



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 133.816

Número de orden:

Libro de sentencias Nro. 34

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a veintiocho de agosto de 2013, reunidos en acuerdo los Señores Jueces de la Sala Dos de la Excma. Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de este Departamento Judicial, Doctores. Abelardo A. Pilotti, Leopoldo L. Peralta Mariscal y María Cristina Castagno, para dictar sentencia en los autos caratulados “Gorza, Stella Maris contra Banco de La Pampa y otro sobre tercería de mejor derecho” (expediente número 133.816), y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 263 del Código Procesal), resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: Doctores Peralta Mariscal, Castagno y Pilotti, resolviéndose plantear y votar las siguientes

CUESTIONES

- 1) ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada, dictada a fs. 114/118?
- 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

VOTACIÓN

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DR. PERALTA

MARISCAL DIJO:

A- El asunto juzgado.

A. 1) Stella Maris Gorza promovió demanda de tercería de mejor derecho contra Banco de la Pampa y Héctor Abel Alfaro, partes en el cobro ejecutivo que corre atraillado al presente, señalando haber adquirido por boleto de compraventa el inmueble embargado por el Banco de La Pampa

con anterioridad al reclamo del crédito efectuado por éste, lo que deriva en que el bien debe ser desembargado por tener la parte actora mejor derecho que el Banco a la satisfacción de su crédito a la escrituración.

A. 2) El Banco de La Pampa resistió la pretensión actoral sosteniendo diversos argumentos, entre los que destaca que el tercerista no es titular dominical del inmueble, lo que obsta al progreso de la acción.

A. 3) El codemandado Héctor Abel Alfaro no contestó el traslado de la demanda y fue declarado rebelde.

B- La solución dada en primera instancia.

La magistrada de grado anterior rechazó la demanda.

Si bien tuvo por acreditada la fecha cierta del boleto de compraventa con la certificación notarial de las firmas de los otorgantes del documento privado, entendió aplicable la doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que exige que el crédito del tercerista sea anterior al del embargante, caso que no es el de autos.

C- La articulación recursiva.

Disconforme con lo decidido, la actora dedujo recurso de apelación a fs. 122, que le fue otorgado libremente a fs. 123. Expresó agravios a fs. 154/156, los que fueron objeto de la réplica que rola a fs. 158/161.

D- Los agravios.

D. 1) Critica la parte actora que se haya fallado conforme a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, que reputa no obligatoria: "ninguna norma escrita consagra la obligación formal de los tribunales inferiores de acatar los precedentes.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 133.816

Sostener lo contrario importaría desconocer la libertad de pensamiento, interpretación, independencia y valoración de los jueces, quienes deben fallar conforme a la ley y la Constitución Nacional y no a los fallos precedentes, más allá de la fuerza moral que detenten o el ahorro procesal que importe".

A renglón seguido, entiende cumplidos los recaudos de aplicabilidad del art. 1185 bis del Código Civil para que prospere su tercería de mejor derecho, pues -contrariamente a lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires- la prioridad no tiene por qué darse respecto del crédito del embargante sino con relación a la fecha de inscripción del embargo en el Registro.

D. 2) Al contestar el respectivo traslado, admite la contraria que los fallos de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires no son obligatorios; pero sostiene que motivos de celeridad y economía procesal recomiendan y justifican su seguimiento y acatamiento, lo que no afecta la libertad de pensamiento, interpretación y valoración de los jueces. En subsidio, entiende que la actora sólo manifiesta una divergencia de opiniones doctrinarias y jurisprudenciales, sin desconformarse con lo decidido por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

Paralelamente, se resiste tenazmente a la oponibilidad a su parte del boleto de compraventa. Dice que no fue instrumentado en escritura pública "como medio para poder oponer el contrato a terceros derivado del carácter declarativo de nuestro sistema registral", señalando que el que pretende enrostrársele a su parte es "un negocio de compraventa realizado sin las formalidades de la publicidad necesaria como para serle opuesto de acuerdo

a lo normado por el Código Civil". Finalmente postula que "ese boleto no podría ser oponible a mi mandante ya que obtuvo primero su derecho y exteriorizó en el registro público el mismo con anterioridad a la Sra. Gorza".

E- El análisis de la resolución atacada en función de los agravios expresados.

E. 1) Complejas son las cuestiones que se ventilan en este recurso; y particularmente espinosa la atinente a la obligatoriedad de la doctrina legal emanada de los fallos de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

Adelantando opinión sobre el incómodo tema, digo que es dable avalar la opinión coincidente de ambas partes en cuanto a que no tiene carácter obligatorio. Ninguna norma consagra tal obligatoriedad. Lo único objetivo que existe al respecto es por un lado que el art. 161 de la Constitución Provincial dispone que la Suprema Corte de Justicia conoce y resuelve en grado de apelación... "De la aplicabilidad de la ley en que los tribunales de justicia en última instancia, funden su sentencia sobre la cuestión que por ella deciden, con las restricciones que las leyes de procedimientos establezcan a esta clase de recursos..."; y por otro que el art. 278 del Código Procesal establece que "El recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley o doctrina legal procederá contra las sentencias definitivas de las cámaras de apelaciones y de los tribunales colegiados de instancia única, siempre que el valor del agravio exceda la suma equivalente a...". Ahora bien, de que la Suprema Corte tenga atribución constitucional para entender en grado de apelación "De la aplicabilidad de la ley en que los tribunales de justicia en última



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 133.816

instancia, funden su sentencia sobre la cuestión que por ella deciden..." y que, por imperativo legal, proceda el recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley en los casos en que no se respete la "doctrina legal", a que esa "doctrina legal" sea obligatoria para los tribunales inferiores hay una distancia muy grande que ninguna norma constitucional ni legal ha recorrido, aunque sí lo ha hecho la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en sus sentencias.

Es pertinente recordar las propias palabras de la Suprema Corte a la hora de sostener el carácter vinculante de sus fallos, para lo cual citaré el último de los que aparece en la base de datos Juba, que condensa la doctrina de todos los anteriores: "El acatamiento que los órganos judiciales hacen a la doctrina legal de esta Corte responde al objetivo del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, esto es, procurar y mantener la unidad en la jurisprudencia, y este propósito se frustraría si los tribunales de grado, apartándose del criterio de la Corte, insistieran en propugnar soluciones que irremisiblemente habrían de ser revocadas. Esto no significa propiciar un ciego seguimiento a los pronunciamientos de esta Corte, ni un menoscabo del deber de los jueces de fallar según su ciencia y conciencia, pues les basta - llegado el caso- dejar a salvo sus opiniones personales" (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Ac. 70613, Sent. del 17-VIII-2011).

A este respecto señalo con respeto pero con firmeza que dejar a salvo la opinión personal de los jueces no cambiaría en nada el hipotético incumplimiento de su deber de "fallar según su ciencia y conciencia", pues no lo estarían haciendo, aunque dejando aclarado que de acuerdo a su "ciencia

y conciencia" piensan distinto. Dicho de otra manera, se trata -se diga o no se diga- de la imposición de un ciego acatamiento a la jurisprudencia de la Corte, "permitiendo" que el inferior deje en claro que piensa distinto.

En cuestión que es pertinente traer a colación, memoro que ya ha tenido oportunidad de señalar este Tribunal (causa 133.054, "Aadi Capif", 17/07/2009, registro 116, primer voto del distinguido colega Dr. Pilotti) que es dable apartarse de la doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido en sentido distinto, lo que de por sí implica que no hay técnicamente una obligatoriedad de la denominada "doctrina legal". En este entendimiento, parto de la base que esa doctrina legal no es ni puede ser irrefutable, porque "El criterio para establecer el *status* científico de una teoría es su refutabilidad o testeabilidad. Una teoría que no es refutable por ningún suceso concebible no es científica. La irrefutabilidad no es una virtud de una teoría (como se cree a menudo) sino un vicio" (Popper, Karl Raimund: *Conjeturas y Refutaciones*, Buenos Aires, Paidós, 1991, pág. 61). Consiguientemente, no es adecuado acatar lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ciegamente y en toda circunstancia, debiendo tenerse presente que "Las teorías no se transmiten como dogmas, sino más bien con el estímulo de discutirlos y mejorarlos" (Popper, Karl Raimund: *Conjeturas y Refutaciones*, Buenos Aires, Paidós, 1991, pág. 77).

En este derrotero, me alejo de la opinión del Superior Tribunal Provincial y adhiero a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 133.816

Nación, según la cual un criterio jurisprudencial sólo puede reiterarse en la medida en que se presenten cuestiones fácticas equivalentes y un análogo marco jurídico (Fallos: 323:1669). La autoridad de los precedentes debe ceder ante la comprobación del error o de la inconveniencia de las decisiones anteriores (Fallos: 293:50); pero deben existir causas suficientemente graves como para hacer ineludible tal cambio de criterio (Fallos: 183:409), pues de lo contrario debe primar la estabilidad de la jurisprudencia (Fallos: 209:431). En doctrina que apoyo con total convicción y honestidad intelectual, adhiero al precedente del máximo tribunal federal según el cual “De esta doctrina emana la consecuencia de que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se aparten de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución y de las leyes dictadas en su consecuencia” (Fallos: 331:2004). Es que la autoridad jurídica y moral del Superior es evidente y cabe reconocerla tanto en la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires como en la Corte Suprema de Justicia de la Nación; pero paralelamente cabe decir, con la máxima autoridad judicial del país, que “Este deber de los tribunales inferiores no importa la imposición de un puro y simple acatamiento de la jurisprudencia de la Corte, sino el reconocimiento de la autoridad que la inviste y, en consecuencia, la necesidad de controvertir sus argumentos cuando se aparten de dicha jurisprudencia al resolver las causas sometidas a su juzgamiento” (Fallos: 312:2007). En fin, entiendo que la jurisprudencia del superior, sea la Corte nacional o la provincial, debe seguirse siempre por

elementales razones de conveniencia práctica y respeto a la autoridad que inviste el Superior, en tanto y en cuanto no se ponderen nuevos argumentos no tenidos en cuenta en las sentencias de la Corte, caso en el cual es deber de los tribunales inferiores sopesar esos argumentos y fallar conforme a la ley y a la Constitución, llegado el caso contrariando los precedentes del Superior que no los tuvo en cuenta. En tal hipótesis, la mera reserva de opinión del tribunal inferior importaría un confesado desvío de su función constitucional de fallar conforme a la Ley y a la Constitución.

Nótese, sin ir más lejos, que la Corte provincial ha dicho en la sentencia que precedentemente he transcripto en forma parcial que la obligatoriedad de su doctrina legal se funda en evitar "soluciones que irremisiblemente habrían de ser revocadas", lo que es impensable si se ponderan nuevos argumentos, salvo la descartable hipótesis de que el Superior se habría de obstinar en sostener su postura anterior sin escuchar siquiera nuevas razones que puedan demostrar que estaba fallando de manera equivocada.

E. 2) Sin perjuicio de ello, es del caso señalar que este tribunal ha interpretado la doctrina legal de la Corte cuya obligatoriedad está en tela de juicio en el sentido que "cuando la Excma. Suprema Corte expresó que el crédito debe ser anterior al del embargante, en verdad se refirió a que el boleto de compraventa resulta oponible cuando es anterior (fecha cierta mediante) al embargo o lo que es lo mismo que para que haya lugar a la tercería de mejor derecho incoada, el embargo debe ser posterior al de la fecha cierta que ostenta el boleto de compraventa en que se basa, sin



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 133.816

importar la fecha del crédito cuya tutela persigue el embargo", habiéndose fundado esta postura en que "no existe disposición normativa alguna que dé preeminencia al crédito del acreedor embargante en función de ser de fecha anterior. La única prioridad establecida legalmente en relación al tiempo es la existente en el artículo 218 del CPCC y tal preeminencia no está dada por la fecha del crédito sino por la de anotación del embargo", habiéndose agregado que cuando el art. 97 del Código Procesal Civil y Comercial "habla del fundamento de la tercería, no refiere a la primacía del crédito sino a la existencia del embargo. Ergo la fecha cierta a considerar lo es con relación a la del embargo y no a la del crédito que lo origina" (causa 138.580 de esta Sala en su actual integración, registro n° 105, libro de sentencias n° 33, 21 de agosto de 2012, en primer voto de la Dra. Castagno, al que presté mi adhesión).

Finalmente, menos de dos meses después de ese fallo, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha variado su doctrina enrolándose en la interpretación que, como acabo de señalar, ya venía propiciando esta Sala. Dijo el 10 de octubre de 2012 que "Acreditada que la compraventa fue celebrada con anterioridad a la fecha de la traba del embargo, que se abonó el total del precio convenido, y la buena fe de la adquirente -la cual se presume, en virtud de lo dispuesto en el art. 2362 del Código Civil- corresponde, en virtud de la manda que surge del art. 1185 bis del referido cuerpo legal, admitir la tercería de mejor derecho y disponer el levantamiento de la cautelar oportunamente trabada (Suprema Corte de

Justicia de la Provincia de Buenos Aires, C 108354, sent. del 10-X-2012, base de datos JUBA).

E. 3) Independientemente de que se tenga en cuenta la fecha del crédito del Banco de la Pampa o la de la traba del embargo (a esta altura no caben dudas de que debe computarse la última), se presenta un óbice insalvable para que progrese la pretensión actoral: el boleto de compraventa en que basa su tercería de mejor derecho carece de fecha cierta anterior tanto a una como a la otra. No obsta al abordaje de este tópico su falta de cuestionamiento en términos sacramentales porque se trata de una cuestión jurídica y el derecho es resorte exclusivo del juez (*iura novit curia*), habiéndose el demandado opuesto férreamente en su réplica a la expresión de agravios a la oponibilidad del boleto de compraventa que trae la actora en sustento de su derecho, lo que es suficiente para que sea deber de este tribunal abordar la cuestión (advirtase que también hubo una réplica a la demanda en la que se resistió enfáticamente su progreso aunque el tema de la oponibilidad -cuestión indudablemente jurídica- no haya sido mencionado de manera tan explícita). Que se trata de una cuestión exclusivamente de derecho (y que por ende dispara la aplicabilidad del *iura curia novit*) se hace evidente desde que no hay aquí "hechos" en discusión, sino la calificación de esos hechos dentro de determinada categoría jurídica o de otra (concretamente, si se trata de un documento que tiene o no fecha cierta, y si ella quedó configurada en un momento o en otro). Además, no debe olvidarse que la demandada triunfó en primera instancia, por lo que no podía ni apelar ni agravarse de la sentencia.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 133.816

Entrando en materia, señalo que es dable fundar la tercería de mejor derecho en un boleto de compra venta si se dan los extremos del art. 1185 bis del Código Civil; y el tercerista (comprador) puede lograr la suspensión del proceso principal, porque tiene derecho a ser "pagado" antes que los embargantes, entendiendo el "pago" en el sentido del art. 725 del Código Civil, es decir el cumplimiento de la prestación que hace el objeto de la obligación, que en el caso es la escrituración (causa 125.809, "Sandon c. Gómez Fontán", 3/11/2005, reg. 543, libro 26). Pero para que la tercería proceda, es necesario que el boleto cuente con fecha cierta (mi voto en causa 128.776, entre otras, 15/5/2007, Reg. 89, libro 28, Microjuris MJJ11247; El Dial Express del 30/05/07; La ley Buenos Aires, 2007, 912); la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires así lo ha sentado: "Para la actuación del art. 1185 bis del Código Civil se requiere tanto el pago del veinticinco por ciento del precio como la existencia de fecha cierta" (conf. SCBA, L 69198, sent. del 10-V-2000). Y esa fecha cierta, como hemos visto, debe ser anterior al embargo al que pretende oponerse.

La fecha cierta es el último día en que un documento privado pudo haber sido creado; garantiza que por entonces existía. Es verdad que la enumeración que emerge del art. 1035 del Código Civil no puede considerarse taxativa pues de lo que se trata es de que no quepa ninguna duda de que el documento en cuestión no haya podido ser otorgado con posterioridad a la "fecha cierta", independientemente de la manera con que se demuestre tal extremo. Pero la apreciación de la prueba fuera de los supuestos enumerados por el art. 1035 del Código Civil debe ser rigurosa, no

dejando el más mínimo atisbo de duda sobre la imposibilidad de que el documento se pudiere haber otorgado con posterioridad (Conf. Lagomarsino, Carlos A. R.: *Comentario al art. 1035 del Código Civil* en Belluscio -director- y Zannoni -coordinador-: "Código Civil y Leyes Complementarias, comentado, anotado y concordado, tomo 4, p g. 671, Buenos Aires, Astrea, 1982; Fissore, Diego: *Comentario al art. 1035 del Código Civil* en Rivera, Julio César - Medina, Graciela -directores-: "Código Civil Comentado - Hechos y Actos Jurídicos", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005). Llambías tiene dicho que "...no es viable probar contra lo dispuesto en el art. 1035 por consignarse ahí pruebas legales de la fecha cierta de los documentos. Pero para aceptar otros hechos comprobatorios de la fecha cierta, no hay necesidad de acudir a la idea de las presunciones *hominis*, que en esta materia no es adecuada, pues no se trata de admitir hechos probables porque no se haya probado en contra de ellos -presunción *juris tantum*-, sino de atribuir fecha cierta a los documentos en base a la certeza moral resultante de ciertos hechos debidamente comprobados. Es claro que la mínima duda se vuelve en contra de esa inducción" (Llambías, Jorge Joaquín: *Tratado de Derecho Civil - Parte General*, duodécima edición, Tomo II, p g. 418, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986). Bajo este derrotero, es por demás evidente que aún cuando puede haber otros supuestos de fecha cierta no previstos en el art. 1035 del Código Civil (y, de hecho, los hay; por ejemplo, el día que amputaron ambas manos a uno de los firmantes del documento, pues no puede caber en tal hipótesis duda alguna de que el instrumento no fue firmado después de ese día), los que contempla la norma deben cumplirse tal como los previó el legislador, sin



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 133.816

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

sustraerle requisito alguno; lo contrario, más que encontrar un nuevo supuesto de fecha cierta, es modificar por vía judicial un texto legislativo, lo que deviene inadmisibles por conllevar el ejercicio de funciones de otro Poder del Estado. De consuno, si el art. 1035 del Código Civil prevé que un documento privado tiene fecha cierta por el hecho de ser reconocido ante un escribano "y dos testigos que lo firmaren" (art. 1035 inc. 2 del Código Civil), no puede admitirse como prueba de la fecha cierta sólo el reconocimiento (o la certificación de firmas, pues veremos inmediatamente que la solución es ineludiblemente la misma para ambos casos) puesto que ello implica tanto como desoír el mandato expreso del legislador y tener por existente la fecha cierta por el sólo hecho de la intervención notarial, cuando el legislador entendió imprescindible adicionar a ese requisito la firma de dos testigos. Si la ley exige tanto la actuación notarial como la firma de dos testigos, el juez no puede admitir sólo la primera porque ello implica dejar sin efecto la norma legal que exige dos requisitos para sustituirla por otra que sólo contempla uno, lo que implica que se inmiscuya en tareas propias de la función legislativa del Estado. Más todavía, esta interpretación "flexible" va en contra de la finalidad de la norma, que consiste en que exista certeza para el otorgamiento de fecha cierta, desdibujando una institución que está dada para otorgar seguridad jurídica, lo que reputo inadmisibles.

El hecho que la norma en cuestión hable de "reconocimiento" ante un escribano y no de "certificación" de firmas no cambia las cosas, porque ambos supuestos son equiparables a los efectos aquí tratados. Cuando el inciso segundo del art. 1035 del Código Civil se refiere al "reconocimiento

ante un escribano y dos testigos que lo firmaren", incluye implícita pero indudablemente a la certificación de firmas ya que se trata del mismo tipo de intervención notarial (es más, veremos luego que si los testigos son requeridos para el reconocimiento, *a fortiori* también lo son para la certificación de firmas). Lo que importa es la existencia de una función actuarial que no requiere protocolización del documento privado en cuestión, caso en que la seguridad jurídica sería mucho mayor, además de tratarse de un supuesto ajeno a estas consideraciones porque el documento habría adquirido la calidad de instrumento público, por definición oponible a terceros desde la fecha de su expedición por el oficial público. A mayor abundamiento señalo que la rigurosidad formal del protocolo no tiene punto de comparación con la del libro de requerimientos de la notaría, de lo que se sigue la sustancial diferencia en cuanto a la importante seguridad que brinda el primero frente a la sensiblemente atenuada del segundo (ver art. 998 del Código Civil, y la grave sanción para su incumplimiento, que no tiene parangón en lo que atañe al libro de requerimientos).

Más todavía, debe advertirse que para la certificación de firmas ni siquiera es necesario que se extienda una actuación protocolar (no hablamos ya de una protocolización), mientras que para el "reconocimiento" del documento ante un escribano y dos testigos, debe labrarse una escritura pública en la que si bien el documento privado no se protocoliza, por lo menos queda la actuación de reconocimiento plasmada en el protocolo. Y si para esta hipótesis el legislador requirió la actuación coetánea de dos testigos, *a fortiori* es imprescindible en el caso de la certificación de firmas,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 133.816

donde el libro de protocolo ni siquiera debe ser abierto. En fin, interpretar que la presencia de dos testigos es necesaria en el caso del reconocimiento del documento ante un escribano y no en el de la certificación de firmas es absurdo, porque sería insensato que el legislador requiriera (frente a dos supuestos que resultan analogables por no convertir en público el documento privado) la presencia de testigos para el supuesto que otorga *a priori* más seguridad jurídica -reconocimiento- y no la exigiera para el que brinda menos seguridad -certificación de firmas-. En suma, si la ley requiere los dos testigos en el caso del "reconocimiento", con más razón su presencia deviene imprescindible en la hipótesis de "certificación de firmas". Si estas soluciones son compatibles o no es harina de otro costal; pero son obligatorias en tanto no se declare inconstitucional el art. 1035 inc. 2° del Código Civil (art. 1° del mismo cuerpo normativo).

No cambia las cosas que para atacar la fuerza probatoria abstracta de un instrumento público en cuanto el oficial actuó en ejercicio de la fe pública sea necesaria la redargución de falsedad, lo que queda demostrado con la circunstancia de que incluso en las escrituras públicas, para algunas se requiere la presencia de testigos y para otras no (arts. 1001, 1004 y conc. del Código Civil), a pesar de que todas tienen la misma naturaleza jurídica, igual valor probatorio e idéntico medio de impugnación. Ello, sin perjuicio de que cuando se trata de un instrumento público distinto de la escritura pública, como en el caso del art. 1035 inc. 2° del Código Civil, la ley le reste valor para una determinada función (como la oponibilidad a terceros -art. 1034 del Código Civil-) sin necesidad de acudir a la redargución de falsedad: la norma

particular en análisis deroga, a los efectos de la oponibilidad a terceros, el requisito de redargución de falsedad que en general exige para la impugnación del valor probatorio de los instrumentos públicos (art. 993 del Código Civil); y lo hace sabiamente, pues diabólica y cercana a lo imposible sería la prueba para un tercero de que el escribano mintió cuando dijo que el documento no fue reconocido o firmado delante de él (no está de más recordar que semejante exigencia la estaríamos requiriendo respecto de quien no conocía ni a los otorgantes ni al escribano, lo que torna innecesario el cortejo de razones adicionales a esta fundamentación).

En la hipótesis del art. 1035 inc. 2° del Código Civil, donde existe una intervención notarial del documento sin protocolización (independientemente de que se trate de un reconocimiento o certificación de firmas, pues concurren en ambos casos las mismas razones, debiendo ser por ende idéntica la solución -Rivera, Julio César: *Instituciones de Derecho Civil, Parte General*, 3ª edición, Buenos Aires, LexisNexis Abeledo Perrot, 2004, pág. 209-; y si cupiera distinguir, forzoso sería concluir -como hemos visto- en que los requisitos deben ser mayores para la certificación de firmas que para el reconocimiento), el codificador no reputó suficiente la actuación del escribano (y es indudable que el grado de certeza no es el mismo en uno y otro caso, tema sobre el que volveré), adoptando una postura de política legislativa que puede ser más o menos conveniente, más o menos compatible, pero que en todo caso resulta imperativa (art. 1° del Código Civil), salvo que se declare su inconstitucionalidad, posibilidad que nadie ha insinuado en la especie ni



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 133.816

encuentro viable pues aun cuando pudiera no compartirse, no afrenta derecho o garantía constitucional alguno.

Si estuviéramos ante una hipótesis de protocolización, la solución sería distinta pues se hubiera generado un instrumento público a través de la anexión del boleto de compraventa al protocolo y su transcripción en una escritura pública. Lógica derivación de ello es que no se exija la intervención de testigos, y de ahí que sea sabia la previsión del inciso tercero del art. 1035 del Código Civil en cuanto no tiene tal imposición. El "reconocimiento" y la "certificación de firmas", en cambio, mantienen al instrumento original como privado, lo que justifica el mayor rigor legal para su oponibilidad a terceros (intervención de dos testigos anexada a la actuación notarial). Resulta por demás evidente que la intervención de los dos testigos otorga un "extra", un "plus" a la intervención notarial. Podría discutirse si esa mayor certeza es mucha, poca o muy poca; pero es irrefutable (desde el derecho y desde la lógica) que el plus está (en un caso bastaría el dolo del notario y en otro se debería sumar el de los dos testigos); y el legislador, soberano en su función constitucional en la medida en que no la extralimite, reputó necesario ese plus en decisión que, conveniente o no, es propia de la función legislativa y obligatoria como el contenido de toda norma jurídica en tanto no sea inconstitucional (art. 1° del Código Civil).

No debe olvidarse que el embargante tiene publicidad registral de su medida cautelar mientras que el comprador por boleto sólo tiene a su favor un instrumento privado, que únicamente puede ser oponible ante aquél si se dan exactamente las premisas previstas por el legislador en el art. 1035 del

Código Civil, u otras distintas que den como mínimo igual grado de certeza que ellas.

Como dijo Llambías en un párrafo precedentemente transcrito, "Es claro que la mínima duda se vuelve en contra de esa inducción", es decir en contra de la existencia de fecha cierta.

Tengo firme postura tomada en cuanto al carácter no taxativo, es decir simplemente enunciativo, de la enumeración del art. 1035 del Código Civil. Demás está decir que tales cualidades suelen no surgir explícitamente de la ley sino de una elaboración doctrinaria, que es perfectamente plausible en tanto la necesaria vaguedad de las normas jurídicas otorgan margen inexcusable para la interpretación y para la determinación del carácter taxativo o enunciativo de las enumeraciones, sin que ello tenga relación con su obligatoriedad, la que se presenta ineludiblemente (art. 1º del Código Civil). Que la ley sea obligatoria no significa que no sea interpretable, tanto como que su interpretabilidad no conlleva que se la pueda hacer decir lo que al intérprete le place. Todo, en el Universo, implica un equilibrio; el derecho no es la excepción. Las normas jurídicas son obligatorias, pero sus previsiones y el lenguaje empleado en su redacción son muchas veces ambiguos y vagos, supuesto en que la interpretación es el salvavidas del derecho; pero debe usarse concienzudamente, con el fin honesto y sincero de determinar el alcance normativo de las leyes y no como herramienta para hacerles decir lo que al intérprete le place que digan.

Ese carácter meramente enunciativo que -entiendo- contiene la enumeración del art. 1035 del Código Civil ya lo he puesto de manifiesto con



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 133.816

un ejemplo teórico en este voto (caso de amputación de ambas manos de alguno de los que firmaron el documento) y he emitido otros que hicieron sentencia unánime en esta misma Sala cuando todavía no la integraba la Dra. Castagno pero sí el Dr. Pilotti, por ejemplo cuando consideré que tenía fecha cierta un documento cuya fotocopia simple había quedado archivada en una oficina pública (causa 125.817, 23/02/2006, Libro 27, Folio 17, LLBA 2006-511). Ahora bien, quede claro que lo no taxativo es la enumeración, pero sin duda sí lo son los requisitos de cada hipótesis prevista porque de lo contrario el problema no sería si la enumeración es o no taxativa, sino que no habría enumeración alguna, hipótesis que se refuta con el simple trámite de leer los distintos incisos del art. 1035 del Código Civil.

En suma: la ley exige, salvo el caso de protocolización (arg. art. 1035 inc. 3° del Código Civil), actuación notarial y dos testigos, no intervención notarial solamente; y ha dicho nuestro Superior Tribunal Provincial, con marcada razón, que no corresponde efectuar interpretaciones de las normas jurídicas que distorsionen su texto legal ni aún cuando la aplicación del precepto en la forma concebida por el legislador pudiera considerarse inequitativa; ello por cuanto la modificación debe provenir necesariamente de una reforma legislativa (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Acuerdo 46336 del 19-10-1993, DJBA 145-234).

En el caso juzgado, el boleto de compraventa en que la parte actora basa su tercería carece de fecha cierta anterior a la traba del embargo pues si bien las firmas de los otorgantes han sido notarialmente certificadas, no se ha cumplido el inexcusable requisito del art. 1035 inciso segundo del Código Civil

consistente en que dos testigos hayan firmado el acta. Esa norma es obligatoria (art. 1° del Código Civil), salvo que sea inconstitucional, hipótesis que no se presenta. Dicho de otra manera, sólo puede sostenerse que basta la intervención notarial para otorgar fecha cierta a un documento privado si se declara la inconstitucionalidad del art. 1035 inc. 2° del Código Civil, y no considero que ello sea pertinente.

El boleto de compraventa en cuestión recién adquirió fecha cierta con su anexión a esta demanda el 12 de marzo de 2003 (cargo de fs. 12 vta.; art. 1035 inc. 1° del Código Civil), es decir con posterioridad tanto al crédito como al embargo del Banco de La Pampa, y ello torna improcedente la demanda.

Aunque por distintos fundamentos a los brindados por la jueza de primera instancia, voto por la afirmativa.

A LA PRIMERA CUESTIÓN LA SRA. JUEZ DOCTORA CASTAGNO

DIJO:

I.- La sentencia que viene apelada rechazó la Tercería de mejor derecho incoada por Stella Maris GORZA contra el Banco de La Pampa y Héctor Abel Alfaro con motivo del embargo -decretado en los autos: “Banco de la Pampa c/Alfaro H.A. s/Cobro Ejecutivo”- del inmueble ubicado en Coronel Pringles, identificado catastralmente como Circ. XIII, Sec. “C”, Manz. 207, Parcela 2, que comprara a Alfaro mediante el Boleto de Compra Venta que adjuntó a su demanda.

La juez a quo -con cita de la doctrina emanada de nuestra Suprema Corte de Justicia (Ac. 33.251)- fundó el rechazo en la circunstancia de que si bien el boleto de compraventa tenía fecha cierta anterior al embargo



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 133.816

decretado (11/08/1999), no la tenía respecto del crédito del acreedor embargante (20/02/1998).

II.- Contra dicho pronunciamiento se alzó en recurso de apelación la actora perdidosa que fundó con el escrito de expresión de agravios agregado como fs. 154/156 que mereciera la réplica del acreedor embargante que luce a fs. 158/161.

Se queja la apelante del acatamiento que la sentencia hace de la doctrina del Superior, expresando que no existe obligatoriedad de seguir los fallos del más alto tribunal provincial y de que en todo caso la prioridad de su crédito emanado del boleto de compraventa, ha de juzgarse respecto de la fecha de anotación del embargo y no respecto del crédito del embargante, tal como surge de la doctrina y jurisprudencia que cita.

Su contraria, defiende la sentencia recaída en la Tercería, expresando que si bien los fallos del Superior no resultan obligatorios para los tribunales inferiores, lo cierto es que razones de celeridad y economía procesal justifican su seguimiento pudiendo los jueces resolver según sus razonamientos o bien dejar a resguardo el mismo en su resolutorio. Sostiene el acierto de la sentencia en cuanto relacionó la prioridad de su derecho en relación a su crédito de fecha anterior a la de la tercerista, con cita de jurisprudencia que considera reiterada y pacífica.

III.-Sucintamente relatadas así las cuestiones a las que habrá de avocarse esta Cámara (art. 260 y 272 del CPCC) y atendiendo al principio rector en materia recursiva "*tantum devolutum quatum appellatum*" y doctrina de la Excma Suprema Corte Provincial en cuanto "*La potestad*

revisora de la Alzada sufre una doble limitación: la que resulta de la relación procesal y la que el apelante haya querido imponerle en el recurso (SCBA Ac 49.959. 31/V/94) tampoco puede decidir sobre temas no incorporados a la expresión de agravios (SCBA DJBA 116-383); en modo alguno modificar la sentencia en perjuicio del apelante, si sobre el punto no hubo ataque de la contraria (SCBA DJBA 124-289); es decir no puede agravar, perjudicar o empeorar objetivamente la situación del recurrente (SCBA Ac 43.697)” (ver sus citas en MORELLO, SOSA BERIZONCE: CODIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA Y DE LA NACIÓN Edit. Abeledo Perrot-Bs. As. 1997 Comentario al art. 272, pág. 300) diré que no comparto las conclusiones a que arriba mi distinguido colega Dr. Peralta Mariscal que inaugura con su voto este Acuerdo.

Doy mis razones. En el presente, la fecha cierta del boleto de compraventa viene ya dirimida en la instancia anterior, en la que el magistrado la fijó a la de certificación de sus firmas y ello no ha sido motivo de embate claro y expreso por parte del Banco en su réplica, pese a los agravios del apelante. Se ha limitado aquél a sostener que su crédito era de fecha anterior al del tercerista y la inoponibilidad que opuso la refirió a que obtuvo primero su derecho y exteriorizó en el Registro Público el mismo con anterioridad a la señora Gorza, de donde se desprende que sostiene su mejor derecho en la preeminencia de su crédito por ser de fecha anterior al del adquirente por boleto de compraventa (lo que es cierto) y haberlo exteriorizado mediante la inscripción del embargo en el Registro de la Propiedad. De igual modo se refirió al contestar la demanda.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 133.816

Pero como seguidamente expondré, la preeminencia de los créditos en la acción que nos ocupa -tercería de mejor derecho- se relaciona con la fecha de anotación del embargo de manera que aún cuando el crédito del embargante pueda ser anterior al del adquirente por boleto si la de éste es anterior a la de toma de razón del embargo, procede la tercería incoada y corresponde el levantamiento de la cautelar registrada.

Por otra parte, admitido que la enumeración del artículo 1035 del Código Civil no es taxativa, existiendo otros supuestos de adquisición de fecha cierta, la de certificación por un notario de las firmas puestas en el boleto, puede ser reputada como tal atento la forma de registración en el Libro respectivo que regla su profesión (arts. 176 y 177 Ley provincial N° 9030 y arts. 126 a 135 de su Decreto Reglamentario 3887/98).

Señalo además que la certificación es acto distinto del de reconocimiento -único supuesto mencionado por el mentado artículo 1035 inc. 2° del Código Civil- y para el cual requiere la presencia de dos testigos. La particular interpretación que mi distinguido colega preopinante trae al respecto, en cuanto análoga ambos supuestos, es una, de las distintas interpretaciones que pueden haber. La mía es que no siendo contemplado en la norma el acto de certificación, no resulta necesaria la presencia de los dos testigos previstos para el reconocimiento.

IV.- Dicho ello y a fin de dilucidar las cuestiones tal como han sido traídas a esta instancia he de referenciar mi voto que hiciera sentencia, recaído en los autos: "Grasman, Fabricio E. y otra s/Tercería de Mejor

Derecho en autos “La Inversora Bahiense S.A. c/Zublin, Carlos y otros/Ejecución”- Expte. N° 138.580-Sent. del 21 de agosto de 2012, que entiendo plenamente aplicable al caso por la similitud de las cuestiones a considerar.

En lo que aquí interesa, dije en aquella oportunidad y reitero ahora que: *“...viene firme y no controvertido la extensión de la oponibilidad que legisla el artículo 1185 bis del Código Civil, a los supuestos de adquirentes de boleto de compraventa respecto de terceros acreedores del transmitente, aún cuando no mediare concurso o quiebra del mismo (conf. SCBA Ac 33251 S 24-6-1986, ED 121,205 –JA 1987-I,227; LL 1986-E,426-DJBA 1986-131). Ha quedado establecido que el adquirente por boleto de compraventa puede oponerle al acreedor embargante del inmueble que adquiriera aún cuando su vendedor no estuviere concursado pues en dichos de nuestro Superior Tribunal Provincial “Si bien el art. 1.185 bis del Código Civil se refiere al caso de concurso o quiebra del vendedor autorizando a oponer el boleto al conjunto de acreedores que conforman la masa, no se advierte razón alguna que impida que lo mismo pueda ocurrir frente al acreedor embargante en un proceso ejecutivo” (conf. SCBA Sumario B 22355 autos: “Club Personal Banco Río Negro y Neuquen Bahía Blanca s/Tercería de dominio en “Gaucci, Roberto c/Graetz, Rodolfo. Cobro Ejecutivo” S 9/02/1993 y Ac 33251 S 24-6-1986, ED 121,205 –JA 1987-I,227; LL 1986-E,426-DJBA 1986-131)”*.

Y atendiendo a la expresión de agravios teniendo siempre presente la doctrina legal de nuestra Excma. Suprema Corte Provincial que antes refiriera, advertía ya en aquél precedente, al igual que advierto ahora, que lo



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 133.816

que está en juego es la oponibilidad del documento base del pretendido mejor derecho respecto de la anotación del embargo obtenida por un acreedor del titular registral del dominio del inmueble involucrado, a cuyo efecto es procedente indagar la preeminencia en el tiempo de los derechos en pugna.

Ni la doctrina ni la jurisprudencia han sido pacíficas respecto a las posibles soluciones a dar al conflicto en el que intervienen un adquirente de inmueble por boleto de compraventa, de buena fe y con el 25 % de su precio pagado, frente al acreedor del vendedor de dicho inmueble (titular registral) que lo embarga en pos de la satisfacción de su crédito.

Sobre el particular he de remitirme -en homenaje a la brevedad- a las expresiones que volcara en mi recordado voto, acápite 7, sobre “Antecedentes Doctrinarios y jurisprudenciales relativos a la cuestión” luego de los cuales con análisis de las constancias de la causa concluyera en la preeminencia del boleto de compraventa por sobre el crédito del acreedor embargante por considerar que la prioridad de aquél estaba dada en relación a la fecha de toma de razón del embargo y no a la del crédito que apuntocaba la cautelar (criterio éste compartido por mis dos distinguidos colegas de la Sala).

Dije entonces y reitero ahora a fin de desentrañar el mejor derecho pretendido: *“Ambos instrumentos privados -el boleto de compraventa y el pagaré- importan un crédito para sus beneficiarios designados en los mismos. El pagaré es un crédito en dinero y el boleto de compraventa es un*

crédito en especie, por el cual el comprador tiene derecho de exigir del vendedor el cumplimiento de la obligación que éste asume --pago en el sentido del artículo 725 del Código Civil-(ver en igual sentido esta Sala, voto del Dr.Peralta Mariscal en el ya citado Expte N° 128.776 “Di Martino, Ricardo G.y Pedersen Marisa E. c/Príncipe, Jorge y Nuciari, Juan V. s/Tercería de Mejor Derecho) esto es la correspondiente elevación a escritura pública y su anotación en los Registros respectivos según artículos 2505 del Código Civil y 2 de la Ley 17.801”.

En el presente y particular caso planteado, el Tercerista apelante si bien ostenta un crédito de fecha cierta anterior a la del embargo, ha pagado el total del precio del inmueble y tiene su posesión desde 1999, según su boleto de compraventa y testimoniales brindadas, no cuenta con un crédito de fecha cierta anterior al del acreedor que obtuvo el embargo con base en un contrato de mutuo (que instrumenta su crédito) suscripto en “...Coronel Pringles a los 09 días del mes de FEBRERO de 1998”, que reza en su parte final: “En prueba de conformidad, se firman Dos (2) ejemplares, en el lugar y fecha indicados en el encabezamiento”, con firma de su deudor certificada en Febrero 20 de 1998, consignando el notario que certifica que la firma de Héctor Abel Alfaro fue puesta en su presencia con fecha 20 de febrero de 1998. Cabe aclarar Héctor Abel Alfaro es el titular registral del inmueble por el que se interpone la tercería y contra quien se dirige la misma además del Banco de La Pampa –ver autos “Banco de La Pampa c/Alfaro, Héctor Abel Cobro Ejecutivo”- Expte. N° 96.054 agregado por cuerda separada). Dicho



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 133.816

contrato de mutuo y el pagare que en él se menciona y da origen a ese juicio ejecutivo obran anejados a fs. 37/44 de dichos autos.

Y, enfrentados ambos créditos, cuál ha de prevalecer?

Si tomáramos literalmente la expresión de nuestra Excma. Suprema Corte Provincial antes citada y anterior también al fallo recaído en la causa C 108354 S 10-10-2012 que ya cita mi distinguido colega preopinante, habremos de concluir, como el magistrado sentenciador...que el boleto de compraventa no ha de primar sobre el crédito del acreedor embargante pues éste es de fecha anterior. Recordemos que: *“Resulta procedente la tercería intentada sobre la base de un boleto de compraventa porque el amparo que confiere el art. 1185 bis del C.C. resulta oponible al acreedor embargante en un proceso ejecutivo en tanto queden acreditados los extremos de esa norma y el crédito del comprador sea anterior al del embargante”* (el subrayado me pertenece -conf. SCBA jurisprudencia ya citada, reiteradamente sostenida entre otros en AC 36838 S 11-12-1986; AC 37368 S 29-3-1988; AC 52741 S 16-8-1994-Base JUBA) y *“Para la actuación del art. 1185 bis del Código Civil se requiere tanto el pago del veinticinco por ciento del precio como la existencia de fecha cierta”*(SCBA, L 69198, sent. del 10-V-2000).

Sin embargo, tal como lo sostuviera en mi recordado voto y reitero ahora: *“...tengo para mí que esta no es la solución legal y justa para el caso y que cuando la Excma. Suprema Corte expresó que el crédito debe ser anterior al del embargante, en verdad se refirió a que el boleto de compraventa resulta oponible cuando es anterior (fecha cierta mediante) al*

embargo o lo que es lo mismo que para que haya lugar a la tercería de mejor derecho incoada, el embargo debe ser posterior al de la fecha cierta que ostenta el boleto de compraventa en que se basa, sin importar la fecha del crédito cuya tutela persigue el embargo.

Fundo mi convencimiento en la circunstancia de que no existe disposición normativa alguna que dé preeminencia al crédito del acreedor embargante en función de ser de fecha anterior. La única prioridad establecida legalmente en relación al tiempo es la existente en el artículo 218 del CPCC y tal preeminencia no está dada por la fecha del crédito sino por la de anotación del embargo.

El artículo 97 del código ritual referido específicamente a las Tercerías, determina que éstas proceden únicamente si existe embargo y así ha sido entendido por la misma Excma. Suprema Corte Provincial cuando ha expresado: “ Se aleja de la tipicidad del art. 97 del Código Procesal Civil y Comercial la tercería de mejor derecho sustentada cuando no existe medida cautelar” (SCBA Ac 53239 S 6-12-1994 Juez Negri en autos: “Paolilli, Felipe Julio s/Tercería de mejor derecho-Publicaciones A y S 1994 IV, 379).

Nótese que dicha norma cuando habla del fundamento de la tercería, no refiere a la primacía del crédito sino a la existencia del embargo. Ergo la fecha cierta a considerar lo es con relación a la del embargo y no a la del crédito que lo origina.

En fin, como ha sido sostenido por la Excma. Cámara Civil y Comercial de La Plata: “El orden preferencial del pago plantea la situación entre el titular



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 133.816

de una promesa de venta y el embargante respecto de la temporaneidad de la concreción de la medida cautelar en relación a la fecha cierta de la promesa de venta y no a la fecha del crédito del embargante” (CCC 01, Sala 2 en autos: “Silverio, Aquino c/El Expreso Libertad s/Tercería” sentencia del 26/10/1999-Vázquez-Rezzónico), porque “Se aleja de la tipicidad del art. 97 del Código Procesal Civil y Comercial la tercería de mejor derecho sustentada cuando no existe medida cautelar.” (SCBA Ac 53239 S 6-12-1994).

A mayor abundamiento: “Cuando se plantea una tercería de mejor derecho en el marco de un proceso ejecutivo, lo que importa, a los efectos de que tenga viabilidad el planteo del tercero adquirente del inmueble, es que el boleto de compraventa esgrimido por éste tenga fecha cierta anterior a la anotación de la medida cautelar que se procura levantar” (CC0002 AZ 52479 RSD -164- S 20-11-2008, Juez Galdos).

“Si el crédito del tercerista es anterior a la traba del embargo de un tercer acreedor, éste solamente ha podido embargar los bienes en el estado en que se hallaban en el patrimonio del deudor al momento de efectivizarse la traba” (CC 0103 LP 219237 RSD-305-94 S 22-11-1994, Juez Perez Crocco en autos; “Contreras Carlos A s/Tercería de mejor derecho).

En igual sentido jurisprudencia que cita Highton en “CODIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE IA NACION” nota al artículo 97, dirigido por Highton y Arean, Tomo 2, págs. 453, 565 y 566.

Por lo demás, como ya ha sostenido esta Excma. Cámara en el fallo antes citado (Expte. Nº 128.776), la jurisprudencia de nuestra Provincia ha venido inclinándose por dar protección al adquirente con boleto en los

términos del art. 1185 bis ya citado aún fuera del ámbito concursal. No se advierte razón valedera para que esta protección legal sea desplazada por la circunstancia de ser el crédito del embargante (tenga o no fecha cierta) anterior al del adquirente del inmueble por boleto -cuando tiene fecha cierta anterior-, pues dicho crédito no cuenta con ningún tipo de publicidad hasta tanto no se formaliza el embargo en el Registro respectivo. En cambio, y para el particular caso planteado, éste cuenta con una posesión de larga data que importa la publicidad que tal circunstancia le otorga y que unida a la fecha cierta adquirida con anterioridad a la fecha de anotación del embargo me inclinan a sostener su preeminencia por sobre el crédito del embargante.

Adviértase que, -aún cuando no es condición de la norma (art. 1185 bis)- la tradición y la posesión del bien inmueble que resulta agredido (y la publicidad que ésta otorga, arg. art 2479 Cód. Civil), han sido circunstancias meritadas como sustento de decisiones jurisprudenciales a favor del tercerista. Verbigracia: “En virtud del principio de publicidad posesoria y también por el juego del art. 1185 bis del Cód. Civil es posible llegar a determinar el mejor derecho que le asiste al poseedor por boleto respecto del acreedor embargante posterior” (C. Civ. y Com. Junín, 23/10/91 en autos “Pisoni, Luis y otros en: Banco de Galicia y Buenos Aires c/ Pellegrini, Filomena”. JA, 1992-IV-206; y “...Cuando, como sucede en el caso, el conflicto de derechos se genera entre el acreedor embargante y el adquirente por boleto de compraventa que no ha obtenido la posterior inscripción registral, adquiere especial trascendencia la existencia de la investidura posesoria habida cuenta lo dispuesto por el art. 2355 del Cód. Civil” y “...Sin



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 133.816

perjuicio de las dificultades hermenéuticas originadas en relación a lo dispuesto en el art. 2355 in fine del Cód. Civil, es francamente mayoritaria la orientación doctrinaria y jurisprudencial que sostiene la prevalencia del adquirente de buena fe por boleto de compraventa sobre el crédito del embargante y del enajenante” STJ Entre Ríos, Sala Civ. y Com. 17/5/94; Díaz de Jiménez, Celia R. y otro. JA 1995-II-108; ED, 29-143.

“Si la prueba de la fecha cierta resulta suficiente, según mi criterio, para considerarla bien acreditada, no puede ignorarse la trascendencia de la publicidad posesoria del titular del boleto, que actuando como dueño, vive en el inmueble y abona sus impuestos, debiendo interponer la tercería de mejor derecho para evitar la subasta del bien en el juicio ejecutivo que a la vendedora del mismo le siguiera la tercero embargante” CC0001 SM 60169 RSD -74-85 S 1-4-2008 Juez Servín).

Concurren a abonar mi convencimiento del mejor derecho que ostenta el aquí tercerista las normas legales que hacen hincapié en la posesión para determinar el -valga la redundancia- mejor derecho en otros casos que contemplan otras normas legales como por ejemplo el artículo 2791 del Código Civil en cuanto reza: “Cuando el reivindicante y el poseedor contra quien se da la acción presentaren cada uno títulos de propiedad, dados por la misma persona, el primero que ha sido puesto en posesión de la heredad que se reivindica, se reputa ser el propietario” y el artículo 3269 del mismo cuerpo legal que dispone: “Cuando una persona ha contratado en diversas épocas con varias personas la obligación de transmitirles sus derechos sobre una misma cosa, la persona que primero ha sido puesta en posesión de la cosa,

es preferida en la ejecución del contrato a las otras, aunque su título sea más reciente, con tal que haya tenido buena fe, cuando la cosa le fue entregada”.

Ello, sin olvidar el artículo 596 del referido Código Civil, en cuanto establece: “Si la cosa fuere inmueble y el deudor hiciere tradición de ella a otro con el fin de transferirle el dominio, el acreedor no tendrá derecho contra tercero que hubiese ignorado la obligación precedente del deudor; pero sí contra los que sabiéndola hubiesen tomado posesión de la cosa”.

En definitiva, como antes lo dijera y sostuviera, la preeminencia del boleto de compraventa ha de juzgarse respecto de la fecha en que se efectiviza el embargo y no con relación a la del crédito del acreedor embargante, siendo ello plenamente corroborado con la doctrina que emana del reciente pronunciamiento de nuestro Superior Tribunal Provincial recaído en la antes aludida Causa C 108354, sentencia del 10 de octubre de 2012, voto del Dr. Soria compartido por todos los magistrados votantes (ver JUBA).

VI.- Como consecuencia de ello, en este aspecto la sentencia que viene apelada es errada, y corresponde su revocación, cargando las costas al acreedor embargante. Y, en tal entendimiento deviene para mí innecesario expedirse sobre el agravio relacionado con la obligatoriedad de los fallos de los Tribunales Superiores, en tanto ha devenido abstracto para resolver la cuestión.

VOTO POR LA NEGATIVA.-

A LA PRIMERA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DR. PILOTTI DIJO:

No comparto el voto dado a la primera cuestión por el Dr.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 133.816

Peralta Mariscal, en cambio adhiero en líneas generales en cuanto a fundamento y conclusión a la solución propuesta por la Dra. Castagno.

En torno a la obligatoriedad de la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, podríamos iniciar el punto con el pertinente reproche al recurrente, que pretende se la deje de lado pero sólo si no lo beneficia, pues, aunque sin decirlo se sujeta a ella en cuanto ha extendido la aplicación del art. 1185 bis del Cód. Civil a una ejecución individual (la norma solo refiere que serán “oponibles al concurso o quiebra del vendedor”), sin embargo, no se justifica detenernos ni extendernos innecesariamente sobre un tema que resulta en el caso puntual que nos convoca, abstracto.

Tal como ya lo citaran ambos colegas preopinantes, la actual doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, tras una serie de pronunciamientos que dejaban dudas al respecto y en general parecían inclinarse por dar prioridad al derecho a obtener la escrituración en tanto el boleto de compraventa fuera anterior al crédito del embargante y no sólo a la traba de la medida, ha venido a despejarse (entiendo que cambiando de posición aunque sin decirlo expresamente) en el voto del Dr. Soria en C 108354, sentencia del 10-10-2012, donde se resolvió que “acreditada que la compraventa fue celebrada con anterioridad a la fecha de la traba del embargo, que se abonó el total del precio convenido, y la buena fe de la adquirente -la cual se presume, en virtud de lo dispuesto en el art. 2362 del Código Civil- corresponde, en virtud de la manda que surge del art. 1185 bis del referido cuerpo legal, admitir la tercería de mejor derecho y

disponer el levantamiento de la cautelar oportunamente trabada.”

Sorteada de tal modo esta primera cuestión, reitero, sin necesidad de analizar la vinculación de la doctrina del Superior Tribunal Provincial, lleva razón el tercerista apelante en su pretensión.

Ello así, también adhiero al voto de la distinguida colega que me precede en la votación desde que, entiendo procedente admitir la fecha cierta del boleto en cuestión en atención a la certificación notarial de sus firmas, sin perjuicio de coincidir también en la apreciación de que el embargante no cuestionó la fecha cierta del negocio, sino que solo lo hizo respecto de su oponibilidad en tanto la considera (con acierto) posterior al nacimiento de su crédito (el que generó la ulterior traba del embargo), extremo respecto del cual, como ya vimos no le asiste razón en función de la interpretación actual de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, la que (en mi caso fundamentalmente a fin de dar seguridad jurídica a la cuestión a partir de interpretaciones unívocas), hemos de seguir en adelante.

En tales términos doy mi VOTO POR LA NEGATIVA

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DOCTOR PERALTA

MARISCAL DIJO:

En virtud del resultado arrojado por la votación a la primera cuestión, corresponde revocar la sentencia dictada en autos y, en su mérito, hacer lugar a la demanda instaurada y ordenar el levantamiento del embargo que dio origen a estas actuaciones, inscripto con el número 1.070.063/4 del Partido de Coronel Pringles, matrícula 1517, trabado el 19/07/2000.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 133.816

Las costas de ambas instancias deberán ser soportadas en el orden causado por tratarse de una cuestión dudosa de derecho (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial).

ASI LO VOTO

A LA SEGUNDA CUESTIÓN LA SRA. JUEZ DOCTORA CASTAGNO

DIJO:

Adhiero al voto del Dr. Leopoldo L. Peralta Mariscal.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DOCTOR PILOTTI DIJO:

Adhiero al voto del Dr. Leopoldo L. Peralta Mariscal.

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente

SENTENCIA

Y VISTOS: CONSIDERANDO: Que en el acuerdo que antecede ha quedado resuelto por mayoría que la sentencia apelada no se ajusta a derecho en cuanto ha sido materia de agravio.

Por ello, el tribunal **RESUELVE:**

1) Revocar la sentencia dictada en autos y, por lo tanto, hacer lugar a la demanda articulada, ordenando el levantamiento del embargo inscripto con el número 1.070.063/4 del Partido de Coronel Pringles, matrícula 1517, trabado el 19/07/2000.

2) Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado.

3) En atención al resultado del pleito, déjase sin efecto la determinación arancelaria contenida en el fallo apelado en virtud de lo dispuesto por el art. 274 del C.P.C.

Consecuentemente, teniendo en cuenta la importancia del asunto, mérito de la labor desempeñada y etapas cumplidas fíjense los estipendios del Dr. Carlos Giraudo en la suma de UN MIL DOSCIENTOS pesos y los del Dr. Carlos Sebastián Scoccia en la suma de OCHOCIENTOS CINCUENTA pesos por sus trabajos en primera instancia. Por la intervención ante esta Alzada, determínanse los emolumentos del Dr. Carlos Giraudo en la suma de TRESCIENTOS pesos y los del Dr. Carlos Sebastián Scoccia en la suma de DOSCIENTOS pesos. (Art. 14, 15, 16, 21, 22, 47 y cctes del Dec- ley 8904). .

Hágase saber y devuélvase.

Pilotti - Peralta Mariscal - Castagno. Ante mí: Vera.