

TERCERÍA: DE MEJOR DERECHO, BOLETO DE COMPRAVENTA, FECHA CIERTA; PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO, INOPONIBILIDAD; MEJORAS Y CONSTRUCCIONES INTRODUCIDAS POR LOS TERCERISTAS, DERECHO DE RETENCIÓN, EFECTOS*

DOCTRINA:

- 1) *En los casos en que se enfrentan un boleto de compraventa con un embargo anotado sobre el inmueble todavía en cabeza del vendedor, la cuestión deberá ser enfocada desde la óptica de la tercería de mejor derecho y no desde la de dominio.*
- 2) *Dado que el boleto de compraventa de inmueble no es justo título que dé lugar a la usucapión corta, cabe desestimar la pretensión de oponer la prescripción adquisitiva de dominio a fin de tener título para argumentar la*
- tercería de dominio (art. 3999, Cód. Civil), en caso de enfrentarse el adquirente por boleto de compraventa con un embargante.*
- 3) *En base a la doctrina que considera que, a los efectos de su oposición a terceros, el recaudo de la fecha cierta es inherente a los instrumentos privados, cabe concluir que el boleto de compraventa sub examine no puede ser opuesto a un embargo trabado sobre el inmueble litigioso para fundar una tercería, ya que, dicho boleto sólo adquirió fecha*

* Publicado en *El Derecho* del 14/01/1998, fallo 48.403.

cierta al ser presentado a este juicio y ello ocurrió con posterioridad al mencionado embargo.

- 4) *Los terceristas que han introducido mejoras en el inmueble motivo del pleito tienen, como todo tercero de buena fe que ha edificado en terreno ajeno, un crédito en contra del propietario del mismo que les da derecho de retención, el cual tiene el efecto de embargo. Por ello, cabe considerar que, en el caso, los mencionados terceristas tienen un mejor derecho que el acreedor embargante sobre el inmueble litigioso, por el*

valor de las construcciones y mejoras levantadas en el mismo, cuya determinación se practicará por el procedimiento previsto por los arts. 501 y 502 del Cód. Procesal. R.C.

Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Azul, Sala I, octubre 10 de 1996.

Autos: “Stular, José Luis y otra s/ tercería de dominio en autos: «Enrique Rigoberto c. Stular, Alberto y otro s/ cumplimiento de contrato»”.

En la ciudad de Azul, a diez de octubre de mil novecientos noventa y seis, reunidos en acuerdo ordinario, los señores Jueces de la Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala I, doctores *Guillermo L. Céspedes, Hernán R. Ojea e Isabel C. Onetti de Dours*, para dictar sentencia en los autos caratulados: “Stular, José Luis y otro s/ tercería de dominio en autos: «Enrique Rigoberto c. Stular, Alberto y otro s/ cumplimiento de contrato»”; y conforme con la desinsaculación de ley, que se practicó, resultó que dichos señores jueces deben votar en el siguiente orden: doctores *Céspedes, Onetti de Dours y Ojea*.

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes cuestiones: 1º) ¿Es justa la sentencia de fs. 191/197? 2º)¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, el señor Juez doctor *Céspedes* dijo:

I) Se ha deducido tercería de dominio y en subsidio de mejor derecho, sobre un inmueble sito en la localidad de Loma Negra, partido de Olavarría, con motivo del embargo trabado sobre el referido bien en autos: “Enrique Rigoberto c. Stular, Alberto y otro s/ cumplimiento de contrato”, invocando haberlo adquirido al demandado en el principal el 15-07-1979 -según boleto agregado a fs. 19-, abonando su precio al contado, sin ningún tipo de mejoras ni construcciones. Aducen los terceristas haberlas realizado ellos, invocando y agregando documentación para acreditarlo. Sostienen haber mantenido la posesión pacífica e ininterrumpida del bien.

El actor en el principal resiste la demanda, sosteniendo, resumidamente, que el boleto de venta no es título suficiente y que carece de fecha cierta. Las mejoras se presumen realizadas por los propietarios.

Los allí demandados se allanan.

II) El fallo desestima la demanda de tercería de dominio imponiendo costas a los terceristas. Allí desarrolla la jurisprudencia sobre el tema y en particu-

lar la de la Suprema Corte de Justicia Bonaerense a partir del caso “Penas” (acc. 33.251, 24-06-86 [ED, 121-205]), en tanto consideró procedente la tercería -destaco anticipadamente, porque habré de volver sobre este tema, que fue encaminado como de mejor derecho y no de dominio- si se dieran los presupuestos del art. 1185 bis del Cód. Civil y el crédito del comprador fuera anterior al del embargante, siendo en consecuencia recaudos a demostrar: buena fe del adquirente; pago del 25 % del precio y fecha cierta en el boleto.

Este último es calificado requisito esencial y se considera no ha sido acreditado en autos con anterioridad a la iniciación de la presente causa judicial (28-10-93) habiéndose trabado el embargo el 29-06-93.

Ello se concluye por considerar que resulta insuficiente a tal efecto el cúmulo de circunstancias fácticas agregadas al expediente como son iniciación de expediente administrativo en Municipalidad de Olavarría para la construcción en el inmueble en cuestión de una vivienda familiar y depósito (año 1980) presentación de planos (año 1982), servicio eléctrico a nombre de uno de los terceristas (año 1981) gas ídem (año 1992) y televisión por cable (año 1988).

Por esas razones y diversos casos jurisprudenciales que cita, se llega a la conclusión denegatoria anticipada.

III) Apelan los terceristas y el demandado en el principal, expresando agravios, respectivamente a fs. 210/212 y 213/214; contestado a fs. 216/217.

Como el primero de ellos es más amplio que el otro y se refieren al mismo tema, la consideración de aquél completará los puntos sometidos a la Alzada.

Los terceristas comienzan sosteniendo que la sentencia acepta que un boleto de compraventa puede servir de base a una tercería de dominio -lo que hace innecesario insistir con la tercería de mejor derecho que en subsidio se planteara sobre todo el inmueble-, pero discrepa que reconociendo autenticidad al boleto se considera carece de fecha cierta. Al respecto se aduce que los mismos hechos reconocidos por primera instancia (relatados más arriba), le otorgan fecha cierta al boleto, ya que presuponen su existencia, agregando además que serían propietarios por prescripción adquisitiva conforme lo prescribe el art. 3999 del Cód. Civil, como se alegara en la demanda, contándose con la constatación hecha en el mandamiento tramitado en autos. Acto continuo los apelantes consideran que el fallo recurrido no se expide sobre la tercería de mejor derecho que planteara en subsidio en la demanda por el valor de las construcciones -ello, se reitera, al considerar que se ha reconocido la posibilidad de justificar una tercería de dominio con un boleto de compraventa- cuya existencia, se aduce, ha sido detallada por el mismo pronunciamiento, considerando que el privilegio de primer embargante debe ceder ante lo previsto por los arts. 3931, 3932 y 3933 del Cód. Civil. En este aspecto se sostiene que los terceristas deben ser pagados prioritariamente con relación al acreedor embargante por el valor de las mejoras y construcciones existentes en el inmueble embargado.

IV) Me parece necesaria una consideración inicial sobre el enfoque dado al

tratamiento de la naturaleza y tipo o clase de tercería dado en la anterior instancia.

Es cierto que en introito (fs. 193, pág. 2) y en la parte resolutive (fs. 197) se hace referencia a la tercería de dominio, sin hacer mención alguna de la de mejor derecho.

Pero no es menos cierto que la jurisprudencia citada y en parte transcripta -que incluye a un fallo de este Tribunal- se refieran a la de mejor derecho en casos como el que acá nos ocupa en que se enfrentan un boleto de compraventa con un embargo anotado sobre el inmueble todavía en cabeza del vendedor.

Se hace más evidente que pese a la omisión, el análisis de primera instancia ha apuntado a la tercería de mejor derecho, cuando se advierte que el caso líder para la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia Provincial -Ac. 33.251, 24-06-86 “Penas”(JA, 1987-I-227)-, ha partido de la doctrina que señala “No procede la tercería de dominio fundada en un boleto de compraventa, aun cuando exista pago total del precio y buena fe en la posesión del comprador, sin que la reforma de 1968 haya alterado esta conclusión”. A continuación y con criterio observado y objetado por su anotador Eduardo N. de Lázari en tanto se habría fallado *ultra petita*, al encuadrarse a la tercería como de mejor derecho y sobre esa base fue casada la sentencia impugnada.

Considero de tal modo que el análisis practicado por primera instancia sobre el particular -sin entrar por el momento a la cuestión de las mejoras y construcciones introducidas por los terceristas- lo ha hecho desde la óptica de la tercería de mejor derecho y no de dominio.

Aunque así no se entendiera, aprecio que el Tribunal puede hacerlo toda vez que se trate de tercería de dominio, por las razones expresadas en el fallo “Penas” no resulta admisible (en igual sentido CCiv. y Com. Mercedes, Sala I, 30-06-92, “Raudo”, JA, 1994-I-21).

V) Para también dejar dilucidado otro aspecto del agravio sobre este mismo capítulo es de señalar que la pretensión de oponer la prescripción adquisitiva de dominio para de esa manera tener título para argumentar la tercería de dominio (art. 3999, Cód. Civil) debe ser desestimada al margen de cualquier otro tipo de consideración, con sólo hacer notar que doctrina y jurisprudencia son prácticamente uniformes en sostener que el boleto de compraventa de inmueble no es justo título que dé lugar a la usucapión corta (José Levi-tán, *Prescripción adquisitiva de dominio*, pág. 60).

VI) En consecuencia, examinados ya esos aspectos surge el que resulta dirimente para la causa, como es el de la fecha cierta del boleto de fs. 19 y el momento en que ella se adquirió.

Entre los fallos mencionados por primera instancia destaco el de la Cámara en lo Civil y Comercial de Trenque Lauquén (21-12-93 “Baretta”, R.J.P. - Buenos Aires, año 5, n° 7, pág. 590), sobre todo porque reseña jurisprudencia de la casación provincial en ese particular aspecto a través del voto del Dr. *Lettieri* y califica la posición del Superior Tribunal como más apegada al texto de la ley, señalando en el art. 1035 del Cód. Civil, un carácter limitativo o taxativo.

Asimismo, en el citado por el Sr. Juez *a quo* en último término, de señalable parecido al *sub judice*, se ve ratificado ese criterio por la Suprema Corte, ya que es señalado que resulta inexcusable el requisito de la fecha cierta en los términos del artículo recién citado, como recaudo inherente a la naturaleza de los instrumentos privados a los efectos de su oposición a terceros, aceptándose que la alzada hubiese desplazado la consideración de otros elementos tales como la posesión pública y pacífica, la falta de desconocimiento de la tradición antes del embargo y la buena fe.

En ese caso se citó en apoyo de la solución un criterio del mismo Tribunal del año 1972, donde por mayoría se sostuvo que si bien el art. 1035 del Cód. Civil no contiene una enumeración taxativa, no es dable al juzgador desvirtuar la norma reemplazando los casos contemplados en la ley por elementos que si bien pueden ser convincentes, resultan de por sí inidóneos para lograr el fin de la norma. Allí se había sostenido también que, al margen de la fuerza de convicción que pudieran exhibir los elementos computados por el juzgador, cada uno de ellos debe ser confrontado en forma independiente y autónoma con alguno de los supuestos contemplados por la norma citada, con el fin de determinar si el documento de que se trata tiene fecha cierta de tal entidad como para ser opuesta a un tercero (Ac. 18.556, “Osorio”, 29-08-1972 [ED, 44-566], AS, 1972-II 491).

En consecuencia y con relación al tema existe doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia Bonaerense, vinculante para los tribunales inferiores (art. 161, inc. 3º a, Constitución Provincial), por lo que debe ser acatada aunque dejando sentada opinión contraria que al respecto aparece prevaleciente en doctrina y jurisprudencia y que tiende a flexibilizar la interpretación (Brebbia, *Hechos y Actos Jurídicos*, Astrea, 1995, t.2-545) y que aparece definida por Kermelmajer de Carlucci como la “certidumbre fáctica” que muchas veces se alcanza a través de la posesión pública y pacífica (voto integrando SCI Mendoza, en pleno, 06-12-91, “Minni”, JA. 1992-I-466).

De tal forma que la conclusión de primera instancia acerca de que la fecha cierta del boleto de fs. 19 se adquirió con la presentación a esta tercería y que ello ocurrió con posterioridad al embargo por lo que no puede serlo opuesto para fundamentar una tercería, debe ser confirmado.

VII) Queda por ver la tercería de mejor derecho, llamémosla remanente, sobre construcciones y mejoras realizadas por los terceristas, sobre los que fueran demandados oportunamente en subsidio de la de dominio (fs. 30) y que se reitera en la segunda parte del agravio.

En este aspecto no se advierte en el fallo recurrido que haya sido analizada la cuestión desde la perspectiva del mejor derecho invocado desde que el rechazo proviene de la inoponibilidad del boleto por carecer de fecha cierta, haciéndose extensivo el rechazo de la demanda por motivo y sin otro análisis “... a todo lo incorporado por mejoras al inmueble litigioso”.

En este aspecto aprecio lleva razón el agravio que exige el análisis de una hipótesis nueva a la hasta ahora considerada que obliga, por lo tanto, a variar

la óptica jurídica ya que, por otra parte, es válida la demanda alternativa (Carlo Carli, *La demanda civil*, pág. 74).

Ha sido visto que el fallo recurrido ha aceptado que han sido los terceristas quienes introdujeron al inmueble las mejoras, consistentes en la construcción de una casa habitación que fuera constatada por la diligencia luciente en el mandamiento de fs. 110 vta.

Se trata, en consecuencia, de quien de buena fe ha edificado en terreno ajeno, por lo que tiene un crédito a su favor en contra del propietario de la cosa (art. 3588, Cód. Civil) que le da derecho de retención (art. 3939, del Cód. Civil).

Con relación al primer aspecto, al margen del tema de la fecha cierta, ha quedado acreditado por las razones dadas arriba que los terceristas han edificado de buena fe ya que ésta se encuentra configurada cuando se está persuadido de estar en posesión legítima del inmueble (Borda, *Derechos reales*, t. I, pág. 293).

Sobre el tema del derecho de retención he de referir otro voto de suma importancia de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, donde afirmara que aun cuando el derecho de retención no es un privilegio no puede desconocerse que actúa como tal cuando se lo hace valer judicialmente, lo que es solución expresa del art. 265, inc. 1º de la ley 19551 [EDLA, 1984-161] (ahora arts. 241, inc. 5º y 243 inc. 2º, ley 24522 [EDLA, 1995-B-896]), e implícitas del art. 3946 del Cód. Civil, recordando lo sostenido por el maestro Llambías, cuando señalara que “En suma, frente a los demás acreedores quirografarios, el derecho de retención tiene el efecto de embargo. Enajenada la cosa, se cobra el retenedor como primer embargante y sólo después se cobran embargantes sucesivos”. Allí, en ese pronunciamiento, se hizo lugar al derecho de retención, señalándose que “resulta contrario a la equidad que un acreedor embargante pretende beneficiarse con valores incorporados por terceros que no son su deudor, sobre todo, si tenemos en consideración que en el *sub lite* enfrentamos el típico caso de quien construyó en terreno ajeno, que otorgó derecho de retención desde los tiempos de las Institutas” (SC Mendoza, 26-06-90 “Aspertee” [ED, 138-758], LL, 1990-E-201 anotado favorablemente por Trigo Represas).

Por ello y siendo que los créditos privilegiados gozan de una protección legal que es independiente del momento en que el crédito nace y les es permitido cobrar aun antes que otros créditos que ya existían (Moisset de Espanés, *Reflexiones sobre las tercerías de mejor derecho*, JA, 1986-II-161; Podetti, *Tratado de la tercería*, pág. 272), rigiendo sólo la prioridad temporal en el conflicto con créditos que tengan privilegio especial (art. 243, inc. 2º, ley 24522), considero que los terceristas tienen un mejor derecho que el embargante sobre el inmueble que activa el pleito, por el valor de las construcciones y mejoras levantadas en el mismo, cuya determinación se practicará por el procedimiento previsto por los arts. 501 y 502 del Cód. Procesal).

En consecuencia y con la modificación expresada, dejo votada la presente causa.

Los señores Jueces doctores *Onetti de Dours* y *Ojea* adhirieron por los mismos fundamentos al voto precedente.

A la segunda cuestión, el señor Juez doctor *Céspedes* dijo:

Atento a lo acordado al tratar la cuestión anterior deberá modificarse la sentencia de fs. 191/197, acogiendo parcialmente la tercería de mejor derecho deducida por José Luis Stular y Mónica Marcela Salerno contra Enrique Rigoberto, Alberto Stular y Miguel Stular, declarándolo con relación al inmueble sito en H. Yrigoyen 1656 (antes calle 6) en Loma Negra, Olavarría, y respecto al embargo trabado sobre el mismo en los autos caratulados: “Enrique Rigoberto c. Stular, Alberto y otro s/ cumplimiento de contrato”, por el valor de las construcciones y mejoras realizadas en el mismo, cuya determinación se practicará por el procedimiento previsto por los arts. 501 y 502 del Cód. Procesal. Las costas de ambas instancias propongo sean soportadas en el orden causado a mérito del progreso parcial de la demanda y de la apelación, salvo las de los demandados ejecutados que a mérito de su allanamiento oportuno (fs. 61) serán cargadas por los terceristas (arts. 68 y 70, inc. 1º, Cód. Procesal), difiriéndose la regulación de honorarios (art. 31, ley 8904).

Los señores Jueces doctores *Onetti de Dours* y *Ojea* adhirieron por los mismos fundamentos al voto precedente.

Por lo expuesto, demás fundamentos del acuerdo, y lo prescripto por los arts. 266 y 267 del Cód. Procesal, se modifica la sentencia de fs. 191/197, acogándose parcialmente la tercería de mejor derecho deducida por José Luis Stular y Mónica Marcela Salerno contra Enrique Rigoberto, Alberto y Miguel Stular, declarándoselo con relación al inmueble sito en H. Yrigoyen 1656 (antes calle 6) en Loma Negra, Olavarría, con respecto al embargo trabado sobre el mismo en los autos caratulados: “Enrique Rigoberto c. Stular, Alberto y otro s/ cumplimiento de contrato” por el valor de las construcciones y mejoras realizadas en el mismo a establecerse por el procedimiento establecido en los arts. 501 y 502 del Cód. Procesal. Con costas, de ambas instancias, en el orden causado; siendo las de los demandados ejecutados a cargo por los terceristas. Difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad. Notifíquese por Secretaría y devuélvase. - *Guillermo Lázaro Céspedes*. - *Hernán Rodolfo Ojea*. - *Isabel C. Onetti de Dours* (Sec.: María Cristina Beaucamp).