

## Nulidad de los testamentos conjuntos o mancomunados (\*)

Por CAROLINA E. PAZ

El fallo en análisis es sumamente conciso y no da lugar a segundas interpretaciones acentúa lo preceptuado por el artículo 3618 del C.C., en cuanto a que "Un testamento no puede ser hecho en el mismo acto, por dos o mas personas, sea en favor de un tercero, sea a título de disposición recíproca y mutua." Sin embargo, me gustaría ahondar en dos cuestiones: las formalidades que revisten al testamento como un acto jurídico solemne absoluto, y la intervención notarial, con su consiguiente responsabilidad en el testamento por acto público.

### El testamento. Definición

En Roma, desde tiempos muy remotos al jefe del grupo denominado "pater familiae", se le reconoció la potestad de darse un sucesor. El acto por el cual la ejercitaba fue el testamento.

El Código Civil, en su artículo 3607 define al testamento como un acto escrito, celebrado con las solemnidades de la ley, por la cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes para después de su muerte.

En esta definición no está incluida la revocabilidad del testamento, pero ella está afirmada en el art. 3824: "El testamento es revocable a voluntad del testador hasta su muerte.. ." Ya que como lo afirmara Fassi... "la revocabilidad es de la naturaleza del testamento, según lo consagran la casi totalidad de las legislaciones de todos los tiempos, como un medio de asegurar a sus disposiciones vigencia de última voluntad..

## CARACTERES DEL TESTAMENTO

### ACTO UNILATERAL:

Una primera aproximación hacia las características esenciales del testamento nos la da el artículo 946 del Código Civil, al decirnos que "los actos jurídicos son unilaterales o bilaterales. Son unilaterales, cuando basta para formarlos la voluntad de una sola persona, como el testamento. Son bilaterales, cuando requieren el consentimiento unánime de dos o más personas".

Vélez Sársfield fue categórico: en el testamento la voluntad manifestada corresponde a una sola persona, aunque para que ese acto tenga consecuencias haya necesidad de contar con la voluntad de otra persona (aceptación de la herencia por parte de los herederos, etc.).

### ACTO DE ÚLTIMA VOLUNTAD:

El artículo 947 nos coloca a los testamentos en la categoría de actos jurídicos cuya eficacia depende del fallecimiento de aquellos de cuya voluntad emanan. El acto de última voluntad sólo puede crear o modificar relaciones jurídicas entre los sucesores por causa de muerte del otorgante y los terceros: "En los actos mortis causa el evento de la muerte constituye un presupuesto esencial para el efecto del acto; más que significar una condición que suspende los efectos del negocio, los determina sin efectos retroactivos" 12) Acto espontáneo: Toda la regulación jurídica del testamento tiende a asegurar que sea un acto espontáneo, deliberado y libre.

Por eso es unilateral, personalísimo, indelegable y revocable. El mismo fin se persigue prohibiendo el pacto sobre sucesión futura, los testamentos mancomunados o recíprocos, la influencia de terceros en la formación y exteriorización de la voluntad testamentaria.

## TESTAMENTO POR ACTO PUBLICO

Es conocido en el derecho comparado como testamento abierto (Código Chileno. artículo 1008); es aquel testamento que se otorga ante un notario, por escritura pública y siempre con la presencia de testigos. Se trata de un acto abierto, en contraposición con el testamento cerrado, porque su otorgamiento y contenido se hacen públicos desde el día del acto, en cuanto lo presencian testigos y la saben éstos y el escribano.

### RESPONSABILIDAD DE LOS NOTARIOS POR AUTORIZAR ACTOS CONTRARIOS A LAS LEYES

A modo de introducción quiero reflejar un pensamiento de Luis Figa Faura: `Es indudable que el notario no es solamente un profesional a cargo de una función pública, cuya misión está limitada a la concepción del instrumento público con los recaudos exigidos por las leyes y algunas veces aún más, sino que tiene paralelamente una función de asesoramiento incluso en aquellas materias que no necesariamente desembocan en una escritura la responsabilidad del escribano que celebra un acto sustancialmente nulo, como lo es el testamento conjunto recíproco. esta contemplada en la ley civil, en la notarial (ley 12990. art. II inc. ii. 13. 30 Y sigtes.) y aun en in penal.

No es admisible como excusa que los testantes estuvieran conformes en la realización del acto en tales condiciones, va que el asesoramiento constituye un pilar fundamental dentro de nuestra función y ayuda a moldear las voluntades de los requirentes de acuerdo con los patrones legislativos. En este caso, la omisión del asesoramiento generaría en los otorgantes la ilusión de haber realizado un acto válido que produciría efectos jurídicos cuando en realidad se formalizaba un vicio de voluntad.

Si los disponentes hubieran exigido la instrumentación. La ley, en supuesto, autoriza al escribano para negar su ministerio.

La responsabilidad patrimonial en que incurre el escribano que otorga un acto nulo en contravención a las normas del Código Civil, en el caso del art. 3618, está contemplada en el art. 1109 y sigtes. del Código. Esta responsabilidad encuadra dentro de in órbita contractual. Y remitiéndonos a las palabras esgrimidas por el escribano autorizante del testamento objeto del presente fallo, con relación a que "... existen tres voluntades independientes, las cuales no se encuentran encadenadas.. ." debemos considerar que, evidentemente, el colega desconoció nuestro derecho positivo vigente.

Va más allá de una incorrecta interpretación legal, estamos hablando de normas de orden público.

Situaciones como éstas producen daños que podrían ser evitados en beneficio de nuestros requirentes, de la seguridad jurídica y del notariado como institución.

## II

TERCERIA. De mejor derecho; suficiencia del boleto de compraventa: requisitos; prelación de pago: embargo trabado con posterioridad a la suscripción del boleto e integración del precio; doctrina de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

DOCTRINA: 1) En el conflicto suscitado entre el adquirente de un inmueble en las condiciones del an. 1185 bis del Cód. Civil y un tercero acreedor quirografario del vendedor por obligaciones de dar sumas de dinero, la prioridad no estará dada por la fecha del crédito de este último, sino por la anotación del acto jurídico en cuyo virtud particularizó sobre la cosa la genérica afectación del patrimonio del deudor como prenda de sus acreedores.

2) Si, en el caso, el embargo que afectó el inmueble el crédito del ejecutante, con el efecto del art. 3720 del Cod. Civil, es de fecha posterior a la enajenación del inmueble por boleto, la prelación del embargante cede (arts. 218, 590, Cód Procesal Civil y Comercial) y aquí goza de la oponibilidad al concurso según doctrina de la Suprema Corte Provincial que hiciera extensiva respecto de los ejecutantes individuales.

3) la tercerista, adquirente por boleto de buena fe, que abonó la totalidad del precio -aunque hubiese bastado a los efectos de su oponibilidad al concurso que hubiese abonado el 25% del mismo- tiene, en términos empleados por el Superior Tribunal, un mejor derecho a ser pagada con preferencia al embargante (art. 97. Cód. Procesal Civil y Comercial, primer párrafo, in fine) y ese pago debe ser entendido en los términos del art. 725 del Cód. Civil. Por lo tanto, debe revocarse el fallo apelado, y hacerse lugar a la tercería ordenándose el levantamiento de los embargos correspondientes a las causas respecto de las cuales se dedujeron las tercerías que corren agrega dos a la causa.

4) la insuficiencia del boleto de compra Icaza podría predicarse respecto a la tercería de dominio (arg. arts. 1184 inc. Pv 2505, Gad. Civil) pero no a la aquí deducida que es la de mejor de derecho; en cuanto a ésta, la Suprema Corte se ha pronunciado expresamente admitiendo la oponibilidad del boleto, de reunirse los extremos que exige la norma (art. 1185 bis Cód Civil) y siendo el crédito del comprador anterior al embargo por el tercero acreedor del vendedor. L.C.P.

Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de: San Martín, Sala II Autos:.  
"Trigales, Elena Beatriz s/tercería de mejor derecho en depósito de galletitas los Primos S.A. c/César, Stella Maris s/ejecutivo." (\*)

En General San Martín, a los veintiocho días del mes de setiembre de mil novecientos noventa y cinco, reunidos en Acuerdo Ordinario los señores jueces integrantes de la Cámara de Apelación en In Civil y Comercial del Departamento Judicial] San Martín, Sala Segunda, con la presencia del secretario actuante, Se trajo a despacho para dictar sentencia la causa N0 38.170, caratulada "Trigales, Elena Beatriz s/tercería de mejor derecho en depósito de galletitas los Primos, S.A. c/César, Stella Maris s/ejecutivo".

De conformidad con lo establecido por los arts. 168 de la Constitución provincial y 266 del Cód. Procesal, se resolvió plantear y votar la siguiente cuestión:

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

El señor juez Cabanas dijo:

1. La sentencia de fs. 242/245 rechazó la tercería respecto del inmueble que identifica, intentada por Elena Beatriz, Trigales, con relación a los autos "Depósito de Galletitas los Primos SA c/César, Stella Maris s/ ejecutivo". Expte. 13-I 10856 y N° 32525 del Juzgado Civil y Comercial N° 3; y a los autos "Depósito los Primos c/César Stella Mrins s/ejecutivo" Expte B-110-855, N° 34.382 del Juzgado Civil y Comercial N° 2, ambos de este Departamento. Impuso las costas a la actora vencida y difirió la regulación de honorarios.

Para así decirlo la sentenciante primero determinó que se trataba de una tercería de dominio por no haberse llevado a cabo la subasta. Luego de citar doctrina de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, por la que se admite la oponibilidad del boleto de compraventa de inmueble al acreedor embargante que acciona individualmente, estableció que el crédito del ejecutante era anterior a la compra por la tercerista; que la afirmación de la adquirente de haber ejercido la posesión desde el momento de la Firma del boleto había (quedado desvirtuada- que come vendedor figuraba en el boleto Luis Alberto Ortiz, y que su firma fue certificada por el escribano, señalando que aparentemente el nombre había sido cambiado con posterioridad a la certificación esto la llevó a dudar de la buena fe del documento privado, duda que consideró no disipada por la declaración del martillero interviniente. Añadió que tampoco ha sido esclarecedora la actividad probatoria de la aclara en los autos acumulados culminó sus consideraciones concluyendo que no se dan en autos los extremos requeridos por la doctrina de la Corte local para que resulte aplicable el art. II 85 bis del Cód. Civil, con el desfavorable resultado anticipado.

2. Para evitar conclusiones futuras advierte que la sentencia apelada involucra varias tercerías acumuladas entre las mismas partes, que por correr bajo distintas numeraciones identificatorias es menester individualizar.

Así, la presente lleva como número de causa enalzada el 38.170, correspondiente al Expte. E-29.321 (Receptoría), con N° 35.705 del Juzgado N° 3: en su interior obran acumulados al Expte. E-29.327 (Receptoría) y N° 35.707: y el E-29326 (Receptoría) y N° 35.706 en ambos casos del Juzgado N° 3; donde se los radicara inicialmente.

Por cuerda corren agregados los expedientes cuyo número de Receptoría se consigna primero, luego el del juzgado de origen y finalmente el asignado por el órgano donde quedaron radicados por acumulación, identificados a continuación de una barra: a) E-29.322, 37.540/2 y 40.082/3; b) E.29.323, 37.541/2 y 40.083/3; C) E29-325. 37.542/2 y 40.081/3.

3. Apeló la tercerista quien, en su escrito de fs. 262/275, expuso sus críticas, desarrollando los fundamentos en que se sustentan. Recibió la respuesta del codemandado Enrique Pascual Ortiz, de fs. 278/280.

Dos son los agravios centrales: la errónea interpretación de los hechos y de la prueba y la no menos errónea interpretación de la doctrina que surge de la jurisprudencia de la Suprema Corte Provincial.

4. Anticipo que encuentro razón a la recurrente, por lo que su disconformidad debe ser ponderada atendiendo las defensas opuestas en su momento por las demandadas, que han resultado vencedoras en la instancia de origen (SCBA, Ac. 51.929 del 19/4/94, entre muchos otros precedentes)

4.1. En Consecuencia, cabe tener presentes las esgrimidas en la contestación de la demanda por la ejecutante y por los ejecutados, aquí codemandados.

4.1.1. La primera. a fs. 98/100 negó detalladamente las postulaciones de la tercerista y. en particular, su buena fe y que haya tomado conocimiento de la existencia de la subasta y los embargos en las oportunidades que alegara (14/7/89 y 21/ 7/89, respectivamente). Impugnó asimismo el boleto, desconoció los pagos, cuestionó que se hubiera tomado posesión del bien y afirmó que su crédito era de fecha anterior al de la iniciante, aludiendo a diversos instrumentos de noviembre y diciembre de 1986; concluyó sosteniendo que el boleto era insuficiente para sustentar la tercería.

4.1.2. los ejecutados Enrique Pascual Ortiz y Stella Maris César de Ortiz, formularan a fs. 127/l 29 diversas consideraciones relativas al bolero de compraventa, alegando la existencia de defectos formales y legales; dijeron así que carece de fecha plena, que figura vendiendo Luis Alberto Ortiz, que la actora debió acompañar el original no una simple copia y que jamás firmaron con la actora el instrumento de marras que se encontraría adulterado, añadiendo que vivieron en el inmueble hasta que el Banco de la Prov. de Buenos Aires - entonces acreedor hipotecario- tomó la posesión a fines de 1989. Sostuvieron, por último, que no puede decirse que la actora tenga buena fe.

4.2. Paso a tratarlas separadamente.

4.2.1. La buena fe se presume (ppio. art. 4008 del Cód. Civil; SCBA Ac. 50166 del 26/10/93, DJBA del 20y 21/12/93, pág. 284), correspondiendo a quien niega su existencia producir la prueba respectiva. No me pasa inadvertido que la operación de compraventa que instrumenta el boleto resulta altamente sospechosa por lo inusual de sus términos. Escapa a lo corriente que la adquirente en comisión (fs.9) pague el total del precio al contado contra boleto, sin recibir inmediatamente la derontación material de la cosa. Pero tiendo que los vendedores permanecieran en el bien sin suscribir ningún instrumento que especificara en que carácter lo hacían y, peor aun, incluyendo en lo pagado, el dinero necesario para cancelar la hipoteca que gravaba al bien, dejando a cargo de los vendedores la efectivización de esa cancelación. Sin embargo, no bastan las meras sospechas; los demandados no han producido prueba alguna que desvirtúe la existencia de buena Fe en la adquirente; por tanto, la defensa de las accionadas en este punto esencial ha quedado indemostrada (art. 375. CPCC).

4.2.2. En cuanto a la negativa articulada respecto de la fecha de toma de conocimiento, por la incidentista, tanto de la subasta como de la traba de los embargos, ello carece de incidencia respecto de la procedencia de la tercería (art. 97. últ. párr.. CPCC).

4.2.3. El boleto de compraventa luce sus firmas certificadas por escribano público con lo que además se lo ha conferido fecha cierta (fs. 9/10; an. 1035, Cód. Civil), habiéndose acompañado también copia del acta del libro de

requerimientos cuando firmaron los otorgantes comparecientes fs. 7, la que se encuentra a su vez certificada (fs. 8). A ello no se lo puedo oponer, simplemente, el desconocimiento de la autenticidad de las firmas, pues para restar validez al acto público que las certifica ha menester un procedimiento especial (arts. 979. inc. 20; 993. Cód. Civil), aquí no cumplido. Siendo auténticas las firmas y no demostrada la invalidez del contenido del boleto ni la comisión de un delito, deben tenerse por reconocidas sus estipulaciones, con los efectos que prevé el art. 1029 de la ley sustantiva (arts. 1017, 1019, 1026. 1028, 1033 Cód. Civil). Queda así demostrado el hecho del pago total del propio al que alude la cláusula segunda del boleto.

4.2.4. La posesión del inmueble no constituye un recaudo exigido por la ley para la oponibilidad del boleto de compraventa (art. II 85 his Cód. Civil) lo que toma abstracto el tratamiento de este punto.

4.2.5. La insuficiencia de boleto para sustentar la tercería podrá predicarse respecto de la de dominio (arg. arts. 1184. Inc. 1o. y 2505. Cód. Civil) pero aquí deducida es la de menor derecho; en cuanto a esta, la Suprema Corte se ha pronunciado expresamente admitiendo ii oponibilidad del boleto, de reunirse los extremos que exige la norma (art. 1185 bis) y siendo el crédito del comprador anterior al del embargante (Ac. 33.25 I del 2416/86.....S, 1986-11-123; Ac. 36.838 del I 1/12/86, A S. 1986-tV-303. Entre otros). Esto merece algunas precisiones.

a) Lo que debe ser anterior al boleto es la traba del embargo, en cuanto determina la prelación para el pago (arts. 209. 218. CPCC; Cám I a. Sala 1. La Plata, LA, 1949- 111-308 v Cám 1a. Sala I. La Plata, causa B-52.075, cit por Morello - Sosa -Berizonce. Códigos Procesales. . - t. II-B. pág. 434. LEP, 1985) y no la fecha del crédito que le diera lugar (art. 97, CPCC: art. 1185, bis. Cód. Civil).

b) No puede predicarse la existencia de colisión derivada de la fecha del crédito entre un derecho respecto de la cosa ( 574, 575, 594, 725. 1185. 1185 bis. 1187 Cód Civil) y otro que constituye antes del embargo una expectativa sobre la universalidad de los bienes que integran un patrimonio, pues falta por entonces una condición necesaria cual es que ambas acreencias concurren sobre el concurren sobre el mismo objeto (doctr. art. 596, Cód. Civil).

c) En consecuencia, en el conflicto suscitado entre el adquirente de del inmueble en las condiciones del art. 1185 bis del Cód. Civil y un tercero, acreedor quirografario del vendedor por obligaciones de dar sumas de dinero, la prioridad no estará dada por la fecha del crédito de este último sino por la anotación del acto jurídico en cuya virtud particularizó sobre la cosa la genérica afectación del patrimonio del deudor como prenda de sus acreedores (doctr. arts. 505, 616 Cód. civil)

En el caso, esta individualización se concretó, con efectos hacia terceros, por el asiento del embargo que produjo la afectación del inmueble al crédito del ejecutante, con el efecto del art. 3270 del Cód. Civil. Pero siendo de fecha posterior a la enajenación por boleto – según precisaré más adelante-, la prelación cede (arts. 218, 590, CPCC)y éste goza de la oponibilidad al concurso, que la doctrina de la Suprema Corte de la Provincia hiciera extensiva respecto de los ejecutantes individuales.

4.2.6 la mayoría de las defensas de los cónyuges Ortiz ha quedado descartada con el análisis de las postuladas por la embargante.

Me expediré sobre las restantes.

a) Encuentro artificioso el argumento por el cual se pretende que figura vendiendo Luis Alberto Ortiz.

Evidentemente se trata de un error de transcripción de quien redactara el boleto, el martillero Sacco. La declaración de éste presenta aspectos que la tornan poco verosímil (v. Gr. Haber presentado a los vendedores a quien resultó la compradora, redactado el boleto pero sin intervenir la inmobiliaria en la venta ni cobrar por ello honorarios( fs. 155 vta.) pero lo cierto es que ninguna prueba se ha producido que desvirtúe sus dichos, entre ellos, que le dieron el dato mal, copiando el nombre del padre del vendedor, lo que luego habría corregido en la escribanía (resp. A la 5ª preg. Fs. 155 vta.). Esta última circunstancia se encuentra probada con la fotocopia certificada del acta n°3 del folio 3 del Libro de certificaciones de firma N° 5 donde consta que el 17/1/87 comparecieron Enrique Pascual Ortiz y Stella Maris César de Ortiz, por una parte, y por la otra Elena Beatriz trigales, presentando un boleto de compraventa y requiriendo la intervención del escribano actuante para que certificara sus firmas las que dice fueron puestas en su presencia en dos documentos que se mencionan precedentemente, dice allí también que la certificación se formalizó en folio de actuación notarial A-521 1347/348 (fs. 7/8). Uno de ellos es, precisamente, el que acompaña al boleto cuya copia corm a Cs. 9/10 (fs. II, Folio de actuación notarial A 521-1347) en ~1 consta como certificada la firma de "Luis Alberto Ortiz". pero el numero de documento de identidad (L.E. 8.365.845), coincide con el presentado por Enrique Pascual Ortiz a la hora de firmar el libro de certificaciones (fs. 7) además, en la primera hoja del bolero de compraventa (Cs. 9) figura testado "Luis Alberto" cinterlineado encima de ello "Enrique Pascual", salvándose esto último antes de las firmas (fs. 10). Por otra parte, como advertiera más arriba, no se ha demostrado que la firma en cuestión sea falsa o que no corresponda a Enrique Pascual Ortiz, que éste es hijo de Luis Alberto Ortiz resulta de la certificación emitida por el Registro de la Propiedad Inmueble (fs. 169).

En conclusión, tengo por probado el error material que anticipara y que ha sido Enrique Pascual Ortiz quien firmó el boleto junto con su cónyuge Stella Maris Cesar.

b) Que la actora debió acompañar el original y no una simple copia es una afirmación de las demandadas huérfana de sustento fáctico. los ejemplares presentados por la tercerista son copia fiel de sus originales agregados a otra causa (ver constancias obrantes en reverso de fs. 24/28, asentadas por la actuaría del Juzgado N° 4. Departamental.

5. A la luz de lo expuesto, los agravios de la recurrente encuentran asidero, pues deben considerarse satisfechos los recaudos que toman oponible el boleto de compraventa de inmuebles a los ejecutantes individuales de la vendedora, según la recordada doctrina legal de la Suprema Corte de esta Provincia.

5.1. El boleto de compraventa posee fecha cierta, derivada de la certificación notarial de las firmas: 17/1/87 (fs. 7/II).

5.2. La traba de las cautelares vinculadas con estos autos es posterior a esa fecha (ver certificación acompañada con oficio al Registro de la Propiedad de fs. 168/173, particularmente fs. 169/170).

5.3. La tercerista es adquirente de buena fe y pagó la totalidad del precio (bastando a estos efectos que hubiera obrado el veinticinco por ciento del precio). En palabras del Superior Tribunal "consagrarse así un mejor derecho a ser pagado con preferencia al embargante (art. 97. CPC, primer párrafo. in fine) y ese pago debe ser entendido en el concepto dado por el art. 725 del Código Civil" (SCRA. Ac. 50.166 del 26/10/93; ver además, Ac. 33.251 del 24/6/86; Ac. 36.838 del 11/12/86; Ac. 37.368 del 29/3/88 Ac. 40.5(X) del 7/7/89).

6. Conclusión: De resultar compartido lo que dejo expuesto. Deberá dejarse sin efecto el fallo apelado y hacerse lugar a la tercería, ordenándose el levantamiento de los embargos correspondientes a las causas respecto de las cuales se dedujeron las tercerías que corren acumuladas las costas de la actora se impondrán en ambas instancias a los cónyuges Enrique Pascual Ortiz y Stella Maris Cesar de Ortiz en su condición de vencidos (art. 68, CPCC); en tanto que respecto de la codemandada embargante, también en ambas instancias correrán en el orden causado pues fue necesaria la tramitación del presente para dilucidar la prelación de la tercerista respecto de la embargante. Al no estar inscripto el boleto esta no tenía modo de conocer la existencia de un adquirente, por lo que pudo creerse asistida de razón al resistirse a la pretensión actora (art. 68. 2º que. CPCC; SCBA. Ac. 33.251 del 24/6/86 Cit.). Se postergará para su oportunidad la regulación de los honorarios (art. 3 I, decreto-ley 8904/77). Voto por la negativa. Los señores jueces Mares y Occhiuzzi adhirieron al voto del señor juez Cabanas por compartir sus fundamentos. Por los fundamentos expuestos en el acuerdo que antecede, se resuelve: revocar el fallo apelado, hacer lugar a la tercería y ordenar el levantamiento de los embargos correspondientes a las causas respecto de las cuales se dedujeran las que corren acumuladas. Imponer las costas en ambas instancias: a) las de la actora. a los codemandados Enrique Pascual Ortiz, y Stella Maris Cesar de Ortiz en su condición de vencidos (art. 6º., CPCC); b) las correspondientes a la codemandada "Depósito de galletitas los Primos SA., correrán en el orden causado (art. 68. 2ª parte. CPCC: SCBA. Ac. 33.251 del 24/6/86 cit.). Postergar para su oportunidad la regulación de los honorarios (art. 31. decreto-ley 8904/ 77). Regístrese. Notifíquese. Devuélvase. - Raúl Ernesto Cabañas. - Ricardo A. Occhiuzzi - Horacio Abel Mares (Sec. Daniel Claudio Zorrilla).

## Comentario a fallo (\*)

Por Esc. RICARDO J. BLANCO LARA

"Suficiencia en la acreditación de extremos de un boleto de compraventa para oponer tercería de mejor derecho frente a un acreedor embargante". – Capel. CC San Martín - 28/9/95.-

### EL CASO:

En los hechos que dan origen al fallo analizado concurren situaciones fácticas que no analizaremos por separado, pues todas ellas hacen a la configuración de los extremos que el tribunal ha considerado suficientes para que la tercerista pueda oponer su derecho. Se trata, pues, de la tercería incoada por la actora en el incidente respecto de un juicio ejecutivo, en donde el bien objeto de la controversia se encontraba pronto a ser subastado, presentándose ésta como adquirente por boleto de compraventa, en los términos del artículo 1185 bis del Código Civil -cuyas firmas fueron certificadas por escribano público habiéndosele otorgado la posesión y abonando ésta el total del precio, con anterioridad al remate. El acreedor embargante -con crédito anterior a la compra por la tercerista, pero habiendo anotado la medida cautelar que dio origen a la ejecución con posterioridad a aquella se vió vulnerado en su derecho, razón por la cual el tribunal rechazó la tercería interpuesta, dando razón al embargante quien negó detalladamente las postulaciones de aquella, fundándolas, entre otras, en la impugnación del boleto y de su fecha. Contra estos argumentos se agravió la incidentista, quien obtuvo sentencia favorable a su derecho por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín.

#### COMENTARIO AL FALLO:

La ley del rito de la Provincia de Buenos Aires establece cuales son los requisitos que deben cumplirse para oponer tercería de mejor derecho.

Del análisis del artículo 98 (similar a idéntico artículo en el Código Procesal de la Nación) puede afirmarse que para dar curso a esta tercería deberá probarse, con medios fehacientes o en forma sumaria, la verosimilitud del derecho en que se funda o bien prestarse fianza por los perjuicios que pudieren producirse con la suspensión del proceso principal, es decir, suspensión del pago de los bienes vendidos al acreedor hasta decidir la preferencia, en el caso de no otorgarse la mencionada fianza.

Esta "verosimilitud" aludida por la norma deberá sustentarse en una serie de recaudos que deben ser analizados por el Juzgador para obtener certeza de que el derecho de la incidentista satisface ciertas exigencias para ser "pagado con preferencia al embargante" (art. 97 C.P.C.C. Pcia. de Buenos Aires).

El tribunal del a quo analiza pormenorizadamente los recaudos que convierten al boleto de compraventa en oponible a los ejecutantes individuales. Uno de estos recaudos consiste en la certeza de la fecha del contrato y que el mismo haya sido firmado por la tercerista. Sobre estos dos puntos me expediré brevemente en razón de la conexidad que tienen con el universo notarial.

Obviamente la fecha del boleto debería ser anterior a la traba de la medida: éste es un requisito que el tribunal postula como determinante para la protección del derecho de la actora en el incidente. Reiteradamente el juzgador expone que "el boleto de compraventa posee fecha cierta, derivada de la certificación notarial de las firmas" y que para desconocer las mismas "ha menester un procedimiento especial (arts. 979 inc. 2º 992 CC) aquí no cumplido" (sic). Parecería, entonces, que la certeza de la fecha surge de la certificación notarial esto no es lo que dispone el artículo 1035 del CC en ninguno de sus cuatro incisos. En tal sentido, no existe acuerdo unánime en la jurisprudencia y doctrina respecto de si la certificación de firmas queda encuadrada en este artículo o, por lo menos, en el inciso 3º del mismo.

Debemos recordar que en diversas oportunidades los más altos tribunales del país acogieron favorablemente esta postura (véase SCBA LL 132915, si consta el lugar y fecha en que se realizó ésta; también SCBA LL XXXII-773 en donde se considera que la enumeración del artículo no es taxativa) y en muchas otras, la rechazaron expresamente, aún en la Corte bonaerense que se pronunció sobre el mismo caso en forma contradictoria (véase Cam. 1a Mar del Plata LI. XXV-846. sum. 26; CCiv Sala A LL 127-146; CCom. Sala A, LL 139-769 24.102-5; y la misma SCBA en LI. 149-533). Asimismo, la doctrina -que no necesita ser tan terminante como la jurisprudencia lo es para la dilucidación de un caso concreto ha sido vacilante. Si bien se concede distinta entidad jurídica en razón de la legalidad respecto de la creación del Libro de requerimientos en la Provincia de Buenos Aires y en la Capital Federal (en el primer caso, creado por la ley 9020, y en el segundo, por resolución del Consejo Directivo del 11/1 1/71 por delegación de facultades respecto de la organización del notariado capitalino, arts. 12 inc. h y 44 inc. e) ley 12990 t.o. 14054) entre los notarialistas tiénese por cierto que la certificación notarial de la firma no otorga al documento privado fecha cierta, sino

que la propia certificación la tiene, por ser uno de los supuestos contemplados en el inc. 2° del artículo 979 del CC. A lo sumo constituirá una presunción de verdad acerca del Contenido del instrumento, analizable por el juzgador, por el "reflejo" de fecha cierta que produciría la certificación (véase Falbo. RdN 627/83; Pelosi. RdN 1025/75)

Otros doctrinarios. -Arauz Castex, Llambías, Spota consideran la no necesidad de que el acta de requerimiento sea labrada en protocolo notarial para que produzca fecha cierta, contrariamente a las consideraciones de Salvat y Borda, que se acercan más a las esgrimidas por la doctrina notarial.

Es necesario encontrar una solución coherente y homogénea respecto de este tema: la certificación notarial de las firmas no otorga fecha cierta al instrumento en donde se encuentran certificadas. Tampoco convierte en público al instrumento privado, ya que dicho carácter lo posee la foja de certificación y el acta respectiva. Y ello por varias razones: 1° No está prevista en el artículo 1035 del CC; 2°) El libro de Requerimientos –al menos en Capital- no constituye ningún registro público, aun cuando debe ser llevado conforme las normas que rigen el protocolo; 3~ la Fecha de la certificación puede ser distinta de la fecha del documento; 4° Como expresa una sentencia de la propia SCBA, no es posible dotar de fecha cierta al documento privado con las firmas certificadas ya que el mismo art. 1035, en su inciso 2° prevé el caso de reconocimiento de un instrumento ante el notario y dos testigos que lo firmaren, pues esto supone crear un supuesto de fecha cierta ya previsto, faltando, en la especie, la firma de dos testigos presenciales.

Además, para impugnar la validez de las firmas en el documento privado, no hace falta recurrir al procedimiento especial que hace mención el art. 993 del CC, procedimiento que sí sería necesario para impugnar los contenidos de la certificación, única parcela del documento que reviste el carácter de público.

Concluimos, entonces que puede llegarse a la misma solución a que arriba el juzgador en el caso de marras prescindiendo de la certeza de la fecha que no da la certificación notarial, pues existen en el juicio otros elementos convincentes tales como el pago total del precio, la entrega de la posesión y la buena Fe de la adquirente, que pueden hacer valer los derechos de la tercerista.

### III

BIEN DE FAMILIA: Inoponibilidad, crédito por honorarios regulados luego de la inscripción.

Doctrina: 1) Aún cuando el crédito por honorarios que el beneficiario pretende cautelar sea posterior a la afectación como bien de familia el inmueble cuyo embargo se peticiona, tal inscripción resulta inoponible, pues la referida labor profesional comenzó con anterioridad a la misma.

2) Para determinar si un crédito por honorarios es anterior o no a la afectación de un inmueble como bien de familia, a los efectos de la indemnidad otorgada por el art. 38 de la ley 14394 es menester reparar en el acto o hecho generador del mismo, es decir en el comienzo de la actividad profesional, sin importar la fecha del pronunciamiento que cuantificó tales emolumentos, pues el mismo se limitó sólo a reconocer un crédito preexistente. R.C.

Cámara Nacional Comercial, Sala A. Autos.: "Del Valle, Marcia Viviana c/Fenior Silvano, Claudia s/ejec."(\*)

Buenos Aires, junio 27 de 1995 -Y Vistas. Es apelado el decisoria de fs. 123 en tanto allí el Sr. juez a quo denegó la cautelar solicitada, con fundamento en que siendo que el crédito por honorarios que el beneficiario pretende cautelar es posterior a la afectación como bien de familia del inmueble cuyo embargo se peticiona, el mismo no resulta procedente.

En sus agravios de fs. 127/129, sostiene el recurrente que el fundamento legal tenido en consideración por el tribunal de grado resulta equivocado, en tanto el bien de familia se inscribió en marzo de 1993, y su crédito por honorarios no surge de la sentencia dictada a fs. 75, esto es, el 2 de abril del mismo año, sino que el mismo reconoce su origen no a partir de su cuantificación sino a partir del comienzo de la actividad profesional desplegada en las presentes actuaciones, conforme los precedentes de este Tribunal que cita en su memorial.

Así las cosas debe señalarse que en forma reiterada se ha decidido que la noción "deudas posteriores" sobre la que otorga indemnidad el art. 3° de la Ley 14394, debe interpretarse referida temporalmente al nacimiento de la obligación y no a su vencimiento o a la fecha desde la cual ésta se hizo exigible, ya que de lo contrario se prestaría al fraude a los acreedores.

Luego, se coincide con el recurrente en que el escrito de oposición de excepciones que dio origen a los honorarios en cuestión data del mes de diciembre de 1992 (v fs. 27/28). En efecto, tal como reiteradamente lo ha decidido esta Sala, para determinar si un crédito es anterior a no a la afectación de un inmueble en el régimen del bien de familia, es menester reparar en el hecho o acto generador, sin importar la fecha del pronunciamiento que se limita a reconocer ese crédito preexistente (conf. 20-12-91. "Cesani, Pedro c/ Mortero y Cía. s/inc. de ej. Honorarios prom. por Lipszyc y Villalba, Carlos A., entre muchos otros).

Por ello, se revoca el decisorio recurrido. Sin costas atento a no haber mediado substanciación. Devuélvase a primera instancia encomendándose al Sr.