicó las consecuencias del art. 34.2 en la redacción anterior ni consideró el art. 35.1 inc. 3 de la Ley No. 19.090 que recoge una solución similar, sin distinguir la naturaleza del derecho ejercido.

De acuerdo a lo dispuesto por los arts. 34.2 y 35 del C.G.P. (en su redacción anterior) al estar la parte actuando por representante y estando el proceso para dictarse sentencia, el juicio no debió ser suspendido, sino hasta después de pronunciada la misma, como si nada hubiera ocurrido.

- En cuanto al argumento del Tribunal que al ser la acción de posesión de estado

civil de hijo natural de carácter personalísimo, no se podía continuar por hecho superviniente, resultaba erróneo, en la medida que la manifiesta voluntad del actor no se extinguía con la muerte sino que subsistía.

Habiendo obtenido una sentencia de primera instancia amparando las pretensiones, ninguna persona podría impedir que se prosiguiera con el encargo de una voluntad ya expresada por el causante, porque ambos derechos ya habían ingresado a su patrimonio e integraban actualmente su acervo.

La sentencia impugnada, vulneró normas de procedimiento, cuando el juicio debió continuar por imperio de las normas citadas. Pero además, violentó el principio de igualdad de las partes, porque si era que no podía continuar, como se explica que se continuara a favor de los demandados "revocando la sentencia".

Se vulneró el derecho de los posibles herederos del causante, al patrimonio del cual ya había ingresado su derecho mediante la configuración de los elementos que lo hacen merecedor de la declaración de hijo natural por posesión notoria, el cual ya había sido declarado judicialmente, y había obtenido una sentencia favorable a su acción de petición de herencia.

- A favor de la

transmisibilidad de derechos de este tipo se encuentra la gran parte de la doctrina uruguaya, en tanto, si medió una decisión de persona interesada, no hay quién pueda modificar ese derecho, ni la muerte puede dar término a esa voluntad.

- El actor había ejercitado sus derechos de naturaleza estrictamente personales, por lo que nadie más que él podía apreciar si estaba en condiciones o no de iniciar la acción reclamando sus derechos, y ejercitar su voluntad, por lo que su decisión y sus consecuencias se proyectan a sus herederos.

Los derechos ejercitados y obtenidos por el difunto pasan a sus herederos en virtud de las reglas que regulan la sucesión hereditaria.

- En definitiva, la representante solicitó que, previa vista Fiscal, se case la sentencia por vicio de forma y de fondo, dictando la que por derecho corresponda.

IV.- Conferido traslado del recurso (fs. 716), fue evacuado por la parte demandada quien abogó por el rechazo del recurso interpuesto (fs. 865/885). Por su parte, la Defensora de Oficio de los emplazados a estar a derecho en este proceso, abogó por la confirmatoria en todos sus términos de la sentencia dictada por el Tribunal (fs. 886/893).

V.- Elevados y recibos los autos (fs. 900/901), se confirió vista al Sr. Fiscal de Corte (fs. 938), quien dictaminó aconsejando casar la sentencia impugnada (fs. 939/940 vto.).

VI.- Previo pasaje a estudio, se acordó sentencia en forma legal y oportuna.

CONSIDERANDO:

I.- La Suprema Corte de Justicia, por mayoría, hará lugar al recurso de casación interpuesto, y reenviará la causa al Tribunal subrogante a efectos de que continúe los procedimientos.

II.- Liminarmente, en cuanto a la calidad de representante procesal de la letrado patrocinante del causante, la mayoría que suscribe el presente dispositivo, estiman que no cabe duda que surge debidamente acreditada, puesto que el causante le otorgó la representación judicial al amparo del art. 44 del C.G.P. (fs. 158 vto.), tal como fue relevado en el dictamen del Sr. Fiscal de Corte (fs. 939 vto.).

Siendo así, corresponde aplicar el art. 35.1 del C.G.P. inc. 3° en cuanto establece: *"El fallecimiento de la persona o personas que constituyen una parte no suspende el curso del procedimiento si esa parte actuaba por representante; el proceso continuará con éste hasta que se apersona parte o representante legítimo"*.

Y si bien H. R. siempre compareció por sí en todos los actos del proceso, no por ello podemos concluir que no tenía representante, en el bien entendido de que la representación judicial que le otorgó a su abogada patrocinante lo fue en debida forma, en un todo de acuerdo con el artículo 44 del C.G.P., por lo que, operados los extremos que la norma establece, el abogado queda investido de todas las facultades procesales, excepto las que implican disponer de los derechos sustanciales (Revista Uruguaya de Derecho Procesal, año 1996, No. 3, c. 434, pág. 513).

Cabe destacar, además, que en la especie, dicha representación fue expresamente avalada por el "ad quem", cuando a fs. 630, una vez denunciado el fallecimiento del actor (fs. 622), le confirió vista del dictamen del Ministerio Público a "la Sra. Representante del actor", quien en tal calidad, la evacuó a fs. 635, acto procesal que el Tribunal no sólo no observó, sino que lo tuvo por bueno, tal como fue consignado en la providencia de fs. 638, por la cual se tuvo "Por evacuada en tiempo y forma la vista conferida".

En consecuencia, corresponde sustanciar el recurso de casación presentado por la letrado patrocinante como representante procesal en ejercicio de las facultades conferidas por el art. 44

del C.G.P.

Con respecto al Sr. E. F., la unanimidad de la Corporación estima carece de legitimación, al no poder invocar su calidad de heredero del causante. En efecto, no obstante ser cierto que ejercitó pretensión de reconocimiento judicial de Unión Concubinaria, aún no se ha dictado la providencia que reconoce su existencia, lo que determina que no pueda accionar invocando tal calidad.

III.- En cuanto al mérito del asunto, coincidiendo con el dictamen del Sr. Fiscal de Corte en lo que dice relación con el artículo art. 35 del C.G.P., la mayoría considera que "*... la posesión notoria es una forma supletoria de acreditación del estado civil, y en el caso, los herederos del fallecido tienen interés en que se falle sobre el fondo del asunto*" (fs. 940).

En el caso, se trata de una acción de posesión notoria de estado civil de hijo natural que, a diferencia de la acción de investigación de la paternidad natural que sí tiene un carácter personalísimo, trata de obtener una declaración de que se ha operado un reconocimiento tácito (Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T. 34, c. 521, págs. 228/229), esto es, trata de determinar si existió o no la posesión notoria de hijo natural, más allá de cuál es la verdad

biológica (Anuario citado, T. 43, c. 207, pág. 302).

En tal sentido, Cestau expresa que *"... dado quien ejercita la acción por posesión notoria no tiende a crear judicialmente un estado civil sino a demostrar la existencia de su título de estado, la acción es imprescriptible, pudiéndose proponerla en cualquier momento, incluso después de fallecido el hijo"* (Derecho de Familia y Familia, Vol. II, Edición 1977, pág. 91).

Conforme señaló la Corporación en Sentencia No. 162/1997 y que fue citada por el Sr. Fiscal de Corte en su informe: *"No existe doctrinariamente discordancia en que la acción que persigue acreditar la posesión notoria de un determinado estado civil es transmisible a los herederos y a aquél a quien beneficiaría dicho estado (Irureta Goyena, Derecho de Familia, Tomo I, págs. 230 y ss.; Grompone, Reconocimiento tácito de hijos naturales, págs. 39, 40 y 99)"*.

En definitiva, la mayoría estima que la referida acción se transmite a los herederos y es acumulable a la acción de petición de herencia, tal como aconteció en autos.

En función de ello, corresponde aplicar rectamente el art. 35.1 del C.G.P. que preceptúa: *"Ocurrida la muerte o ausencia declarada*

de la parte que actúa por sí misma y salvo el caso relativo a derechos personalísimos, éste debe continuar con los sucesores, el cónyuge, si correspondiere, o el curador de la herencia yacente, en su caso..."

Al no haber dictado sentencia sobre el fondo y luego suspender el proceso para emplazar a los eventuales herederos del actor, el Tribunal incurrió en error *in procedendo* susceptible de ser corregido en la instancia casatoria, y conforme a lo establecido por el art. 277.2 del C.G.P. la Suprema Corte de Justicia "... anulará el fallo y remitirá el proceso al Tribunal que deba subrogar al que se pronunció, a fin de que continúe conociendo desde el punto en que se cometió la falta que dio lugar a la nulidad, sustanciándolo con arreglo a derecho".

Por los fundamentos expuestos, la Suprema Corte de Justicia por mayoría

FALLA:

HACIENDO LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO, REENVIANDO LA CAUSA AL TRIBUNAL SUBROGANTE A EFECTOS DE QUE CONTINÚEN LOS PROCEDIMIENTOS.

SIN ESPECIAL CONDENACIÓN PROCESAL.

PUBLÍQUESE Y OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVANSE.

DR. JORGE O. CHEDIAK GONZÁLEZ
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. JORGE T. LARRIEUX RODRÍGUEZ
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. FELIPE HOUNIE
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. JORGE RUIBAL PINO
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DISCORDE: POR CUANTO CON-
SIDERO QUE CORRESPONDE DE-
SESTIMAR EL RECURSO INTER-
PUESTO, EN TANTO SE OBSER-
VA QUE LOS RECURRENTES

CARECEN DE LEGITIMACIÓN ACTIVA.

I.- Liminarmente, cabe preci-
sar, por la relevancia decisiva que proyecta a fin de
elucidar la controversia instalada infolios, la
legitimación de los recurrentes.

En relación a la legitimación, en forma pacífica se ha sostenido que la legitimación en la causa, constituye un presupuesto de actuación de cualquier pretensión. Su existencia es normalmente objeto de análisis junto con el mérito de la causa, aunque resulta lógicamente anterior a éste.

Excepcionalmente, la Ley permite relevar la ausencia de este requisito entre las excepciones procesales que se juzgan en la etapa saneadora preliminar, pero sólo en aquellos casos en que la falta de titularidad activa de la relación sustancial objeto de controversia surja ostensiblemente, de manifiesto, de los propios términos de la demanda (art. 133.9 del C.G.P.) (cf. C.G.P. comentado por Vescovi y colaboradores, T. 3, págs. 394 y ss.), hipótesis excepcional que se verifica en el subexamine.

No obstante por tratarse la legitimación de un presupuesto procesal para el dictado de una sentencia eficaz, análisis previo al de fundabilidad de la pretensión constitutiva del objeto de la litis, se advierte de la prueba agregada y no controvertida en autos, que los recurrentes no poseen legitimación para interponer la impugnación.

En efecto, en atención a la legitimación en la causa, la misma es definida por la doctrina procesal como "... una aptitud que debe tener

el sujeto para que se le puedan imputar los efectos de los actos procesales y existe cuando se presenta cierta circunstancia extrínseca a su persona consistente en un vínculo entre ella y el objeto del proceso al que corresponde el acto procesal concreto, vínculo cuyas características varían según de qué Derecho Positivo y de qué clase de proceso se trate. Se trata de un requisito que 'legitima' (hace legítima) la intervención de un sujeto en una 'causa' (en un proceso jurisdiccional concreto). A diferencia de la capacidad no se trata de una circunstancia que forme parte de la naturaleza íntima del individuo, es un vínculo que se define entre un sujeto y el objeto del proceso concreto. La existencia de la legitimación en la causa dependerá del Derecho Procesal positivo y de la clase de sujeto de que se trate" (Abal, A., Derecho Procesal, T. I, F.C.U. págs. 215 s 218).

Al respecto es dable observar que el recurso de casación fue interpuesto, por la letrada patrocinante del extinto actor, quien alegó poseer facultades de "representación" en tanto el actor le había conferido representación judicial en los términos del art. 44 del C.G.P.

Posición con la que disiento, porque si bien el actor a fs. 158 vto. le confirió dicha representación, en los hechos nunca la

ejerció, al surgir de las actuaciones que en todas las comparecencias el actor actuó asistido por abogado, pero nunca representado como se alega.

En ese orden, el actor siempre actuó a título personal, firmando los escritos conjuntamente con su letrada patrocinante, incluso en la contestación de la apelación -su última intervención- el actor actuó personalmente firmando, por lo que no se puede decir que actuaba a través de representante cuando ocurrió la muerte.

El texto legal del art. 34.2 es claro y no deja lugar a dudas sobre el mecanismo aplicable en la hipótesis, máxime cuando el actor actuó en el proceso "por sí mismo", lo que impone descartar la acreditación de la legitimación y por ende la pretensa aplicación del art. 34.2 del Código General del Proceso, habida cuenta que si bien el causante le había conferido representación judicial a la profesional que lo patrocinaba (fs. 158 vto.), la misma nunca fue ejercida.

Sabido es que constituye un requisito de admisibilidad de todo recurso que el mismo sea deducido por quien tenga la legitimación a esos efectos, no obstante, tampoco le asiste razón a la recurrente, cuando en su escrito reconoce, que la representación otorgada es al amparo de la disposición del art. 44 del C.G.P., es decir una representación

meramente procesal, que no habilita a disponer de derechos personalísimos.

En suma, al carecer los promotores de legitimación activa, corresponde desestimar el recurso interpuesto, sin especial condena procesal.

DR. FERNANDO TOVAGLIARE ROMERO
SECRETARIO LETRADO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA