

REGISTRO N° 304

FOLIO N° 1187

*Sala Primera de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y
Comercial de Mar del Plata*

Expte. N° 127368.-

**Autos: "CAPRIA FRANCISCA C/ RODRÍGUEZ ALICIA Y OTROS S/
··TERCERIA DE DOMINIO".-**

En la ciudad de Mar del Plata, a los 14 días de Noviembre de 2013, habiéndose practicado oportunamente en esta Sala Primera de la Cámara de Apelación Civil y Comercial el sorteo prescripto por el artículo 263 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia, del cual resultó el siguiente orden de votación: **1º) Rubén Daniel Gérez**, **2º) Roberto José Lounstaunau**, y **3º) Pedro Domingo Valle** (art. 16 del Reglamento Interno de la Cámara), se reúnen los Señores Magistrados en Acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos **"CAPRIA FRANCISCA C/ RODRÍGUEZ ALICIA Y OTROS S/ TERCERÍA DE DOMINIO".-** Aceptadas que fueron las excusaciones formuladas a fs. 437 y 438 por los señores Jueces, Dres. Ramiro Rosales Cuello y Alfredo Eduardo Méndez, a mérito de las causales invocadas (arts. 17 inc. 7º, 30, 32 y ccddes. del CPr.)

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1º) ¿Es justa la sentencia obrante a fs. 257/61?

2º) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

**A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR.
RUBÉN DANIEL GÉREZ DIJO:**

I. Antecedentes:

A fs. 21/3 se presentó la Sra. Francisca Capria, con el patrocinio letrado del Dr. Norberto Andreatta, promoviendo tercería de dominio contra Alicia Rodríguez y Virginia Vázquez en su carácter de embargantes del inmueble de su propiedad.

Refiere que las demandadas trabaron embargo en los autos "Rodríguez, Alicia y Vázquez, Virginia s/ Incidente de ejecución de honorarios" sobre el inmueble nomenclatura catastral: Circ.I, Secc.A, Manz. 27, Parc. 10-a, partida 420.211. matrícula 167.122, que

fuera adquirido a las Sras. Martha Brezan y Andrea Fernanda Quadrini el 12 de marzo de 1994 según copia certificada de la escritura de dominio n°22 de la ciudad de La Plata, confeccionada por el notario Alfredo Mario Legnani.

Ofreció prueba y solicitó el oportuno levantamiento del embargo referido.

A fs.24 se ordena sustanciar la acción bajo las normas del proceso sumario.

A fs. 29/32 contestan la demanda las Dras. Alicia Rodríguez y Virginia Araceli Vázquez, reconocen el embargo trabado sobre el inmueble matrícula n°167.122 con el fin de garantizar el cobro de sus acreencias por honorarios, indicando que fue trabado sin que mediare objeción por parte del Registro de la Propiedad Inmueble, ni se mencionara reserva de prioridad alguna, ni preexistencia de ventas o bloqueos registrales. Citan jurisprudencia y doctrina que determinan la inoponibilidad a terceros de la adquisición del dominio no registrada. Solicitan la declaración de puro derecho, subsidiariamente ofrecen prueba y el oportuno rechazo de la tercería promovida.

A fs.42 el *a-quo* ordena correr el traslado dispuesto a fs.24 “*a los accionados del principal*” (sic).

A fs. 83 se declara la rebeldía de Martha Bressani de Quadrini y Juan Larripa y a fs. 91 la rebeldía de Gustavo Esteban Quadrini y Andrea Fernanda Quadrini.

A fs. 94 se abre la causa a prueba por el plazo de treinta (30) días, proveyéndose la oportunamente ofrecida a fs.97, obrando a fs.123/6 y a fs.141/4 la prueba informativa dirigida al Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires producida por ambas partes. A fs. 194/216 obra copia certificada del expediente que tramitara en el Juzgado Notarial N°32.737. A fs. 228 obra contestación del oficio librado al escribano Legnani.

A fs. 246/7 se encuentra glosado el certificado de término probatorio y resultado de la producción de prueba.

A fs.254 se llaman los autos para dictar sentencia.

II. La sentencia recurrida:

A fs. 257/61 dictó sentencia definitiva el Sr. Juez de Primera Instancia rechazando la tercería de dominio incoada por la actora, imponiendo las costas a esta

última en su calidad de vencida y difirió la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

Para así hacerlo, y luego de conceptualizar la acción promovida, destacó que resultaba relevante la prueba del dominio para decidir la cuestión. Y que debía considerarse como prueba completa la hipótesis de contar con: a) escritura pública; b) debidamente inscripta y c) tradición de la cosa.

Siguió con la transcripción de los arts. 577, 1184 y 2505 del Cód.Civ. Indicó que con la documentación acompañada y las demás pruebas ofrecidas y debidamente producidas (señalando la prueba informativa y testimonial), tenía acreditado los recaudos de escritura pública y tradición de la cosa. Pero no ocurría lo mismo con la debida inscripción registral de la escritura pública a los fines de su oponibilidad a terceros.

Puso de manifiesto que la escritura fue extendida el 12 de marzo de 1994 y la traba del embargo se efectivizó el 13 de abril de 1999; advirtiéndose del informe de dominio glosado a fs.123/6 que con fecha 6 de junio de 1994 se dejó constancia de una inscripción provisoria por parte del notario Legnani. Posteriormente, el 12 de septiembre de 1995 se deja constancia de una nueva inscripción provisional, que fuera dejada sin efecto con la nota de fecha 11 de abril del año 2000. Luego, aclaró, existen una serie de inscripciones provisionales que cronológicamente consignan las fechas: 14/03/2000, 05/09/2000, 20/02/2001, 03/09/2001 y 30/01/2002.

Resaltó que al momento de la inscripción del embargo (13/04/1999) no se encontraba vigente reserva, preexistencia de venta ni bloqueo registral alguno; no mediando objeción del registro al tiempo de anotar la medida cautelar.

Agregó que lo que “*bería de muerte*” a la pretensión se desprendía de la tramitación que llevara adelante la actora ante el Juzgado Notarial, donde reconoce que el escribano realizó extemporáneamente dos inscripciones provisionales sin lograr la inscripción definitiva.

Citando jurisprudencia en su apoyo, indicó que al faltar la inscripción no podía ejercitarse la tercería de dominio, pues el inmueble no habría salido del patrimonio del deudor, pudiendo los acreedores de éste proceder al embargo.

A modo de conclusión, expuso que no surgía demostrada la fecha en que el bien fue inscripto definitivamente a nombre de la tercera, por lo que mal puede prosperar el pedido de levantamiento de embargo.

III. Apelación de la actora:

A fs. 266 interpone la parte actora recurso de apelación contra el referido pronunciamiento, el cual es concedido libremente a fs. 267, expresando sus agravios a fs. 443/4, y contestado por las demandadas Dras. Alicia Rodríguez y Virginia Vázquez a fs. 449/51.

El apoderado de la actora indica, si bien brevemente, que se ha probado que se inscribió el dominio en forma provisoria, hecho éste conocido por las demandadas. Así las cosas, el tercer recaudo exigido por el *a-quo* se demostró y probó, si bien en forma imperfecta.

Destaca que no puede dejarse de lado por un sencillo formalismo, como entiende que es el perfeccionamiento de la inscripción de la escritura, un derecho como el de propiedad, el cual ha sido plenamente demostrado en estas actuaciones y resulta suficiente para que este Tribunal revoque la sentencia dictada haciendo lugar a al tercería de dominio.

IV. Contestación de las demandadas:

A fs. 449/51 contestan las demandadas la expresión de agravios de la parte actora.

Alegan que la posición esgrimida por el recurrente carece de todo respaldo legal y doctrinario, cerrando la inscripción el ciclo de constitución del derecho real sobre la propiedad. Por ello aquél no tendrá la eficacia erga omnes si no se inscribe.

Resaltan que al tiempo de inscribirse el embargo no existía ninguna publicidad vigente, ni prevención o anotación provisoria; y así se ha acreditado debidamente con las constancias de autos.

Citan jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que avala su postura y solicitan el rechazo del recurso con expresa imposición de costas.

V. Tratamiento de los agravios:

1) Cuestión preliminar – Debida integración de la litis:

Conforme lo manda el art. 101 del CPC, las tercerías se sustanciarán con quienes son partes en el proceso principal; consagrándose de tal forma una hipótesis de *litisconsorcio pasivo necesario* de origen legal (arg.art. 89 del CPC).

Así las cosas, el principal de esta tercería lo constituyen los autos “*Rodríguez, Alicia y Vázquez, Virginia Araceli s/ Incidente de Ejecución de honorarios*” – Expte.Nº64.716, que tengo a la vista, desde que a fs. 17 se trabara el embargo que pretende levantar la tercerista.

En tal ejecución, que tiene como base la regulación de honorarios efectuada a fs. 321 de los autos “*Bressani de Quadrini, Martha y otros c/ Larripa, Juan y otros s/ Daños y Perjuicios*” Expte.Nº50.843, que también tengo a la vista, a fs.8 las ejecutantes promovieron el incidente **únicamente** contra Martha Bressani de Quadrini, Andrea Fernanda Quadrini y Esteban Gustavo Quadrini. Vale aclarar que todos ellos fueron debidamente citados en la presente causa.

Resulta fácil advertir entonces que el demandado en el proceso de daños ***Juan Larripa***, no ha sido parte en el expediente principal de esta tercería, tornando innecesaria su citación para la correcta integración de la litis. De allí la irrelevancia de los trámites efectuados en ambas instancias con tal fin (art.34, 36, 101 y cdtes. del CPC; ver fs.42, 48, 76, 83, 268 primer párrafo, 290, 318, 319, 335, 353, 368, 372, 387, 399, 406, 408, 411/2, 413, 415, 417, 421, 428 y, finalmente, 436).

Formulada la aclaración precedente y encontrándose las actuaciones en estado de dictar sentencia, pasaré al análisis de la expresión de agravios de la parte actora (art. 260 del CPC).

2) La inscripción registral de la transmisión del dominio como condición para la procedencia de la tercería de dominio:

Conforme lo enseña autorizada doctrina, la tercería de dominio es la pretensión de que se vale una persona distinta de la actora y demandada que intervienen en un determinado proceso, a fin de reclamar el levantamiento de un embargo decretado en él sobre un bien de su propiedad, en tanto la integridad del mismo se encuentre afectado como consecuencia de un embargo (Highton – Areán, ***Código Procesal Civil y***

Comercial de la Nación, T.II, ed. Hammurabi, Bs.As, 2004, pág.431; conf. Morello, Augusto Mario, Sosa, Gualberto Lucas, Berizonce, Roberto Omar, *"Códigos..."*, tº II-B, pág. 424).

Por su parte, con referencia a los dos tipos de tercería que se autorizan en nuestra Ley procesal (“de dominio” y “de mejor derecho”) nuestra Suprema Corte de Justicia ha señalado que: “...la tercería es la pretensión de la que se vale una persona distinta de las que como partes actora y demandada intervienen en un determinado proceso, a fin de reclamar -según el caso- el levantamiento de un embargo en él decretado sobre un bien de su propiedad, o el pago preferencial de un crédito con el producido de la venta del bien embargado” (conf. Ac. 88.566, sent. del 5-IV-2006; C.108.354, sent. del 10/10/2012).

En el caso de autos, la demandante ha promovido una “tercería de dominio”, pretensión que tiene por finalidad la demostración de que su derecho de propiedad es “oponible” al embargante, provocando el levantamiento de la medida cautelar erróneamente trabada.

Repárese que en ningún tramo de su escrito de demanda expone como pretensión alternativa o subsidiaria la “tercería de mejor derecho”, circunstancias que, como se explicará más adelante posee especial relevancia.

Retomando la descripción de la pretensión inicial, debo señalar que **la tercerista ha invocado el dominio del bien** inmueble como claramente se advierte en el pto.2 de su escrito liminar, acompañando en su apoyo copia certificada de la escritura N°22 de fecha 12/03/1994 (ver fs.14/6).

Ha quedado fuera de la discusión en esta Instancia que la actora compró a Martha Bressani y a Andrea Fernanda Quadri un departamento ubicado en esta ciudad de Mar del Plata, matrícula N°167.122/28, que efectivamente tomó posesión de lo adquirido (ver fs. 259vta. 2do párrafo), y que el acto de transmisión se instrumentó por escritura pública (tal como lo prescribe el art. 1184 del C.Civil).

Ello descarta cualquier objeción al progreso de la demanda que pueda asentarse en la insuficiencia de los títulos, en la inexistencia de posesión o en que alguno de los recaudos necesarios para la transmisión del dominio (título y modo) se haya cumplido con posterioridad al embargo.

Insisto, no hay duda de que, al momento de anotarse el embargo, la Sra. Capria ya era dueña del inmueble.

Ahora bien, lo que el recurrente cuestiona es la definición del *a-quo* afincada en que la inscripción registral resulta obligatoria para que la transmisión de dominio sobre un inmueble sea **oponible a terceros**, sostiene –por el contrario- que estando cumplidos los recaudos anteriormente referidos (título y modo) su tercería debe ser acogida.

Repárese que éste es el único agravio que vertebra la posición sustentada en el recurso bajo estudio, pero, a mi modo de ver, si progresara sería suficiente para acoger la tercería.

Luego de un detenido análisis de la cuestión, adelanto que propondré el rechazo del recurso y la confirmación de la sentencia dictada en la Instancia anterior.

Nuestro sistema legal requiere para producir una mutación jurídico real en materia inmobiliaria, un título suficiente (escritura pública) y un modo suficiente (tradición). A ellos se agrega la inscripción del título en el Registro pero sólo para lograr su oponibilidad a terceros (arts. 577, 1184 inc. 1, 2505, 2524, 2601, 2602, 2603 y concs. del Código Civil; Ac 92990 S 24-5-2006; C 98552 S 16-3-2011).

De lo expuesto se desprende diversidad de recaudos para lo que implica la constitución del derecho real entre las propias partes contratantes (para lo cual basta el título y modo –arts. 577, 1184 inc. 1 del CC) , de lo que se exige para que ese derecho real -ya constituido y plenamente oponible entre los contratantes- opere frente a terceros embargantes (art. 2505 *in fine* del CC). Dicho de otro modo, **el derecho real de dominio no es “oponible” a terceros hasta el momento en que se cumpla la inscripción registral.**

Respecto a esto último, recientemente, la SCBA ha señalado que: “*En el sistema adoptado por el ordenamiento fonal, el asiento registral reviste un carácter declarativo. El derecho real preexiste al registro, en tanto que al no ser éste constitutivo, la funcionalidad de la inscripción radica en la publicidad y oponibilidad respecto de terceros (conc. arts. 2 y 20 ley 17.801).*” (SCBA, L 112221 S 15-5-2013).

Ahora bien, cabe aclarar asimismo que nuestro sistema legal también pone a resguardo de la agresión que el inmueble podría llegar a sufrir (embargo) por parte de los acreedores de quien aun figura como “titular” registral del bien, a los adquirentes que se encuentren tramitando la aludida inscripción registral, previendo, al margen del bloqueo registral contemplado en el art. 25 de la ley 17.801, la posibilidad de “inscripciones provisionales” que poseen una validez temporal de 180 días (art. 9 de la ley 17.801).

Precisamente, en el caso bajo examen, la parte actora pretende ampararse en la inscripción provisional obtenida con antelación a la medida cautelar trabada, y en el conocimiento que las embargantes tendrían de la existencia de ese trámite.

Se descarta de plano este último argumento (conocimiento de la “inscripción provisional” por parte de las embargantes) desde que su oponibilidad a ellas no puede asentarse en que luego de trabada la medida hayan podido constatar que en la “historia” que surge del folio real existiera la mentada inscripción provisional, sino **únicamente** en la vigencia de ésta al momento en que se trabó el embargo.

Despejado ya cuál es el único argumento válido para enervar la preferencia del embargo, ingresaré en el análisis de la prueba producida.

En tal sentido advierto que la tercerista obtuvo la **inscripción provisional** de la escritura que instrumentara la compraventa antes referida (ver informe de dominio de fs. fs.123/6 y fs.141/4).

Este asiento provisional se practica para proteger la titulación cuando el documento portador de derechos es devuelto para que sean subsanados los defectos.

Lo importante de este tipo de inscripciones es su **límite temporal**, que el art. 9 de la ley 17.801 ha fijado en **ciento ochenta (180)** días contados desde la fecha de presentación del documento, prorrogable por períodos determinados, a petición fundada del requirente. De tal forma, si se interrumpe el tracto entre la inscripción o anotación provisional y su eventual prórroga, desaparecerá la retroprioridad y no habrá más tutela registral que la proveniente de una nueva presentación (García Coni – Frontini, ***Derecho Registral Aplicado***, ed. LexisNexis, 3ra. ed., Bs.As., 2006, pág.102).

Así las cosas, el documento registrado mediante asiento provisional guardará su prioridad y garantizará la inmutabilidad de la situación registral durante el plazo de vigencia (Ventura Gabriel, **Ley 17.801. Registro de la Propiedad Inmueble**, ed. Hammurabi, Bs.As., 2009, pág.165).

Frente a lo expuesto, la inscripción provisional de la escritura N°22, ingresada el 01/06/1994, caducó de pleno derecho al transcurrir el plazo de su vigencia, perdiendo el natural efecto del bloqueo registral y la reserva de prioridad ganada, exponiéndose la actora a sufrir una variación en la situación registral del bien (art. 9 último párrafo de la ley 17.801).

Tal pérdida de prioridad habilitó a las demandadas a trabar legalmente el embargo sobre un bien que se mantenía inscripto a nombre de sus deudoras y, con ello, a que aquél quede sujeto al resultado de la ejecución de honorarios en marcha (arts. 498 in.3; 500 y cdtes. del CPC).

Sobre el particular, y como bien lo indican las demandadas, nuestro Superior Tribunal ha expresado que: *“La tercería de dominio de inmuebles se funda en un derecho de propiedad, incompatible y excluyente del derecho que pretende ejercer el acreedor embargante, de modo que tal dominio debe acreditarse fehacientemente por el tercerista, y como nuestro Derecho Positivo exige el cumplimiento de los requisitos de escritura pública, tradición e inscripción del respectivo título en el registro inmobiliario de la jurisdicción que corresponda, si falta cualquiera de éstos el tercerista no puede ser considerado domine, **pues la cosa para terceros no ha salido del patrimonio del deudor y puede ser ejecutada por los acreedores.**”* (SCBA, Ac 88566 S 5-4-2006; el destacado y subrayado me pertenecen).

Lo reflejado en la doctrina de nuestra Suprema Corte descarta que la inscripción de la escritura sea un *“sencillo formalismo”* (sic) como indica la recurrente. Muy por el contrario, resalta y sustenta la principal función registral: brindar seguridad jurídica.

Por todo lo expuesto, y a modo de conclusión, **si el tercerista tuvo acceso a la publicidad registral, como ha quedado acreditado en autos, deberá asumir las consecuencias producidas en virtud de la falta de conclusión del trámite de inscripción del documento en cuestión**, esto es la imposibilidad de desplazar el derecho de las embargantes a solicitar la subasta del bien.

3) Imposibilidad de encuadrar la pretensión como tercería de mejor derecho:

No escapa a la apreciación del suscripto que la jurisprudencia de nuestro Superior Tribunal de la Provincia, paulatinamente, fue aceptando la procedencia de las **tercerías de mejor derecho** promovidas por adquirentes de inmuebles que acrediten el cumplimiento de los recaudos establecidos en el art. 1185 bis del C.Civil (incorporado por la ley 17.711), otorgándoles con ello la posibilidad de oponer su “derecho a escriturar e inscribir el bien a su nombre” con prelación al derecho a la subasta que asistiría a embargantes “posteriores” a la venta (causas 69.198 del 10/5/2000 , entre otras; ver voto del Dr. De Lázzari en causa 101.111 del 6/6/2012 y ots.).

Aunque no se lo diga así, en rigor, la jurisprudencia está receptando la tercería de mejor derecho **con los efectos propios de la tercería de dominio**, desde que el acogimiento de la demanda implica la imposibilidad de llevar a cabo el remate del bien por parte del embargante, reconociendo un derecho previo y superior en cabeza del tercerista.

Tal enfoque posee una extendida aplicación en la jurisprudencia, incluso, en la de esta propia Alzada, criterio que comparto (esta Cámara, Sala I: causas 68275 RSI 137/88 del 24/3/1988; 88.045 RSD 379-93 del 14/10/1993; Sala II causa 74079 RSD241-90 del 11/9/1990, entre otras).

Partiendo de ese criterio jurisprudencial, sería más que lógico otorgar idéntico derecho a las aquí demandantes, puesto que no se trata de meras adquirentes con boleto, tradición y pago del 25% del precio, sino que al momento de trabarse el embargo por parte de las letradas ejecutantes, aquéllas **ya habían adquirido el dominio con el cumplimiento íntegro de los requisitos establecidos por la Ley** (tradición y escritura pública –arts. 577, 1184 inc. 1º y conchs. del C.Civil-).

Ante ello corresponde plantear este interrogante: ¿apoyándonos en el “*iura novit curia*” podrían recalificarse los términos de la pretensión inicial interpretando que las demandantes dedujeron una tercería de “mejor derecho”?

En un reciente precedente, el Superior Tribunal, a través del voto del Dr. Soria (a quien adhirieron los restantes votantes) expresó: “...*el principio iura novit curia faculta al*

Magistrado para calificar los hechos de la causa de acuerdo a las normas jurídicas que los rigen, con independencia de las alegaciones de las partes y del derecho invocado. Los Jueces deben resolver los conflictos sobre la base de las normas legales vigentes, sin obligada sujeción a las que hubieran invocado las partes en sus escritos postulatorios, ya que la determinación del régimen normativo pertinente para su solución es atribución inherente al Órgano Judicial (conf. C. 91.741, sent. de 5-XII-2007; A. 68.826, sent. del 5-XI-2008). En similar sentido se ha pronunciado la Corte Federal puntualizando que por aplicación del citado principio, el Juzgador tiene la facultad y el deber de discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el Derecho vigente, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas que las rigen, con prescindencia de los fundamentos o argumentos que enuncien las partes (Fallos: 310:1536, 2733, entre muchos otros). En este contexto, toda vez que desde un inicio la actora planteó tanto los extremos fácticos que hacían a su reclamo como las cuestiones jurídicas que suscitaba el encuadre de su pretensión como tercería de mejor derecho -que, insisto, estimó también viable y así lo dejó plasmado- o de dominio, de todo lo cual la entidad crediticia tuvo oportunidad de defenderse (v. doct. C. 85.692, sent. de 9-VI-2010), no se advierte impedimento para que se encuadre y examine la pretensión planteada como tercería de mejor derecho...” (causa 108.354 “Cisneros Elisabet s/ tercería de dominio en autos: Banco Francés c/Furno José y ots. s/cobro ejecutivo”, del 10/10/2012 – votantes: Dres. Soria-Negri- De Lázzari- Hitters).

Como podrá observarse, de la lectura del fallo precedente se colige que la SCBA tuvo en cuenta que la demandante había planteado pretensiones “alternativas” (tercería de mejor derecho o de dominio) y, además, otorgó especial relevancia a que la parte demandada tuvo oportunidad de defenderse de ellas. Solo luego de tales apreciaciones consideró que aquí no se incurría en violación a las reglas del debido proceso.

A *contrario sensu* interpreto que la solución hubiera sido distinta si la actora no hubiera planteado su pretensión como una alternativa entre “dominio” y “mejor derecho”, puesto que al excluir alguna de ellas hubiera privado a la demandada del derecho a plantear las defensas pertinentes (arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, en el art. 15 de la Constitución de la Provincia, y en el art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica)

Precisamente, en el caso de marras, reitero una vez más, la actora **solo planteó la tercería de dominio como argumento para obtener el levantamiento del**

embargo, sin tener en cuenta que frente a ello la demandada está legalmente facultada para plantear su “inoponibilidad” ante la falta de inscripción. Nada dijo al demandar respecto a que su petición también comprendía la alegación de un “mejor derecho” frente a las embargantes.

Con ese contexto fáctico y trabada la litis en esos términos entiendo que aquí no es posible efectuar un reencuadre de la tercería para calificarla como de “mejor derecho” (pese a que reconozco que si se transgrediera el límite aludido podría acogerse la demanda como tercería de mejor derecho), en tanto ello importa violación al principio de congruencia (argto. jurisp. SCBA causa 94.063 del 11/11/2009 “Parigini c/ Allaio”; causa 74.477 del 19/12/2001 “Kisler s/ tercería”, entre otros).

Por todo lo expuesto, **VOTO POR LA AFIRMATIVA.**

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. ROBERTO JOSÉ LOUSTAUNAU DIJO:

I: Me permito disentir con el distinguido colega cuyo voto abre el acuerdo, por cuanto estimo que la tercerista escogió la vía procesal adecuada para defender el derecho real de dominio del que es titular.

I.1: Los requisitos que el Derecho Argentino, inspirado en el Derecho Romano y en las ideas de Freitas, exige para la transmisión de los derechos reales que se ejercen por la posesión, son el título y modo suficientes, consagrados en los arts. 577, 3265, 2601, 2602 y 2603 del C.C.

La escritura n° 22 otorgada el 12 de marzo de 1994 en la ciudad de La Plata, por ante el notario Alfredo Mario Legnani, **cuya autenticidad y validez no ha sido cuestionada** (arts. 993, 994, 995, 1004, 1005 y ccdtes. del C.C.), **constituye el título suficiente** emanado del propietario para enajenar, a favor de una persona capaz para adquirir, que tiene por finalidad transmitir el dominio y está revestido de las formas que exige la Ley, según la naturaleza de la cosa sobre la cual recae el derecho, en este caso la escritura pública (art. 1184 inc. 1 del C.C.).

Marina Mariani de Vidal lo define como *“el acto jurídico revestido de todas las condiciones de fondo y forma exigidas por la Ley y que sea apto o idóneo para servir de fundamento o base a la transmisión del dominio”* (“Curso de derechos reales”, Ed. Zavallía, Bs. As. 1993,

Tomo I, pág. 315), reconociendo una doble acepción, como título material o causal – el acto jurídico que da nacimiento al derecho real-, y como título formal o instrumental, porque está revestido de las formalidades legales que hacen a su validez.

En la misma escritura se dejó constancia de que la adquirente tenía la posesión material el bien “por la tradición que con antelación a este otorgamiento le hicieran los vendedores” (fs. 15), con lo que se configuró el **modo suficiente**, que consiste en la entrega y recepción material y voluntaria de la cosa (art. 2377 del C.C.).

La vinculación de la tradición con el título suficiente es esencial, porque siempre se funda en un título que le confiere sentido jurídico, cuya finalidad es transmitir el dominio o constituir otro derecho real. Es el modo de cumplimiento del título.

I.2: En la sentencia de Primera Instancia se afirma que “pueden darse por descontados y acreditados” los recaudos de la escritura pública y la tradición (fs. 259 vta. segundo párrafo), y otro tanto ocurre en el voto que me antecede, en el que se expresa que ***“ha quedado fuera de discusión en esta Instancia que la actora **compró** a Martha Bressani y a Andrea Fernanda Quadrini un departamento ubicado en esta ciudad de Mar del Plata, matrícula N°167.122/28, que efectivamente **tomó posesión** de lo adquirido (ver fs. 259 vta. 2do. párrafo) y que el acto de transmisión se instrumentó por escritura pública (tal como lo prescribe el art. 1184 del C. Civil). Ello descarta cualquier objeción al progreso de la demanda que pueda asentarse en la insuficiencia de los títulos, en la inexistencia de posesión o en que alguno de los recaudos necesarios para la transmisión del dominio (título y modo) se haya cumplido con posterioridad al embargo. Insisto, no hay duda de que, al momento de anotarse el embargo, la Sra. Capría ya era dueña del inmueble”*** (punto IV apartado 2), párrafos sexto, séptimo y octavo, los resaltados y subrayado me pertenecen).

Sin embargo, en ambos casos se rechaza la tercería; en Primera Instancia por considerar que la actora debió demostrar que adquirió el dominio y lo perfeccionó frente a terceros antes de la traba de la medida cautelar y no lo hizo (fs. 261 segundo párrafo); y en el voto preopinante, porque la demandante promovió una “tercería de dominio”, *“pretensión que tiene por finalidad la demostración de que su derecho de propiedad es “oponible” al embargante, provocando el levantamiento de la medida cautelar erróneamente trabada”*

(punto IV apartado, tercer párrafo), sin exponer como pretensión alternativa o subsidiaria la tercería de mejor derecho, omisión que consideró relevante, pues, a su parecer, la jurisprudencia “está receptando la tercería de mejor derecho con los efectos propios de la tercería de dominio”, por lo que, con base en ello, sería “más lógico otorgar idéntico derecho a las aquí demandantes”, puesto que no se trata de “meras adquirentes con boleto, tradición y pago del 25 % del precio”, sino que *“al momento de trabarse el embargo por parte de las letradas ejecutantes, aquéllas ya habían adquirido el dominio con el cumplimiento íntegro de los requisitos establecidos por la Ley”* (punto IV apartado 3, párrafos segundo y cuarto).

No obstante, concluyó que los términos de la pretensión inicial no pueden recalificarse como una tercería de mejor derecho con apoyo en el *“iura novit curia”*, porque al no haberlas planteado de manera alternativa, ello implicaría privar a la demandada del derecho a plantear las defensas pertinentes. Presentada como una tercería de dominio para obtener el levantamiento del embargo –sin decir nada sobre su mejor derecho frente a las embargantes- la demandada estaba legalmente facultada para invocar la inoponibilidad por falta de inscripción, por lo que reencuadrar los términos en que quedó trabada la litis, violaría el principio de congruencia.

II: A mi modo de ver, la vía incoada es la correcta, pues la tercerista reúne los requisitos legales como titular de dominio del inmueble, lo que la releva de esgrimir un “mejor derecho” que las demandadas.

La validez de la adquisición del dominio y su oponibilidad a terceros, son dos esferas distintas de la eficacia del acto. No puede hablarse de oponibilidad o inoponibilidad sino respecto a un acto jurídico válido entre partes (Rivera Julio César, “Instituciones de Derecho Civil. Parte general”, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 2010, Tomo II, pág. 685; Lloveras de Resk María Emilia, “Teoría del acto jurídico inoponible”, en JA-1982-III-670; Leiva Fernández Luis F. P., “El acto inoponible”, en “Derecho Civil. Parte general. Temas”, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1987, Tomo II, pág. 252).

El acto traslativo de dominio inmobiliario no inscripto es válido, y sobre todo, debe quedar en claro que no se viola ley alguna por falta de registración del derecho real

referido. Sólo se pierde la oportunidad de oponerlo –hacerlo eficaz- frente a terceros (Leiva Fernández, ob. cit., pág. 254).

Pero ello no implica que no se pueda acreditar en juicio que el derecho real efectivamente existe, y fue adquirido con anterioridad al derecho personal que pretende resguardar el tercero con la medida cautelar.

Es lo que ha ocurrido en autos, y el Magistrado preopinante lo reconoce expresamente, cuando insiste en que no hay duda de que al momento de anotarse el embargo la Sra. Capria ya era dueña del inmueble.

La inscripción registral inmobiliaria, es declarativa y no constitutiva de derechos (arts. 2, 3 y 20 de la ley 17.801), se inscriben títulos y no derechos, por lo que, sin duda alguna, el derecho real es preexistente a su inscripción (CSJN, “Panamericana Agropecuaria C.C. y P. Soc. de hecho y otros”, sent. del 15-7-1997, en JA-1997-IV-352, Fallos:320:1485; SCBA, causa 112.221, “Senosiain María Teresa s. Tercería de dominio”, en autos ‘Solís Dora Florencia c. Senosiain Arnaldo Esteban s. Despido’, sent. del 13-5-2013; causa C. 104.759, “Shimabukuro Ana María s. Incidente de verificación de créditos en autos “Cametho Rubén Alberto s. Concurso preventivo -hoy quiebra-“, sent. del 14-9-2011; Mariani de Vidal Marina, ob. cit., Tomo 3, pág. 440; Papaño Ricardo, Kiper Claudio, Dillon Gregorio, Causse Jorge, “Derechos reales”, Ed. Depalma, Bs. As. 1993, Tomo III, pág. 216 y sgtes.; Areán Beatriz, “Curso de Derechos Reales. Privilegios y derecho de retención”, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1985, pág. 423; Puerta de Chacón Alicia, en “Código Civil y leyes complementarias”, Eduardo Zannoni (Director), Aída Kemelmajer de Carlucci (Coordinadora), Ed. Astrea, Bs. As. 2005, Tomo 10, pág. 649; CNCiv., en pleno, sent. del 24-12-1979, en LL-1980-A-327, ED 86-430, entre otros), ya que la mutación jurídica real inmobiliaria opera independientemente del Registro.

López de Zavalía señala que entre nosotros se litiga con títulos –en la doble acepción ya indicada, como título material o causal del art. 2602 del C.C. y título formal del art. 1184 inc. 1 del C.C.-, y no con certificados; quien demanda por reivindicación para probar su derecho de dominio debe presentar el título, no es suficiente el certificado (López de Zavalía Fernando, “Curso introductorio al Derecho Registral”, Ed. Zavalía, Bs. As. 1983, pág. 365; en igual sentido Villaró Felipe, “Elementos de

Derecho Registral Inmobiliario”, Ed. Fundación Editora Notarial, La Plata 1980, pág. 37).

De la misma manera, el art. 23 de la ley 17.801 impide a los escribanos o funcionarios públicos autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles, *“sin tener a la vista el título inscripto en el Registro así como la certificación expedida a tal efecto por dicha oficina en la que se consigne el estado jurídico de los bienes y de las personas según las constancias registradas”*.

II.1: Por ello, no comparto la premisa central del voto que me antecede, en el sentido de que la actora debió promover una tercería de mejor derecho en forma alternativa o subsidiaria.

A mi modo de ver, quien es legalmente titular de dominio debe defenderse como tal, sin ingresar en el esquema de discusión de derechos personales, “mejores”, “anteriores” o “prioritarios”.

No estoy proponiendo con ello la recalificación de los términos de la litis, pero si así fuera, tampoco comparto la aseveración de que con tal proceder se violaría el principio de congruencia.

De conformidad a lo normado por el art. 163 inc. 6 primer párrafo del CPCC, es facultad de los Jueces encauzar las peticiones de las partes, aplicando el Derecho según corresponda, con el único límite de que no se altere la relación procesal ni la naturaleza de la acción interpuesta (SCBA, **causa 112.221** mencionada, con cita de las causas L.97.275 “Herrera”, sent. del 10-6-2009; L.68.182, “Freijedo”, sent. Del 26-10-1999; L.46.455, “Hoste”, sent. del 30-7-1991; L. 42.712, “Casal”, sent. del 22-8-1989 entre otras; en igual sentido, causa C108.354, “Cisneros Elisabet s. Tercería de dominio”, en autos “Banco Francés SA c. Furno José y ots. s. Cobro ejecutivo”, sent. del 10-10-2012, en la que se había promovido una tercería de dominio con un boleto de compraventa).

Coincido al respecto con los párrafos del voto del Dr. Soria en esta última causa n° 108.354, que mi colega preopinante transcribe, en lo relativo a resolver sobre la base de las normas legales vigentes calificando los hechos de acuerdo a las normas jurídicas que

los rigen, sin “obligada sujeción” a las alegaciones de las partes y el derecho por ellas invocado, pero no con la conclusión que de él extrae.

El presupuesto fáctico es totalmente distinto; en ese expediente, como indiqué, se había promovido una **tercería de dominio con un boleto de compraventa**, por eso en el fallo se le indicó a la recurrente que la vía procesal idónea en tal caso es la tercería de mejor derecho, según doctrina legal de la Suprema Corte provincial. Como uno de los argumentos de la entidad financiera –renacido por aplicación del principio de apelación adhesiva- había sido la inidoneidad de la vía, la Corte lo rechazó indicando que se había planteado indistintamente –no alternativa o subsidiariamente- tercería de mejor derecho o de dominio, por lo que no había impedimento para examinarla como tercería de mejor derecho.

La diferencia con el caso en estudio es a mi criterio, evidente. El adquirente por boleto no es titular de dominio, la Sra. Capria sí lo es –nadie lo ha discutido- y en tal carácter, no tenía por qué plantear una tercería de mejor derecho.

II.2:

No puede desconocerse tampoco que ambas clases de tercería persiguen dejar sin efecto –respecto al tercerista- el embargo trabado, porque no en otra cosa consiste el “pago preferencial de un crédito” cuando se discuten derechos personales “mejores” o “prioritarios”.

Ese pago debe ser entendido en el sentido del art. 725 del C.C., es decir, como cumplimiento de la prestación que hace al objeto de la obligación, se trate de una obligación de dar o de hacer (SCBA, “Penas R. en Auzmendi R. c. Urban R.”, sent. del 24-6-1986; en igual sentido, Andorno Luis O., “Conflicto de intereses sobre el inmueble vendido por boleto. ¿Quién tiene mejor derecho: el comprador por boleto, el primer embargante? Tercerías de dominio y de mejor derecho”, en DPyC, Ed. Rubinzal Culzoni, 2000-3 “Boleto de Compraventa, pág. 247 y sgtes.; Beloti Mirta, ¿Son oponibles a acreedor embargante los derechos derivados del boleto de compraventa?, en J.A. del 20-6-2001; Suprema Corte de Mendoza, en plenario dictado en los autos “Coviram”, en J.A.-1997-I-83; esta Cámara, Sala II, expediente n°147.251, “Bianco Gabriel Aime y otro c. Consorcio Edificio Alnes III y ot. s. Tercería de mejor derecho”, sent. del 20-4-2001, R162 R F°271; expediente n° 146.826, “Cignola Sergio L. y

otra c. Scarímbolo Martín s. Tercería de mejor derecho (art. 250 del CPC)”, sent. del 10-6-2011, R284R F°472/4).

Por lo tanto, el mejor derecho, si se hace lugar a la tercería, consiste en el levantamiento del embargo trabado sobre el bien, como medida abarcada por el concepto de pago (Martínez Hernán, “Procesos con sujetos múltiples”, Ed. La Rocca, Bs. As. 1994, Tomo 2, pág. 279-280).

La discusión, en la práctica, se torna bizantina, y la diferencia a la que tanta relevancia se le asigna en el voto precedente (punto IV, apartado 2) tercer párrafo y apartado 3) párrafos primero y noveno), se relativiza, como expresamente se reconoce (párrafo segundo del apartado 3). No ocurre lo mismo desde el punto de vista jurídico, porque no resulta adecuado con la Legislación vigente exigirle al titular del derecho real de dominio que lo presente y defienda como si fuera el titular de un derecho personal.

Las demandadas, por su parte, pudieron ejercer adecuadamente su derecho de defensa, ya que el tenor de sus contestaciones, sea frente al pedido de levantamiento de embargo sin tercería formulado a fs. 52-54 del incidente de ejecución de honorarios (n° 64.716, “Rodríguez Alicia y Vázquez Virginia s. Inocente de ejecución de honorarios” en autos “Bressani de Quadrini y Otros c. Larripa Juan s. Daños y perjuicios”, que tengo a la vista), o en esta tercería, a fs. 29-32, no fue negar el derecho de la actora (véase negativas de fs. 52 vta. y 29 vta. respectivamente), sino plantear su inoponibilidad con fundamento en los arts. 2505 del C.C. y 2 y 20 de la ley 17.801.

No hubo cuestionamiento alguno respecto a la vía escogida para demandar o a la existencia o no de dominio en cabeza de la tercerista.

III: Resta establecer si se ha acreditado en forma suficiente la existencia del derecho real de dominio invocado con anterioridad a la traba del embargo, más allá de la falta de inscripción registral.

Un registro declarativo como el organizado por la Ley Argentina admite que puedan existir derechos reales no inscriptos fuera de su órbita, máxime cuando la inscripción es no convalidante (art. 4 de la ley 17.801), y **la Ley no consagra el principio de fe pública registral a favor de los terceros registrales.**

En cuanto a la necesidad de publicidad (notas a los arts. 577 y 3198 del C.C.), el

Código adoptó para los derechos reales en general, un sistema de publicidad material basado en la posesión, y como excepción, para la hipoteca, la publicidad formal del registro. Esta solución se plasmó expresamente en los artículos que, aún vigentes, resuelven el conflicto de la doble enajenación a favor de quien primero fue puesto en posesión de la cosa (arts. 594, 596, 2791 y 3260 del C.C.), y que han dado pie a la doctrina civilista mayoritaria para sostener la subsistencia de la publicidad posesoria aun después de la reforma del art. 2505 del C.C. que introdujo la publicidad registral inmobiliaria con alcance general, y que si entran en colisión hay que priorizar la primera en el tiempo, siempre que sea de buena fe (Andorno Luis O., “Vigencia de la publicidad posesoria en materia de Derechos Reales”, en Zeus- 50-D-193; Puerta de Chacón Alicia, ob. cit., pág. 661, que cita las conclusiones concordantes de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 1981; I Jornadas Mendocinas de Derecho Civil, 1983; I Encuentro de Abogados Civilistas de Santa Fe, 1988).

El registro inmobiliario argentino recoge el principio de simple legitimación, lo cual implica que presume *iuris tantum* –nunca *iure et de iure*- que los derechos reales inmobiliarios se encuentran inscriptos y corresponden a su titular registral, “*pero no garantiza al tercero, de manera absoluta, la exactitud de las constancias registrales, dado que el afectado, probando lo contrario (es decir el desacuerdo de la realidad extrarregistral) puede en determinadas circunstancias provocar la mutación de la situación registral en perjuicio de aquél*” (Puerta de Chacón Alicia, ob. cit., pág. 662, el resaltado y subrayado me pertenecen; en igual sentido, Kiper Claudio, “La buena fe y el sistema registral inmobiliario”, en “Tratado de la buena fe en el Derecho”, Ed. La Ley, Bs. As. 2005, Doctrina Nacional, pág. 597).

Señala la autora a continuación, que “*en razón de que en nuestro régimen jurídico sigue rigiendo la teoría del título y modo suficientes en la tradición posesoria, es norma elemental para ser considerado de buena fe que el adquirente vea el inmueble y contrate con quien además de tener un título inscripto demuestre estar en posesión del mismo. Esta solución ha sido aplicada a favor de adquirentes a quienes se hizo tradición del inmueble y cuentan con la escritura pública a su favor no inscripta, o bien inscripta con posterioridad a la medida cautelar que pretende oponer el tercero*” (ob. cit., pág. 663, con cita en nota 50 de CNCiv., Sala H, en JA-2001-III-105, y en nota 51, de la doctrina

aplicada en el plenario “Young Tomás M.”, en un conflicto suscitado antes de la reforma de la ley 17.711 pero la sentencia se dictó con posterioridad a ella, CNCiv., en pleno, 16-8-1971, en JA-1971-11-428; conf. CNCiv., Sala C, 7-9-76 en ED-72-383), y concluye afirmando que el Juzgador tiene pautas flexibles para discernir, en cada caso concreto, cuál realidad ha de priorizar, si la registral o la extrarregistral, es decir, *“si el mejor derecho es el que se adquiere en función de una apariencia jurídica inexacta (seguridad dinámica) o el derecho anterior no inscripto (seguridad estática), y será el criterio valorativo de la buena fe del tercero el que permitirá inclinar la balanza a favor de una u otra solución”* (ob. cit., pág. 665).

Es indudable que desde el punto de vista procesal, al titular inscripto se lo libera de la carga de la prueba, ya que el onus probandi está en cabeza de quien sostiene la inexactitud registral (Kiper Claudio, ob. cit., pág. 596); **por ello, el titular de dominio no inscripto debe probar que adquirió el derecho real con anterioridad a la traba de la medida cautelar.**

Producida fehacientemente esa prueba, no puede desconocerse un derecho legítimamente constituido, con fundamento en que es “inoponible” al tercero, quien, por otra parte, si alega su buena fe (que se presume), no podrá basarse solamente en haber confiado en las constancias registrales *“ya que la ley dice que no confíe ciegamente”*, y el error de derecho no es excusable (arts. 20 y 923 del C.C., Kiper, ob. cit., pág. 597).

La buena fe consiste en el desconocimiento de la inexactitud del Registro, ya que en nuestro sistema la buena fe registral se aprecia según pautas subjetivas; el tercero interesado es de buena fe cuando tiene la convicción o creencia de obrar conforme al ordenamiento jurídico, y desconoce la existencia del derecho no inscripto preferente al suyo, por una causa no imputable a la falta de la diligencia que las circunstancias del caso exija.

Esta apreciación estricta de la buena fe, surgió en las I Jornadas

acionales de Derecho Registral de San Rafael, Mendoza (1973), en las que se declaró que *“Para que el tercero interesado pueda invocar el desconocimiento de la realidad extrarregistral de las mutaciones reales, debe ser de buena fe, la que se presume mientras no se pruebe que conoció o debió conocer la inexactitud del registro (incluso la existencia del acto causal”* (ver Puerta de Chacón

Alicia, ob.cit., pág. 658 y 659, y los casos allí citados sobre la controversia entre terceristas adquirentes con escritura pública y un acreedor embargante).

III.1: ¿Ha sido acreditada esa realidad extrarregistral invocada por la tercerista? Coincido con mi colega preopinante en que no hay duda alguna sobre la preexistencia del derecho real de dominio de la Sra. Capria en relación al embargo trabado con fecha 13 de abril de 1999 (fs. 17 de la ejecución de honorarios).

Además de la escritura n° 22, encuentro en el expediente las siguientes pruebas: **a)** A fs. 136 Camuzzi Gas Pampeana informa que según sus registros el domicilio de calle La Rioja n°1159 Piso 2 Depto “A” se encuentra a nombre de Domingo Cavallaro (cónyuge de la Sra. Capria según poder de fs. 98), desde el 29 de enero de 1987. Cuando el apoderado de la actora solicitó que se librara nuevo oficio pues debía haber un error en la fecha, ya que el inmueble se adquirió en 1994 (fs. 225), en la respuesta agregada a fs. 243 indicó que Cavallaro era titular del servicio de gas desde 1987 a la fecha (1-4-2003).

Más allá del error sobre la fecha, no hay duda sobre quién figura como titular del domicilio.

b) A fs. 137, EDEA responde que “en la actualidad” el servicio de energía eléctrica en el domicilio solicitado está a nombre de la actora.

c) Telefónica de Argentina a fs. 153 aporta mayor precisión, cuando informa que a partir del 6 de mayo de 1994 la línea instalada en el domicilio de La Rioja 1159 Piso 2do. “A” cambió en el mismo lugar a nombre de Francisca Capria, quien tenía otro domicilio de pago en calle Pirovano 628 de Ramos Mejía, Prov. de Buenos Aires, que coincide con el domicilio indicado en la escritura n° 22 (fs. 14) y con el denunciado como real al promover esta demanda (fs. 21).

d) Los testigos fueron coincidentes en cuanto a la época en que el matrimonio Capria-Cavallaro adquirió el departamento para veranear en Mar del Plata.

Así los hermanos Nieto, manifestaron que lo alquilaron en julio de 1997 y enero de 1998 (fs. 179 vta.), recordando Oscar Alberto Nieto que Cavallaro le había mencionado el precio de compra, entre “U\$S 20.000 o U\$S 23.000 aproximadamente” (fs. 182 vta., respuesta a pregunta sexta), que coincide con el precio de \$ 20.000 que

surge de la escritura n°22 (fs. 15, durante la vigencia de la convertibilidad).

El abogado Mario Stimoli declaró haber intervenido en la operación, que el titular de dominio era un señor de apellido Quadrini, que vivía en Haedo y también era su cliente, que él solicitó informes de dominio e inhibiciones de los vendedores, que se realizó boleto de compraventa abonando la totalidad del precio, y *“le consta que se le ha entregado la posesión del inmueble en esa oportunidad, delante del dicente se hizo entrega de las llaves... Respecto a la escritura lo designaba al escribano la parte compradora y eran quienes iban a abonar los gastos que generara la misma. Se designó a un escribano de La Plata, recuerda el apellido Legnani Mario. Esto lo sabe porque estuvo presente el día en que se firmó la escritura, allí se puso que no se confeccionó boleto y lo rompieron... Posteriormente tomó conocimiento que el Sr. Cavallaro tenía problemas con la inscripción... Que periódicamente iban y reclamaban el título y los argumentos que brindaba la escribanía era que el registro tardaba... No recuerda la fecha pero el escribano a fines de 1994 fue destituido...”* (fs. 183 vta. y 184).

El martillero Antonio Maggio acompañó en febrero de 1994 al matrimonio a ver varios departamentos en Mar del Plata, porque querían comprar uno, entre ellos, el que finalmente compraron en calle La Rioja (fs. 185).

A fs. 220 el encargado del edificio, Sr. Robuschi, declaró que la actora posee el departamento desde “hace unos ocho años” (la declaración es del 11-12-2002), que siempre viene con el marido, que la papelería llega a nombre de ella o su esposo, que se llama Domingo Cavallaro, relatando luego cómo el departamento fue vendido por primera vez a la Sra. Ester Pizarro (ver informe de dominio de fs.17), quien lo cambió por un chalet alpino en la calle Los Andes de propiedad de la Sra. Quadrini que vino a vivir al departamento, pero estuvo poco tiempo, y lo vendió a sus vecinos, el matrimonio Capria-Cavallaro (fs. 220 vta.).

e) A fs. 228 el escribano Legnani respondió el oficio que le fuera dirigido manifestando que la Sra. Capria no adeudaba suma alguna por los gastos que insumió la escrituración.

f) La anterior Administración del Edificio Norma VI, informa a fs. 240 que las expensas del departamento “A” del Piso 2 fueron pagadas por Domingo Cavallaro entre los años 1994 a 2001 en que la firma dejó la actividad de administradora de edificios en

propiedad horizontal.

g) A fs. 194-216 se encuentra la copia de las actuaciones ante el Juzgado Notarial de La Plata, iniciadas el 2 de noviembre de 1999 (fs. 202 vta.), con posterioridad a la traba del embargo, para obtener la inscripción de la escritura n° 22, y en las que con fecha 3 de febrero de 2000 se ordenó esa inscripción, con base en un segundo testimonio que fue proporcionado por el Archivo de Actuaciones Notariales (fs. 210).

h) En el certificado de dominio agregado por las aquí demandadas a fs. 10-12 del expediente de ejecución de honorarios, emitido el 15-1-1999, en base al cual las letradas solicitaron la traba del embargo, ya constaba una inscripción provisional en la que se lee:

“Esc. Comp. Vta. N°22 del 12/3/94-Esc. LEGNANI, Alfredo-Reg. 414(55)-Ent. 744610/3 del 1/6/94-TR 6/6/94”.

Esa inscripción provisional, regulada por el art. 9 de la ley 17.801, debió indicarle a las letradas que se había presentado un documento con defectos subsanables que instrumentaba un contrato de compraventa del inmueble, y cuyo plazo de vigencia -180 días- podía prorrogarse si el interesado dedujera oposición contra la observación, o en su caso, la recurriera, manteniéndose vigente durante la sustanciación del recurso la inscripción provisional (art. 9 de la ley 17.801, arts. 20 y 923 del C.C.).

No desconozco que las sucesivas inscripciones provisionales (había otra de fecha 11-9-1995) estaban vencidas cuando se anotó el embargo, pero tampoco puedo obviar que debieron servir para anoticiar a un profesional (art. 902 del C.C.), de que había un acto jurídico en la esfera extrarregistral otorgado sobre el inmueble.

A este conocimiento alude expresamente el apelante a fs. 444.

Aunque la Ley establezca la inoponibilidad como causal de ineficacia, ésta denota una ficción –actuar como si no existiera algo que existe- (Rivera Julio César, “Instituciones de Derecho Civil. Parte general”, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 2010, Tomo II, pág. 686), que no excusa de obrar con la diligencia necesaria para corroborar que la inscripción dominial se mantiene en cabeza del deudor, cuando, como en este caso, la propia certificación emitida por el Registro indicaba que “algo” pasaba con el

inmueble.

En este sentido, la afirmación vertida por las demandadas al contestar la tercería diciendo que solicitaron informes al Registro de la Propiedad Inmueble “del domicilio que denunciaron dichas personas como real” (fs. 29 vta. punto III, en referencia a Martha Bressani y Andrea Quadrini), no se corresponde con la realidad de los tres expedientes que he tenido a la vista

En el juicio caratulado “Bressani de Quadrini Martha y otros c. Larripa Juan y otros s. Daños y perjuicios”, en la escritura de transcripción de la declaratoria de herederos de fs. 8-9, en el poder de fs. 28 y en la demanda de fs.30 vta. se denuncian otros domicilios como reales.

En el incidente de ejecución de honorarios ya mencionado, todas las notificaciones se efectuaron en el domicilio procesal constituido a fs. 240, 243 y 246 del juicio de daños, en el estudio de quien fuera apoderado de los actores en el juicio de daños, que, señalo, concluyó con la sentencia que declaró la caducidad de Instancia (fs. 208-209, confirmada a fs. 232-234).

En esta tercería, a fs. 48 el Juzgado advirtió que la parte actora en la ejecución de honorarios –las letradas- no habían denunciado el domicilio de los demandados, por lo que procedió a extraerlos del juicio de daños. Sin embargo el apoderado de la tercerista los notificó en el domicilio procesal (fs. 75), donde se diligenció aún la cédula de notificación de la rebeldía que -era lógico esperar que así fuera- se les decretó a fs. 83 (ver cédula de fs. 83 bis).

Por lo tanto, las Sras. Bressani y Quadrini jamás denunciaron en los expedientes involucrados el domicilio de calle La Rioja como su domicilio real.

III.2: Considero que la doctrina legal aplicable al caso es la establecida por la Corte Suprema Provincial, en la causa n° 51.414, "Giannini Eugenio y otra s. Tercería de dominio”, en autos: 'López Rubén c. García Omar s. Cobro ejecutivo”, donde el Dr. Hitters, en voto que no tuvo disidencias dijo:

‘En la segunda parte de su recurso sostiene que la doctrina legal de esta Corte, que -mediando ciertas condiciones- otorgó mejor derecho al comprador por boleto frente al embargante del vendedor, no resultaría de aplicación al caso de autos. Sea cual fuere la actuación que se atribuye al notario, no

existen elementos que permitan sustraer a la situación bajo análisis al encuadre dado por el Tribunal de Alzada. No es razonable entender que por la circunstancia de haber elevado a escritura pública la promesa de venta (art. 1184 inc. 1º, Cód. Civ.) y restando su inscripción, el comprador vea menguada la protección jurídica que poseía cuando era simple titular de una promesa de venta” (sent. del 21-3-1995, el resaltado y subrayado no son originales. En el caso la Cámara de Apelación de Bahía Blanca había revocado la sentencia de primera instancia, haciendo lugar a la demanda, pero como tercería de mejor derecho. El recurrente cuestionaba que el certificado en base al cual se había otorgado la escritura había perdido la prioridad o reserva).

No desconozco que en las causas citadas por el distinguido colega en su voto, la Suprema Corte Provincial ha establecido efectivamente que el dominio no inscripto es inoponible a los terceros acreedores, pero no puedo obviar que las circunstancias fácticas son diferentes.

En la causa n° 112.221, "Senosiain María Teresa s. Tercería de dominio", en autos "Dora Florencia c. Senosiain Arnaldo Esteban s. Despido" (sent. del 15-5-2013), la actora había interpuesto tercería de dominio o de mejor derecho con base en **un acta judicial suscripta en el juicio de divorcio, donde se le adjudicaba el 50 % del inmueble embargado**. El Tribunal de Grado consideró que se trataba de una tercería de dominio, pero que el convenio era inoponible a los acreedores. En el recurso extraordinario se invocó que la tercerista tenía un derecho similar al del adquirente por boleto de compraventa. La Corte descartó por insuficiente la crítica dirigida contra la calificación de la vía, y en cuanto a la adjudicación, sostuvo que cuando los bienes que integraron la sociedad conyugal son inmuebles, sólo es oponible a terceros desde la inscripción, señalando que en un supuesto similar (Ac. 86.122 considerandos 4, 5, 17 y 18), ya se había establecido que no es posible equiparar la situación del ex cónyuge a quien se le adjudica una porción del haber conyugal, con la del "adquirente de buena fe que abonó el 25% del precio" que requiere el 1185 bis del C.C..

En la 88.566, "Longo Walter Marcelo s. Tercería de dominio" en autos: "Collia c. Fucci s. Ejecución de

alquileres” (sent. del 5-4-2006), la Sala II de este Tribunal había revocado la sentencia de Primera Instancia que hacía lugar a la tercería **–promovida por un adquirente en subasta–**, porque no se había acreditado que la venta se hubiera perfeccionado mediante la tradición **–que debió ser respaldada por actos materiales que la hicieran visible a los terceros, sin que el comprador hubiera probado haber efectuado los del art. 2384 del C.C.–**, por lo que de conformidad al art. 577 del C. C. no podía tenerse por operada la transmisión del derecho real de dominio hacia el adquirente en subasta; ni siquiera quien invoca el art. 1185 bis del C.C. está eximido de tal recaudo, por lo que siendo una condición *sine qua non* para la viabilidad del reclamo, la demanda debía rechazarse. De todas maneras, en el fallo señalaron que aun si se hubiera demostrado la tradición, debía publicitarse mediante la inscripción, en forma previa al embargo, para ser oponible a terceros.

La Corte entendió que *“la conclusión del **a quo** relativa a la insuficiencia probatoria de la tradición, de esencia netamente fáctica, **no ha sido idóneamente cuestionada por el impugnante...**”* (del voto del Dr.

Hitters, el resaltado me pertenece); y, que,

*“a. El Tribunal **a quo** fundó su rechazo a la tercería de dominio en la falta de acreditación del efectivo cumplimiento de la tradición del inmueble, recaudo exigido por el art. 586 del Código Procesal a los fines del perfeccionamiento de la adquisición de propiedad del inmueble subastado.*

*i) Ahora bien, para así decidir la Alzada sostuvo que la tradición no puede considerarse cumplida -al menos si se la pretende oponer a terceros- por la simple manifestación del **accipiens** y del **tradens** de que tal acto se cumplió; y que, en el caso, aun cuando para las partes del expediente “Muñoz c/ Fucci” aquella pudiese haber operado mediante la manifestación formulada en la citada causa, **a los fines de su oponibilidad frente a terceros -entre ellos, el acreedor embargante- debió ser respaldada por actos materiales que la hicieran visible, sobre cuya existencia no se produjo prueba alguna.***

*Tales conclusiones no merecieron la adecuada crítica por parte del recurrente quien, en esta Instancia Extraordinaria, omitió confrontar el razonamiento que guió al **a quo** para fundar su decisión y **no refutó frontalmente las conclusiones del fallo en torno al alcance y oponibilidad frente a terceros de la manifestación que el deudor ejecutado y el adquirente en subasta -ahora tercerista- formularan ante el Magistrado interviniente en aquellos actuados”*** (del

voto del Dr. Soria, los resaltados no son originales).

En ninguno de los fallos invocados como doctrina legal estábamos ante un adquirente con título y modo suficientes, como en el caso de autos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo citado (JA-1997-IV-362) estableció como criterio general que:

“... es virtualidad propia de los derechos reales su oponibilidad erga omnes. Esta oponibilidad no se pierde por la existencia de una transmisión imperfecta por ausencia de asiento en el registro pertinente, puesto que en nuestro orden jurídico tal inscripción es declarativa, sino que se debilita en relación a ciertos terceros que ostentan públicamente un interés particular. Contrariamente a lo que se desprende de la decisión del a quo, el art. 2505 del C.C. no habilita a cualquier tercero integrante de la comunidad para desconocer un derecho real que no ha alcanzado la plena oponibilidad por falta de inscripción registral. La interpretación contraria permitiría el absurdo de que el adquirente civil que cuente con tradición y título no inscripto, carecería de acción para defender su derecho real frente a cualquier intruso” (en el caso, con posterioridad al otorgamiento de la escritura, los vendedores habían sido declarados en quiebra. La Cámara la declaró inoponible erga omnes, y la Corte, sólo frente a los acreedores de la quiebra).

Las particulares circunstancias de la causa me llevan a la convicción de que la inoponibilidad planteada debe ceder frente a la acreditación indubitable del derecho real de dominio preexistente invocado por la tercerista.

En cuanto a las costas de Ambas Instancias, propongo que se impongan en el orden causado porque las embargantes pueden haberse considerado con derecho (art. 68 segundo párrafo y 274 del CPCC).

VOTO POR LA NEGATIVA.

**A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ
DR. PEDRO DOMINGO VALLE DIJO:**

Adhiero al voto y a los argumentos del colega que plantea la disidencia.

No pierdo de vista que “Una de las garantías del debido proceso es el

límite que tiene la Judicatura para no introducir alegaciones o cuestiones sorpresivamente, de manera que las partes puedan ejercer su plena y oportuna defensa, debiendo la sentencia contener decisión expresa positiva y precisa con arreglo a las pretensiones deducidas en juicio.” (SCBA, Ac 33721 S 23-8-1985; SCBA, Ac 43811 S 2-6-1992; SCBA, Ac 94095 S 5-4-2006), pues “el Derecho no puede convalidar las conductas ambiguas y las sorpresas procesales” (SCBA, Ac 74853 S 16-6-2004; SCBA, C 108700 S 16-3-2011; SCBA, C 92780 S 13-4-2011).

Tampoco que “La extensión de la regla *iura novit curia* no puede comprender lo que en el caso ofrezca fuera de su trazado estrictamente jurídico, so riesgo de llegar por vía de un proceder ‘ex officio’ al quebrantamiento mismo de la bilateralidad, por lo que se excluye la posibilidad de introducir oficiosamente acciones no ejercidas sin petición de parte interesada ni audiencia de la contraria, pues ello avasalla el art. 18 de la Constitución Nacional, y cuando se dice "acciones no ejercidas" la locución vale tanto como "defensas no opuestas".” SCBA, Ac 32508 S 3-7-1984, SCBA, Ac 43417 S 13-8-1991, SCBA, Ac 85103 S 31-8-2004, entre otras).

Ello así, por cuanto “si bien en virtud del principio *iura curia novit* se ha reconocido la facultad de los Jueces de determinar la norma jurídica que rige la litis aunque las partes no la invoquen o lo hagan en forma errónea, tal facultad tiene como límite el de no alterar la relación procesal.” (SCBA, Ac 32508 S 3-7-1984, SCBA, C 112660 S 8-8-2012, entre otras). Es decir, no les permite elaborar conclusiones que impliquen modificar las pretensiones que sirvieron de base para la articulación de la situación procesal o tergiversen la naturaleza de la acción incoada (SCBA, Ac 60716 S 2-9-1997, SCBA, Ac 85103 S 31-8-2004).

Sin embargo, la solución que propugna el colega disidente no quebranta tales reglas.

Tal como lo analiza el Dr. Loustaunau en su voto, no puede desconocerse que tanto la tercería de dominio como la de mejor Derecho persiguen dejar sin efecto –respecto del tercerista- el embargo, trabado, porque no en otra cosa consiste el pago preferencial de un crédito cuando se discuten derechos personales mejores o prioritarios; y que dado que el pago debe ser entendido como el

cumplimiento de una obligación de dar o de hacer, el mejor derecho, si se hace lugar a la tercería, consiste en el levantamiento del embargo trabado sobre el bien, como medida abarcada por el concepto de pago (MARTÍNEZ, Hernán, “Procesos con sujetos múltiples”, Ed. La Rocca, Bs. As., 1994, T. 2, pág. 279-280).

Estimo basal considerar que las demandadas, por su parte, pudieron ejercer adecuadamente su derecho de defensa, dado que ante el pedido de levantamiento de embargo sin tercería obrante a fs. 52/54 de la causa n° 64.716, “Rodríguez Alicia y Vázquez Virginia s/ Incidente de ejecución de honorarios en autos: Bressani de Quadri y o/s c/ Larripa Juan s/ Daños y Perjuicios”, como en estas actuaciones sobre tercería, a fs. 29/32, no negaron el derecho de la actora, sino que han planteado su inoponibilidad con fundamento en los arts. 2505 del Código Civil y 2 y 20 de la ley 17.801, y, fundamentalmente, no han cuestionado la vía escogida para demandar o la existencia o no de dominio en cabeza de la tercerista.

Por lo expuesto, **ADHIERO AL VOTO DEL DR. ROBERTO JOSÉ LOUSTAUNAU**.

ASÍ LO VOTO.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. JUEZ DOCTOR RUBEN DANIEL GÉREZ DIJO:

Corresponde: **1º)** Hacer lugar, *por mayoría*, al recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 266, revocando, en consecuencia, la sentencia dictada a fs. 257/61. Y en razón de ello, acoger la tercería de dominio promovida por **Francisca Capria** contra **Alicia Rodríguez y Virginia Araceli Vázquez**, ordenando el levantamiento del embargo trabado en los autos “*Rodríguez, Alicia y Vázquez, Virginia Araceli s/ Incidente de Ejecución de Honorarios*” sobre el inmueble matrícula N°167.122/28, Nomenclatura Catastral: Circ. I, Secc. A, Manz. 27, Parc. 10-a, Sub.parc. 28, Polígono 02-01 (45); **2º)** Imponer las costas de ambas Instancias en el orden causado (art. 68 segundo párrafo y 274 del CPC); **3º)** Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 8904).

ASÍ LO VOTO.

LOS SEÑORES JUECES DRES. ROBERTO JOSÉ LOUSTAUNAU Y

PEDRO DOMINGO VALLE VOTARON EN IGUAL SENTIDO Y POR LOS MISMOS FUNDAMENTOS.

En consecuencia, se dicta la siguiente

SENTENCIA:

Por los fundamentos brindados *-por mayoría-* en el presente Acuerdo: **1º**) Se hace lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 266, y se revoca, en consecuencia, la sentencia dictada a fs. 257/61. Y en razón de ello, se acoge la tercera de dominio promovida por ***Francisca Capria*** contra ***Alicia Rodríguez y Virginia Araceli Vázquez***, ordenando el levantamiento del embargo trabado en los autos “*Rodríguez, Alicia y Vázquez, Virginia Araceli s/ Incidente de Ejecución de Honorarios*” sobre el inmueble matrícula N°167.122/28, Nomenclatura Catastral: Circ. I, Secc. A, Manz. 27, Parc. 10-a, Sub.parc. 28, Polígono 02-01 (45); **2º**) Se imponen las costas de ambas Instancias en el orden causado (art. 68 segundo párrafo y 274 del CPC); **3º**) Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 8904). **REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE PERSONALMENTE O POR CEDULA (art. 135 inc.12 del CPC).-**

RUBÉN DANIEL GÉREZ

ROBERTO JOSÉ LOUSTAUNAU

PEDRO DOMINGO VALLE

si-///

///guen las firmas

JOSÉ GUTIÉRREZ
Secretario