Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A

Dias Machado, María José c. Cano, María Esther y Lloyds Bank (Blsa) Ltd. • 08/04/2010

2ª Instancia. — Buenos Aires, abril 8 de 2010.

Estudiados los autos se planteó la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta, la Señora Juez de Cámara, doctora Isabel Míguez, dijo:

I.- Antecedentes del caso

1) En la sentencia de fs. 275/281, la Sra. Juez a quo: i) acogió la demanda de tercería de dominio interpuesta por María José Dias Machado contra Liliana Esther Cano y Lloyds Bank (Blsa) Ltd., disponiendo en consecuencia, el levantamiento del embargo trabado en el juicio ejecutivo caratulado “Lloyds Bank c. Cano, Liliana Esther s/ejecutivo” (Juzgado Nacional en lo Comercial nº 13, Secretaría nº 26) y, ii) impuso las costas por su orden (art. 68, párr. 2° CPCCN).

2) Si bien los hechos del sub examine han sido debidamente sintetizados en el fallo indicado, entiendo conducente recordar que, en fs. 124/127, la accionante refirió haber adquirido, el 06/05/1991, mediante boleto de compraventa, el departamento sito en la calle... de la ciudad de Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires, tomando posesión sobre el inmueble en forma inmediata y cancelando -a los fines de cumplir con su principal obligación- la totalidad del precio convenido a las vendedoras, una de las cuales era la codemandada Cano. Añadió que al negarle las enajenantes la escritura traslativa de dominio, resolvió iniciar un juicio de escrituración por ante el Juzgado Civil y Comercial nº 3, Secretaría nº 6, del departamento judicial de La Plata, obteniendo sentencia favorable en fecha 02/11/1998.

A renglón seguido, adujo que grande fue su sorpresa, al constatar -al momento de pretender escriturar- que existía un embargo preventivo sobre el inmueble, ordenado en las actuaciones mencionadas en el apartado I.1), que tuvo su origen en una deuda contraída por Cano siete (7) años después de haber vendido a su parte el departamento ahora en litigio.

Terminó señalando que, ante el peligro inminente de perder la unidad departamental adquirida, se vio obligada a deducir la presente ‘tercería de dominio’, con el objeto de lograr el levantamiento del embargo trabado, así como la consiguiente suspensión de la subasta decretada en el juicio ejecutivo para, con ello, poder obtener la correspondiente escritura del inmueble.

3) Lloyds Bank (Blsa) Ltd., contestó demanda en fs. 212/216, solicitando su rechazo y negando los hechos expuestos por su contrincante.

Como principal defensa, arguyó que la toma de posesión (tradición) efectuada sobre el inmueble le era inoponible a su parte, al no haber sido anotada en el Registro Inmobiliario, por no tratarse de un derecho real como el que, a diferencia de la posesión, representa el dominio sobre la propiedad.

4) De su lado, la codemandada Cano no compadeció al proceso, lo que motivó su declaración de rebeldía en fs. 222.

5) En el cuadro fáctico descripto resta señalar que, al tomar su decisión, la anterior sentenciante valoró: i) que resultaba aplicable, por analogía, lo previsto en el art. 1185 bis del Cód. Civil a los supuestos de concurso, al establecerse que las únicas exigencias legales para la oponibilidad a la masa de acreedores de un boleto de compraventa de un inmueble son el pago del 25% del precio y la buena fe del vendedor (rectius: debió decir ‘del comprador’), ii) que en tal sentido, no podía desconocerse la fuerza convictiva que tenía la circunstancia de que la tercerista adquirió el bien, obtuvo su posesión y abonó su precio íntegro con anterioridad a la fecha en que se dictó sentencia de trance y remate (17/12/1998) en el juicio ejecutivo caratulado “Lloyds Bank c. Cano, Liliana Esther”, de lo que cabía colegir que la aquí demandante contaba con un mejor derecho que el banco embargante y, iii) que a lo precedente cabía adicionar -en prueba de la justicia de la solución propiciada- que la actora había sido en todo momento diligente, llegando incluso a promover un juicio por escrituración del inmueble, frente a la negativa evidenciada por las vendedoras de acceder a su petición de perfeccionar el derecho de dominio del bien en la esfera registral.

II.- El recurso

Contra el pronunciamiento de la anterior instancia se alzó la demandada, quien introdujo su recurso en fs. 284 y lo fundamentó en fs. 317/318, no recibiendo contestación de la contraria.

La quejosa se agravió, en primer lugar, porque la a quo aplicó al sub lite la solución prevista por el art. 1185 bis, pese a que ésta resulta efectiva sólo en un procedimiento concursal, no siendo oponible, por ende, a los embargos trabados en procesos ejecutivos -como el deducido por su parte-, más allá de que el adquirente por boleto de compraventa hubiese abonado íntegramente el precio pactado y recibido la posesión del bien.

Finalmente, la entidad bancaria se agravió porque la Sra. Juez de grado consideró que Dias Machado había actuado en forma diligente, cuando -en realidad- ello no era cierto, toda vez que dicha tercerista no había efectuado siquiera una anotación de litis en el registro de la propiedad, a los fines de poner en conocimiento a los terceros respecto de la anómala situación por la que estaba atravesando.

Sobre esta base requirió el acogimiento del recurso y consiguiente rechazo de la demanda, con costas a la actora.

III.- La solución

1) El tema a decidir.

Delineado del modo expuesto los reproches del apelante, el tema a decidir en esta instancia consiste en determinar si el derecho de la tercerista -Dias Machado-, poseedora de buena fe de un inmueble adquirido en una operación instrumentada mediante boleto de compraventa, cuyo precio fue saldado íntegramente, debe -o no- prevalecer respecto del derecho invocado por el banco acreedor -Lloyds Bank (Blsa) Ltd.- que ha logrado, con posterioridad a la celebración de dicha compraventa, la traba de un embargo originado en la falta de pago de una deuda contraída con su parte por una de las enajenantes -Cano- del inmueble referido.

No desconozco, respecto de la temática en cuestión, la existencia de opiniones jurisprudenciales y doctrinarias enfrentadas (algunas otorgando la razón al poseedor con boleto de compraventa y otras, al embargante posterior que inscribe su preferencia en el registro público), circunstancia que me ha llevado a efectuar, en esta ocasión, una profunda revisión de mi postura al respecto.

Así las cosas, y pese a que -bien vale aclararlo- no exista agravio sobre este particular, entiendo conducente -antes de ingresar al análisis del tema propuesto- brindar el adecuado encuadre de derecho a la luz del cual debe ser resuelto el litigio, al constituir éste -en definitiva- el pilar sobre el cual habrá de cimentarse la fundamentación vertida infra.

Veamos.

2) Aclaraciones preliminares: ¿tercería de dominio o tercería de mejor derecho?

He de comenzar recordando que este Tribunal -en su actual composición- ha tenido oportunidad de señalar que quien plantea una tercería de dominio debe probar fehacientemente la titularidad del bien, que en el caso de inmuebles, no se acredita con un boleto de compraventa, sino con la escritura pública exigida por el art. 1184 Cód. Civil y su inscripción en el Registro de la Propiedad. Tal aserción pareciera ser indiscutible, pues la vía para lograr la oponibilidad de un boleto de compraventa frente a un embargo registralmente trabado respecto de un inmueble, es la tercería de mejor derecho y no la de dominio, toda vez que, cualquiera sea la naturaleza del derecho acordado por la ley, supone una prioridad excluyente frente al resto de los acreedores del titular registral, ya que permite al adquirente separar el inmueble de la prenda común (esta CNCom, esta Sala A, 27/06/2008, in re: “Elosu, Luis Darío s. tercería de dominio en: Monsanto Arg. S.A.I.C. c. Negocios Agropecuarios y otro”, La Ley on line; idem, 31/10/2006, in re: “Pividori, Oscar Alfredo c. Círculo de Inversores”).

En esa inteligencia, repárese en que si bien en el sub lite la accionante encuadró su acción como “tercería de dominio” (fs. 124), nada obsta a recalificarla -de oficio- como “tercería de mejor derecho”. Ello, máxime cuando la actora no sólo fundó su derecho en el art. 97 CPCCN -norma que comprende ambos tipos de tercerías (véase fs. 126vta., 127)-, sino que -en lo que resulta dirimente- demandó el levantamiento del embargo y la suspensión de la subasta decretada en los autos caratulados “Lloyds Bank c. Cano Liliana Esther” (véase fs. 124, fs. 125vta. y 127vta.), lo que per se supone, no la protección del derecho real a que se refieren los arts. 2506 y ss. Cód. Civil (materia propia de una tercería de dominio), sino la búsqueda por la tercerista -en su condición de poseedora- de una prioridad excluyente frente al banco acreedor (Lloyds Bank) de una de las titulares registrales (materia -ésta- propia de la tercería de mejor derecho).

Adviértase que la amplitud de poderes de los magistrados permite seleccionar de entre varias soluciones posibles, la que se estima más adecuada a la realidad juzgada. Todo juez tiene el deber de conocer el derecho que ha de aplicar para la solución del conflicto, en base a los hechos expuestos como litigiosos, con prescindencia de la denominación o encuadramiento jurídico dado por los litigantes a sus pretensiones (cfr. arg. art. 15 Cód. Civ., art. 34 inc. 5º CPCCN.; CSJN fallos: 300:1034; 301:1211 LA LEY, 1981-D, 599-36.018-S; esta CNCom., esta Sala A, 14/12/2007, in re: “Tommasi Automotores S.A. c. Ciadea S.A. y otros”; ídem, 12/09/2006, in re: “Urre Lauquen S.A. c. Lloyds Bank Ltd. y otro”; ídem, Sala B, 01/11/1995, in re: “Sebastián Héctor N. C. La Central del Plata Cía. de Seg.”; cfr. Acuña Anzorena, Arturo, “El principio iura novit curia y su aplicabilidad en materia de prescripción”, LA LEY, 70-870). No debe olvidarse que la postergación deliberada y consciente de este imperativo funcional trae aparejado el riesgo de herir de muerte la tutela judicial efectiva, que es, sin duda, la base de todo sistema jurisdiccional que se precia y que a la vez desprecia los excesos de rigor formal, sepultado desde antaño en el sistema de las legis actionis del derecho romano primitivo.

Entiendo, entonces, que por aplicación del aforismo iura novit curia se debe tratar a la tercería deducida en autos como una tercería de mejor derecho, pues con ello no se está supliendo un error de hecho cometido por la actora, ni modificando los términos en los que la litis quedó trabada, ni colocando a alguna de las partes en situación de indefensión, sino que se corrige la calificación jurídica de la acción, lo que es justamente facultad de aplicar el derecho, que corresponde exclusivamente al juez.

Claro está -y he aquí uno de los ribetes originales de la cuestión- que la tercería de mejor derecho procura el desplazamiento del embargante y su vocación no se limita al cobro de una suma de dinero, como ordinariamente se concibió a este tipo de tercería (cfr. Fassi, Santiago, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1970, p. 194). En ese línea de ideas cabe aludir a ‘tercerías de mejor derecho’, o simplemente ‘preferencias’ que no se limitan a la percepción de una suma dineraria, sino también a otras prioridades temporales que tienen por vocación inmediata posibilitar al poseedor una suerte de ‘apropiación’ del bien embargado, libre de trabas asentadas con posterioridad: lo relevante es que el objeto del reclamo se orienta al desembargo y que la causa petendi se ubica -en resumidas cuentas- en los derechos derivados del boleto de compraventa.

Ahora bien, profundizando aún más en el examen y siguiendo la letra del art. 97 CPCCN ¿es aceptable la figura de una tercería de mejor derecho con vocación exclusoria del acreedor embargante y -a su vez- apropiatoria del bien embargado?

Para responder a tal interrogante, basta tan sólo con leer el primer párrafo de la norma en cuestión: “las tercerías deberán fundarse en el dominio de los bienes embargados o en el derecho que el tercero tuviere a ser pagado con preferencia al embargante”. Ninguna duda cabe, pues, abrigar respecto de la favorable acogida que este texto brinda a la figura que nos ocupa, desde que la expresión “ser pagado” no debe limitarse al concepto habitual de pago (desembolso de una suma de dinero), sino a una más amplia y genuina, como es la de lograr hacer efectivo su derecho desembarazando el bien -tal como se refiriera supra- de la medida cautelar que lo afecta, y prevaleciendo -por las razones que habrán de especificarse más abajo- el ejercicio de la preferencia puesta en cabeza del poseedor.

Llegado a este punto, es claro que la descripción de la modalidad de ‘tercería de mejor derecho’ -al no existir, por otro lado, una tercera alternativa innominada de inoponibilidad o bien una acción autónoma que contuviese pretensiones como la plasmada por la accionante- se acomoda a la especie aquí tratada, esto es a la del poseedor de buena fe del inmueble adquirido por boleto de compraventa, en confrontación con un acreedor de la parte vendedora que ha logrado la traba ulterior de un embargo sobre la propiedad afectada.

3) Replanteo de la cuestión: ‘quid’ de la aplicación de los arts. 1185 bis y 2355 Cód. Civil. Incidencia de la oponibilidad extrarregistral.

Especificado lo anterior, cabe -en mi entender- redefinir la solución que este Tribunal, en su actual conformación, ha brindado hasta ahora a la cuestión de fondo en casos similares al ahora examinado, y retomar -en sustancia, aunque, como se verá infra, con algunos aditamentos- la senda jurisprudencial propuesta por esta Sala en su anterior composición -con voto preopinante de la suscripta-, in re: “Banco del Buen Ayre S.A. c. Ontiveros, Guillermo y otros” (JA, 2002-III, ps. 93 y ss.), de fecha 08/03/2002, y según la cual: “el comprador que se halla en posesión pública, pacífica e ininterrumpida de un inmueble cuyo boleto tiene fecha anterior a la traba del embargo, goza de un derecho preferente sobre los acreedores quirografarios del vendedor de la propiedad”.

Es que, al decir de Ramón de la Rica y Arenal, “es indiscutible que los embargos deben trabarse sobre bienes propios del deudor o ejecutado. Si estos bienes han dejado de pertenecerle civilmente, aunque todavía en el registro continúen inscriptos a su nombre (...)”, es evidente que se estaría convalidando el embargo de “algo que ya les es ajeno, que ya no está en su patrimonio. Se está ciertamente, en un caso de discrepancia entre registro y realidad jurídica; de inexactitud de aquél; pero resulta innegable que el título adquisitivo anterior al embargo, aunque no esté inscripto, debe prevalecer sobre éste, pues aparte de que la anotación del embargo no es una hipoteca, ni crea un verdadero derecho real, ni altera la naturaleza de las obligaciones que lo motivan, resultaría antijurídico que los bienes propios de un tercero civil puedan responder de obligaciones ajenas por el hecho de no haberse” podido practicar “todavía la inscripción de la transmisión en el registro” (en “Principio de prioridad y las inscripciones retrasadas”, en libro homenaje a Ramón de la Rica y Arenal, Ed. del Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, t. II, Madrid, 1976, p. 526, cit. en su voto por la Dra. Kemelmajer de Carlucci, SCMendoza, 30/05/1996, in re: “Coviram Ltda.”, JA, 1997-I, p. 83).

Al respecto, tengo para mí que registros públicos como el inmobiliario, poseen -en nuestro país- carácter meramente declarativo, al reconocer en la inscripción del acto, la existencia de una realidad jurídica extrarregistral subyacente (art. 34, ley 17.801), existiendo -en tal sentido- oponibilidades extrarregistrales tales como las derivadas de una subasta pública (excepción del art. 1184 Cód. Civil) o de la aplicación de los artículos 1185 bis y 3135 del Cód. Civil y del art. 20 de la ley 17.801 (cfr. García Coni, Raúl, “Derecho Registral aplicado”, Ed. Librería Jurídica, La Plata, 1972, ps. 82/83).

De las oponibilidades extrarregistrales mencionadas, interesa profundizar -en atención al tópico que nos ocupa e ingresando al primero de los agravios formulados por la quejosa- en la contenida en el art. 1185 bis del Cód. Civil, norma -ésta- donde se establece que: “los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe” son “oponibles al concurso o quiebra del vendedor, si se hubiere abonado el veinticinco (25%) por ciento del precio”, pudiendo el juez -en estos casos- disponer “que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio”.

Una primera -y superficial- lectura del artículo transcripto no me impide desconocer que -tal como arguye parte de la doctrina y de la jurisprudencia- su alcance pareciera no comprender a los casos de ejecuciones individuales (al referir únicamente a los ámbitos del “concurso o quiebra del vendedor”), lo que -de ser exacto- obstaría a que su aplicación resultase extensiva a supuestos como el del embargo introducido por Lloyds Bank (Blsa) Ltd.

No obstante, luego de efectuar una detenida reflexión, a la luz del sistema de normas que rige la materia, advierto que otro es el status jurídico que cabe conferir a la aplicación de dicho agregado, introducido por la reforma de la ley 17.711.

En efecto: no se halla en tela de juicio que, en concordancia con el 146 LCQ, la prioridad del art. 1185 bis, Cód. Civil, opera -en principio- en el plano falencial en tanto confluyan -siempre con fecha anterior a la de declaración de quiebra o apertura de concurso- los siguientes requisitos: i) existencia de boleto de compraventa o acto a título oneroso sobre un inmueble que sea regulado supletoriamente por las normas del contrato de compraventa; ii) adquisición de buena fe, es decir, sin connivencia con el promitente de venta, ya por simulación ya por fraude; iii) pago de al menos el 25% del precio y iv) fecha cierta del instrumento invocado -arts. 1034 y 1035, Cód. Civil- (cfr., Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, 01/02/1985, in re: “Di Prieto, Vicente c. Monte Paco”, LA LEY, 1985-D, 402; esta CNCom, en pleno, 08/07/1981, in re: “Arturo de Zaguir, María c. Concepción Arenal, Soc. en Com. por Accs.”, pronunciamiento en el que se estableció, como doctrina plenaria, que “el pago del 25% del precio a que alude el art. 1185 bis del Cód. civil debe haber sido efectuado por el comprador antes de la falencia del vendedor, haya mediano o no por parte del ahora fallido la entrega de la posesión del inmueble vendido a aquél”, LA LEY, 1981-C, 465; véase también Alterini, Jorge y Gatti, Edmundo, “Prehorizontalidad y boleto de compraventa”, La Ley, Buenos Aires, 1973, p. 51; Vázquez, Gabriela, “Poseedor de boleto y embargo”, LA LEY, 2007-F, 499; Mariani de Vidal, Marina, “Temas de Derecho Privado”, nº 4, editado por el Colegio de Escribanos de la Capital Federal).

En esa inteligencia, si bien la norma nada fija respecto de la oponibilidad extrarregistral de las ejecuciones individuales, entiendo apropiado rescatar la incidencia que en la problemática arrastra la necesaria aplicación al sub examine de lo prescripto por el art. 2355, último párrafo, Cód. Civil. Ello pues, en casos como el que nos ocupa, no se puede brindar una correcta solución si se omite la aplicación de otro precepto perteneciente -por decirlo así- a su misma constelación o, en opinión de Soler, “al aspecto en el cual la concepción postulada adquiere mayor riqueza, pues la necesidad del reconocimiento de validez simultáneo de todos los preceptos, hace necesario el examen de su interacción recíproca, de manera que por la combinación misma de sus propios preceptos, un sistema jurídico está provisto de un mecanismo jurídico de autocorrección” (cfr. Soler, Sebastián, “Interpretación de la ley”, Ed. Ariel, Barcelona, p. 168).

Dicho artículo (el 2355, Cód. Civil) establece, en su último párrafo (introducido, al igual que el art. 1185 bis, por la reforma de la ley 17.711), que: “se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediando boleto de compraventa”.

¿Qué apareja entonces la calificación de “legítima”, concretada por el legislador en esta norma, aplicada al sub examine?

Adelanto mi respuesta: implica la posibilidad de que el adquirente quede habilitado a oponerse a las pretensiones de terceros acreedores del vendedor, que inicien ejecuciones individuales con posterioridad al momento en que aquél entró en posesión pública, pacífica e ininterrumpida del inmueble en virtud del cual se emitió el boleto de compraventa y -además- pagó parte significativa del precio (cfr. en sentido similar, esta CNCom., esta Sala A, mi voto, 08/03/2002, in re: “Banco del Buen Ayre S.A...”, cit. supra).

En efecto: López de Zavalía, con su indiscutible autoridad intelectual en la materia, señala que lo que la ley considera “legítima” es la adquisición (y la posesión) del comprador respecto de terceros, pues el problema no existe inter partes, porque entre ellas rige el principio de irrepetibilidad del traspaso posesorio (doctrina art. 515, inc. 3, Cód. Civil). Ello explica el por qué de la mención especial de la ‘buena fe’ introducida en el último párrafo del art. 2355, Cód. Civil: lo razonable es suponer que dicho agregado se refiere a las relaciones con terceros, donde sí puede cobrar interés la buena fe como requisito de oponibilidad de la adquisición (cfr. López de Zavalía, Fernando Justo José, “Derechos Reales”, t. I, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1989, p. 432).

Por ende, los terceros que aquí interesan, son los terceros respecto de los cuales la protección depende de la buena fe, conduciendo tal circunstancia a una inatacabilidad de la situación del comprador. Consiguientemente, legitimidad en el sentido del primer párrafo del art. 2355 Cód. Civil significa inatacabilidad, y es esta inatacabilidad que se aproxima, funcionando respecto de algunos terceros, la situación del párrafo agregado en el mismo artículo (cfr. López de Zavalía, ob. cit, p. 432). De ello se deriva que el poseedor según boleto, no puede ser vencido por terceros tales como el banco embargante, en razón de su buena fe, pero sería vencido si fuera de mala fe, lo que en autos no acontece (o, al menos, no se probó lo contrario).

Ello explica por qué deba conectarse lo prescripto por el art. 2355, último párrafo, con lo normado por el art. 1185 bis, Cód. Civil: es esta última la norma más próxima del sistema que contiene los restantes recaudos operativos para que la posesión legítima surta sus efectos respecto del adquirente con boleto de compraventa que pagó el precio del bien -o al menos gran parte del mismo- al propietario enajenante. Es que, aunque el concurso fuese más que una sumatoria de conexas ejecuciones -lo que no puede negarse-, en alguna medida también su perfil se dibuja, desde la perspectiva procesal, como un haz de ejecuciones, bien que con tratamiento y matices propios a raíz, precisamente, de ser un mecanismo de estructura universal y complejo (cfr. Morello, Augusto, “El boleto de compraventa como sostén legítimo de la tercería”, LL, 1994-B, 451).

Al encuadre puntualizado cabe sumar el hecho de que la posesión a la que alude al art. 2355 Cód. Civil implica cierto grado de publicidad (de allí que sea posible aludir al concepto de “publicidad posesoria”), por lo que encontrándose presentes los restantes recaudos del art. 1185 bis, Cód. Civil (existencia de boleto de compraventa con fecha cierta, buena fe del adquirente y pago de al menos el 25% del precio), la consecuencia derivada de dicha conjunción es -no sólo para los casos de concursos y quiebras, sino también para los de ejecuciones individuales (véase López de Zavalía, ob. cit, p. 437)- la consabida oponibilidad extrarregistral, consagrada en el último de los artículos citados.

En ese contexto cabe tener presente que el titular de un boleto sólo tituliza -mediante dicho instrumento- derechos personales, estando éstos marginados -al menos por regla- de la denominada publicidad registral (art. 2°, ley 17.801), con la salvedad de algunas leyes especiales (v.gr. leyes 14.005 y 19.724). No obstante, la naturaleza personal del derecho del adquirente por boleto de compraventa no inhibe su inherencia, expresada en las reglas de preferencia y persecución, contenidas en los arts. 3275 y 3276, Cód. Civil, lo que permite efectivizar los efectos de la publicidad posesoria en materia inmobiliaria, al ser divulgadora de la situación jurídica que se adjudica quien tiene la cosa bajo su poder con la intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad (art. 2351, Cód. Civil; cfr. Vázquez, Gabriela, ob. cit., ps. 499 y ss.).

Lo sostenido me lleva a afirmar que pese a reconocerse la superioridad técnica de la publicidad registral en materia inmobiliaria, con relación a la publicidad posesoria, debe recalcarse que la posesión constituye la exteriorización de una situación jurídica real, de innegable trascendencia publicitaria, cuando se aprecia no desde el punto de vista fugaz de la tradición, sino ejercida y prolongada en el tiempo durante un lapso razonable. Es que, al decir de Alterini, desde la perspectiva “del hombre común, los estados de hecho tienen una función exteriorizadora, que el especialista podrá cuestionar, pero que impresionan sus sentidos de manera más simple y directa que la evolucionada publicidad registral; de allí que la realidad viva” puede mostrar “la eficiencia de la publicidad posesoria”, a tal punto que hace ya más de dos (2) siglos “el Código de Prusia de 1794 debió computar que, concebida como publicidad de vulgo, se contrapone a la publicidad registral, acuñada en el gabinete jurídico” (CNCiv., Sala C, del voto del Dr. Alterini, 21/11/1978, in re: “Todros, José R. y otros c. Todros Fraser, Jorge” LA LEY, 1979-B, 259).

De lo hasta aquí señalado, cabe concluir en que, en casos como el que nos ocupa, la posesión del adquirente por boleto de compraventa, con las características de quieta, pública, pacífica e inequívoca, que hubiese implicado el pago de -al menos- el 25% del precio del bien, prevalece sobre la situación registral (‘contra tabulas’), lo que se justifica -lo reitero- por el sistema de inscripción registral declarativa no convalidante adoptado en materia inmobiliaria en Argentina.

Sustentar lo contrario, implicaría despojar virtualmente de contenido al último párrafo del art. 2355 Cód. Civil, norma -ésta- que al consagrar la noción de ‘legitimidad de la adquisición de la posesión’ de inmuebles de buena fe, mediando boleto de compraventa, trajo aparejada la necesidad de un cambio de mentalidad de ciento ochenta grados en torno a los tradicionales conceptos existentes en materia de oponibilidad a terceros.

Desde esa óptica, lógico es afirmar que los Tribunales no pueden mantenerse ajenos a las inferencias implicadas por la variante comentada, so riesgo de convalidar -ilegítimamente- un indeseable divorcio entre derecho y realidad.

4) Fundamentos adicionales hábiles para sustentar la postura asumida.

A esta altura del análisis, resulta propicio referir a algunos fundamentos adicionales que terminan por reforzar la postura asumida en el presente voto.

En primer lugar, es dable señalar que si bien la posesión puede adquirir la condición de legítima, conforme lo previene el art. 2355, Cód. Civil, tal particularidad no basta -naturalmente- para constituir el derecho de dominio prescripto en los arts. 2503 y 2506 de igual cuerpo normativo, al ser necesaria, además de la tradición del bien, la confección de escritura pública, así como la inscripción registral que exige el art. 2.505 de la ley de fondo para su oponibilidad en condiciones regulares. Pese a ello, los recaudos aludidos son realizables únicamente en la medida que la pretensión de escriturar fuese viable, lo que -conforme se adelantó- no acaeció en la especie, a causa de la negativa protagonizada por la parte vendedora. De allí que frente a circunstancias especiales (aunque no poco numerosas en la actualidad) como la planteada, la solución legal deba ser la prevista supra, so riesgo de eludir la recta interpretación y aplicación que cabe dispensar a las normas que tienen directa ingerencia sobre el tema (art. 2355, último párrafo, y art. 1185 bis, Cód. Civil).

En segundo lugar, deviene productivo rememorar que Borda -padre intelectual de la reforma introducida por la ley 17.711- parece haber dado por sentado como obvio, que la regla del art. 1185 bis no era discutible en las ejecuciones individuales, pues el último párrafo del art. 2355 del Cód. Civil bastaba como referencia: esta noción suya se desprende de algunos pasajes de su obra doctrinaria, en los que reafirma la tutela del poseedor por boleto que ha pagado el 25% del precio, sin hacer distinción entre el juicio individual o colectivo (cfr. Borda, Guillermo, “Tratado de Derecho Civil. Derechos reales”, t. I, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 61; mismo autor, “Acerca de la posesión legítima y abuso del derecho”, ED, t. 55, pas. 202/204; Vázquez, Gabriela, “Poseedor de boleto y embargo”, LA LEY, 2007-F, 499).

En tercer lugar -y coincidentemente con lo adelantado- hace casi un cuarto de siglo, la Suprema Corte Buenos Aires se inclinó por entender -en postura que aún hoy mantiene su vigencia- que, aún cuando el art. 1185 bis, Cód. Civil alude exclusivamente a las ejecuciones colectivas, está sobreentendida su extensión a las individuales, frente a la ausencia de una razón de fondo que autorice soluciones divergentes, conforme a lo reglado por el art. 16 del Cód. Civil (cfr. Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, 01/02/1985, in re: “Penas, Ricardo A., en: Ausmendia, Rubén P., c. Urban, Raúl”, LA LEY, 1986-E, 426). Ello pues tanto en el concurso o quiebra del deudor como en el proceso ejecutivo, lo que se halla en juego es la sustracción de un inmueble de dicho patrimonio, con la diferencia que en el primer caso dicho bien forma parte de la prenda común de los acreedores y en cambio, en el segundo el inmueble constituye la garantía individual de la que el embargante pretende valerse para el cobro de su crédito.

En cuarto -y último- lugar, resta señalar que la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, a través del voto de la jueza Aída Kemelmajer de Carlucci, puso énfasis en dos (2) precedentes (el primero, “Ongaro de Minni y otros en: Minni, Miguel A. y otro en: Gómez, H. c. Grzona, J.C.”, del 06/12/1991, y el segundo, “Coviram Ltda.”, del 30/05/1996, citado supra), sobre el efecto disvalioso que implicaría -de aferrarse el intérprete a una hermenéutica antifuncional del art. 1185 bis, aislada del alcance del art. 2355, párrafo último, Cód. Civil- la teleología contraria a la aquí sustentada, pues podría llevar al despropósito de obligar al adquirente poseedor con boleto de compraventa a peticionar la quiebra del vendedor como única alternativa para poder oponer su derecho al resto de los acreedores.

Lo hasta aquí expuesto sería suficiente para definir, entonces, la confirmación del fallo. Existe, sin embargo, un fundamento adicional -entroncado con el segundo agravio formulado por la quejosa- que refuerza aún más, desde otra perspectiva, la justicia de la solución propiciada por la Sra. Juez de Grado, el cual pasará a ser desarrollado en el punto que sigue.

5) Incidencia de las inscripciones registrales constatadas en la especie.

En su agravio final, el banco demandado se quejó porque la a quo no habría valorado que la tercerista fue negligente al no haber efectuado una anotación de litis -relativa al juicio de escrituración iniciado en 1995- en el registro de la propiedad inmueble, a los fines de dejar asentada información inherente a la anómala situación por la que estaba atravesando el estado dominial del bien sobre el que ulteriormente fue trabado el embargo.

No obstante, más allá de la preeminencia que la noción de ‘oponibilidad extrarregistral’ asume en el caso (adviértase que al momento de trabarse el banco accionado el embargo, había transcurrido más de un lustro desde la época en que la actora había adquirido y comenzado a detentar la posesión quieta, pública, pacífica e inequívoca del inmueble), lo cierto es que también en la esfera registral la accionante cuenta con una preferencia por encima del banco demandado.

En efecto: de la lectura de las inscripciones efectuadas en la columna de “gravámenes, restricciones e interdicciones” del folio catastral correspondiente a la propiedad -matriculada con el nº 13.148/55 en el Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires- surge anotado como “Asiento 4” el embargo -sin monto determinado- trabado por la propia tercerista en los autos “Dias Machado, María c. Cano, Liliana y otro s. escrituración”, presentado el 23/07/1998, para luego, recién como “Asiento 6 (rectius: 5)”, figurar plasmado el embargo deducido por la entidad bancaria demandada, en los autos “Lloyds Bank (BLSA) Ltdo. c. Cano, Liliana Esther s/ejecutivo”, ingresado en el registro el 28/09/1998 (véanse copias de fs. 69, 70 y 102).

Es decir, no sólo transcurrieron más de dos (2) meses entre las fechas del ‘asiento 4’ y del ‘asiento 5’, sino que -en lo que resulta dirimente para la solución propiciada- quien introdujo primero el embargo fue la aquí actora, y no el banco accionado.

De lo concluido con prelación se deriva, en primer lugar, que la accionante no fue negligente, pues no sólo inició el juicio por escrituración contra la parte vendedora del inmueble, sino que también inscribió en el Registro de la Propiedad el embargo solicitado sobre el bien afectado, conforme a lo normado por el art. 211 CPCC (véase copias de fs. 13/14 y 64/70). Ello da cuenta, a todas luces, de una conducta que debe ser calificada -malgrado el parecer de la quejosa- como “diligente”.

En segundo lugar -y he aquí el nudo argumental de la cuestión-, es nítido que como consecuencia del embargo concretado por anterioridad por Dias Machado respecto del realizado por Lloyds Bank (BLSA) Ltdo., devino operativo el principio ‘prior in tempore, potior in iure’, contenido en el art. 218 CPCC, norma -ésta- que regula lo atinente a la prioridad del primer embargante, en los siguientes términos: “el acreedor que ha obtenido el embargo de bienes de su deudor, no afectados a créditos privilegiados” tiene “derecho a cobrar íntegramente su crédito, intereses y costas, con preferencia a otros acreedores, salvo en el caso de concurso.”

A este respecto, manifiesta la doctrina procesalista que la prelación no surge de la fecha en que se decretó el embargo, sino fundamentalmente de la traba del mismo, lo que, en el caso de bienes inmuebles se consuma en el momento de su anotación en el registro inmobiliario (cfr. Morello - Passi Lanza - Sosa - Berizonce, “Códigos procesales, comentados y anotados”, t. III, Editora Platense - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1971, p. 179).

Como colofón de lo expuesto, los embargos posteriores -tal es el caso del entablado por el banco accionado respecto del introducido por la actora- sólo afectan el sobrante que pudiere quedar después de satisfechas las obligaciones que hubiesen obtenido trabas anteriores.

Bajo ese encuadre, y toda vez que la obligación que motivó la traba deducida por la tercerista fue la de la escrituración de la operación de compraventa del inmueble, denegada en su momento por la enajenante del bien, considero que al haber existido posteriormente un pronunciamiento judicial acogiendo favorablemente tal petición (véase fs. 77/78), devino inoponible a la actora la medida cautelar deducida más de dos (2) meses después por el banco demandado.

Llegado a este punto, si lo que expongo es compartido por mis distinguidos Colegas, deberá -entonces- ser rechazado el recurso deducido por Lloyds Bank (Blsa) Ltd., y por ende, confirmarse la sentencia apelada.

IV.- Veredicto

Por lo hasta aquí expresado, propongo a este Acuerdo:

a) Rechazar el recurso de apelación deducido por el banco accionado.

b) En consecuencia, confirmar por los fundamentos aquí vertidos la sentencia de la anterior instancia en todo lo que decide y ha sido materia de agravio.

c) Imponer las costas de Alzada a cargo de la quejosa, en su condición de vencida.

Así expido mi voto.

El Señor Juez de Cámara doctor Alfredo Arturo Kölliker Frers dijo:

1) Fue promovida en esta causa tercería de dominio con sustento en los derechos que el tercerista tendría sobre el inmueble embargado en los autos principales en virtud de un boleto de compraventa oportunamente otorgado por el ejecutado conforme al cual se habría entregado la posesión del bien y oblado la totalidad del precio previsto en el contrato.

2) Ahora bien, como Juez de primera instancia he venido sosteniendo, reiteradamente, al compás de lo que -entiendo- es la jurisprudencia prácticamente unánime en esta materia, que resulta improcedente la formulación de una tercería de dominio con base en los derechos que al adquirente de un inmueble confiere la simple condición de titular de un boleto de compraventa, cualesquiera que sean las circunstancias que rodeen la adquisición de ese inmueble, esto es, ya sea que se hubiese abonado -o no- la totalidad del precio y/o que se hubiese obtenido -o no- la posesión del bien por vía de la tradición, pues con independencia de todas esas circunstancias y de la importancia que al carácter de titular de boleto de compraventa le ha asignado la ley 17.711 en su reforma al Código Civil, lo cierto es que la condición de titular del dominio solo puede adquirirse en nuestro derecho a través del otorgamiento de la escritura pública seguida de la tradición y de la inscripción registral de la transferencia en los términos del CC:1184, 577 y 2505 (cfr. esta CNCom, esta Sala A, 14.06.91, “Ferronato Raul s. tercería de dominio”; íd., 31.03.92, “Maretinotti Oscar s. tercería de dominio”; íd., Sala C, 23.11.87, “Industrias Viamonte S.A. c. Bagala Roberto s. ejecutivo”; íd., 07.03.97, “Domínguez Claudia M. c. Banco de Galicia y Buenos Aires s.ejecutivo s. tercería”; íd., 11.5.89, “Pacay de Maller s/tercería de dominio”; íd., Sala B, 24.04.89, “Faura Alejandro tercería de dominio en autos: Cooperativa de Villa Crespo SCIC c. Hormifuer SA y otros”; íd., CNCiv., Sala I, 14.05.96, “Rossi Pablo c. Organización Integral de Comercio Exterior SA”; íd., C.S.Tucumán, Sala Civil y Penal, 23.04.92,; “Rubio Nélida c. Filipini, Hugo y otros”; etc.).

3) Ahora bien, sobre la base del acierto del criterio de la Sra. Vocal preopinante (que no es uniforme pero si sustentable jurídicamente) -en punto a que es atribución del Tribunal calificar jurídicamente las pretensiones de las partes (iura novit curia), lo que a su vez habilitaría a recalificar la pretensión esgrimida de autos como una tercería de mejor derecho -debo admitir que la situación de un adquirente por boleto como lo es el de autos- no es tan adversa cuando, en vez de analizársela desde el prisma de la tercería de dominio, se hace lo propio desde la perspectiva de la de mejor derecho, contexto en el cual la cuestión se traslada, desde el plano de establecer quién es el dueño o propietario de la cosa, a determinar quién tiene mejor derecho sobre el bien embargado, o dicho en otras palabras, si debe prevalecer el derecho del acreedor del vendedor que ha embargado el bien frente a la apariencia de que todavía pertenece a aquél o si debe preferirse el derecho del comprador por boleto.

Y la cuestión se complica porque -descartada la cuestión relativa al dominio del bien- el tema referido a si debe prevalecer el derecho del acreedor embargante o el del titular por boleto depende de un sinnúmero de factores, entre los que se encuentran involucrados aspectos tan variables y diversos como el porcentaje del precio que fue abonado, si medió o no tradición del bien, el tiempo de posesión del adquirente, la antigüedad de la operación, la existencia de fecha cierta en el otorgamiento del boleto, la buena o mala fe del adquirente, o -incluso- si ese conflicto se suscita en un contexto en que el vendedor se encuentra in bonis o, por el contrario, ha caído en quiebra; todo esto entre muchos otros potenciales supuestos, suscitando todo ese crisol de posibilidades las más variadas soluciones de nuestros tribunales, conforme lo evidencian los distintos criterios adoptados por la jurisprudencia sobre el particular (cfr. en este sentido, (a) a favor del acreedor embargante: esta CNCom, esta Sala A, 31.10.06, “Pividori Oscar c. Círculo de Inversores s. tercería de dominio”; íd., 27.06.08, “Elosu Luis s. tercería de dominio”; íd. Sala B, 22.05.09, “Maggio, Lucas A c. Cardoso Juan Pedro s. ejecutivo s. tercería de mejor derecho promovido por Cuervo Ariel Hugo”; íd., 26.08.08, “Bladio Compañía Financiera S.A. c. Monje Horacio s. ejecutivo”; (b) a favor del poseedor por boleto: esta CNCom, Sala C, 24.04.09, “Verdoljak Miguel Angel c. Fiat Auto SA de ahorro p/f determinados s. tercería de dominio”; íd., Sala E, “Goamko SRL s/conc. prev.s. inc. de mejor derecho por Mendez Adolfo, entre muchos otros).

4) Ahora bien, en el presente caso entiendo que concurre una circunstancia especial que -a mi juicio- resulta decisiva para inclinar la balanza a favor del tercerista (poseedor por boleto) y en perjuicio del acreedor embargante, cual es aquella a la que hace referencia mi distinguida Colega, doctora Miguez, en el considerando 5.) de su voto, en el sentido de que media en el caso la anotación registral de un embargo sin monto a favor del tercerista aproximadamente dos (2) meses anterior a la obtenida por el acreedor embargante en este juicio (23.7.98 versus 28.9.98), anotación que -no es irrelevante descartarlo tampoco- fue ordenada por el juez interviniente en el juicio de escrituración promovido por el tercerista contra el vendedor demandado en los autos principales, juicio que a su vez habría sido promovido en el año 1995, o sea antes incluso de que fuera iniciado el proceso por el que se reclamó la deuda ventilada en dichos autos.

Y esta circunstancia es decisiva, por una parte, porque la existencia de ese embargo permite atribuirle al derecho del tercerista un nivel de publicidad equiparable al del derecho del embargante, por reunir -al igual que el de este- naturaleza registral, cuya cognoscibilidad potencial por el tercero es claramente superior a la resultante de la simple tradición, también ya operada en este caso a favor del tercerista, según ya fuera dicho. Y por otra parte, porque al haberse trabado embargo en resguardo de los derechos esgrimidos por el tercerista en el juicio de escrituración en fecha anterior a la anotación registral del embargo del ejecutante, juega a favor del primero la prelación que nuestra ley adjetiva otorga al primer embargante de acuerdo al principio según el cual la prioridad de cobro entre embargantes sucesivos se determina por el orden de su traba, o sea según el orden cronológico en que esos embargos aparecen anotados en el Registro -CPCC:211 y 218- (esta CNCom, Sala B, 24.06.94, “Alioto Carlos c/ Rodríguez Miguel s/ ejec.”; íd., 07.10.94, “Financiera Maldonado sa c/ Gol Pares s/ ejecutivo”, íd., Sala D, 30.03.90, “Philips Argentina c/ Boaglio sa y otros s/ ejecutivo”; íd., Sala C, 27.12.07, “Banco Itaú Buen Ayre c. Onorato, Gustavo Daniel”; íd., Sala E, 03.07.97 “Ruiz Moreno Ernesto c/ Diners”).

5) En función de todas estas consideraciones, no puedo sino adherir en este caso al voto de la distinguida Colega preopinante.

La Señora Juez de Cámara doctora María Elsa Uzal dijo:

Vistos los votos de mis distinguidos colegas, los doctores Míguez y Kölliker Frers, me queda señalar que ya como Juez de primera instancia he tenido oportunidad de ahondar la temática que nos ocupa en los autos “Basf Argentina S.A. c/ Chiappero María s/ tercería de domino por Renaudo”, (Secr. 51, 8/8/2003), en los que analicé tanto la posibilidad del reencauzamiento procesal de la figura de la tercería, como los fundamentos que sustentan las diversas posturas con las que cabe abordar las soluciones posibles al conflicto de intereses entre el titular de derechos y acciones emergentes de un boleto de compraventa, que ha adquirido la posesión y se encuentra en la posición del art. 1185 bis del Código Civil y quien resulta titular de un embargo registralmente trabado sobre el inmueble que pretende el tercerista con boleto. Estas posturas y reflexiones han sido compartidas con mis Colegas, doctores Míguez y Kölliker Frers, en autos “Pividori Oscar Alfredo c/ Círculo de Inversores s/ Terceria De Dominio, del 31.10.2006 y con el Dr. Kölliker Frers en autos Elosu Luís Darío s/ terceria de dominio (en autos Monsanto Arg. SAIC c/ Negocios Agropecuarios y otro), del 27.6.2008. Conforme a ello y atento la materia ventilada en el sub lite, considero del caso reiterar los siguientes conceptos:

1) Cabe recordar que en términos generales la tercería es la pretensión que puede interponer una persona ajena a las partes que intervienen o figuran en un determinado proceso. En el caso, el tercerista ha utilizado esta vía a fin de que se disponga el levantamiento de un embargo trabado en este proceso sobre un bien que dice adquirido por su parte, promoviendo una tercería de dominio, sin embargo, también cabría encuadrar su pretensión como dirigida a que se le reconozca su derecho preferente al embargante con respecto al bien que ha sido objeto de dicha medida y, en este supuesto, el planteo obraría como tercería de mejor derecho. Las tercerías de dominio deben fundarse, precisamente, en el dominio de los bienes embargados y las segundas en el derecho que el tercero tuviere con preferencia al embargante. Las primeras tienen por objeto la protección del derecho real a que se refieren los arts. 2.506 y sig. Cód. Civ., siempre que la integridad de ese derecho se encuentre afectada como consecuencia de un embargo y en tanto radican su fundamento jurídico en el dominio como derecho real, exigen en principio, los requisitos que la ley de fondo exige a éste, es decir, que sea absoluto, exclusivo y perpetuo (Palacio, Lino E.; “Derecho Procesal Civil”, T. III pág. 271 y sig.). Se ha observado sin embargo, que la admisibilidad de la tercería de dominio no se halla supeditada a la titularidad plena de ese derecho, de ahí que la pretensión pueda ser opuesta por el condómino, por ejemplo.

La tercería de mejor derecho, por su lado, es la vía para oponer la prioridad que se pretende frente a la ejecución del bien, pues cualquiera sea la naturaleza del derecho acordado por la ley, supone una prioridad excluyente, frente al resto de los acreedores del titular registral, en la medida en que permita al adquirente separar el inmueble de la prenda común.

2) Se trata aquí de la oponibilidad, frente a un embargo registralmente trabado, de un boleto de compraventa celebrado por la tercerista con los titulares de dominio del inmueble en ejecución, varios años antes de la traba de embargo en cuestión, siendo que por ese boleto, se ha otorgado la posesión del bien y en razón de él se invoca el pago total del precio pactado, sosteniéndose la existencia de pacífica y quieta posesión, por años anteriores al tiempo de anoticiarse de la traba del embargo y de interponer la tercería.

a) Considero del caso recordar, por un lado, que el art. 2505 C.Civ. consagra que las disposiciones de derechos reales no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas y por otro lado, cabe señalar algunas de las características de los boletos de compraventa a los que, bajo ciertas condiciones -vgr. pago del precio-, el art. 1185 bis del C.Civ., por ej., dota de oponibilidad frente a terceros.

En este último caso, se ha dicho, que el boleto de compraventa debe tener fecha cierta a los fines del art. 1185 bis ya citado (conf. Gatti-Alterini, “Prehorizontalidad y Boleto de Compraventa” Bs. As. La Ley, 1981 p. 35; Forte-Do Campo “El art. 1185 bis C. Civ. Los requisitos para la oponibilidad del boleto a los terceros” LA LEY, 1990-B-916), sin embargo es discutido si éste es un requisito necesario a los fines de demandar, por ejemplo, la escrituración del inmueble o de oponer el boleto a la masa concursal y si esta fuerza es extensible frente a otros terceros. Reiteradamente he compartido el criterio que sostiene que, en el ámbito concursal, no cabe exigir ese extremo, máxime, cuando puede adquirirse por otros medios la certidumbre del acto que con ese recaudo se quiere asegurar -véase, incluso, que la enumeración del art. 1035 C.Civ. “no constituye una lista cerrada y limitada que impida el reconocimiento judicial de otros casos en que la certidumbre fáctica se impone fuertemente a la conciencia de los jueces y en los que negarla importaría hacer prevalecer el formalismo hueco, violatorio de la justicia frente a la verdad real” (véase: C.Apel. CC Bahía Blanca, Sala I, 1/3/1989, voto del Dr. Plíner in re: “Aimar, Guillermo A., tercería de dominio en autos: Lorea, Roberto c. Tapia, Norberto”, transcripto por Palmieri, Jorge en “El Poseedor con Boleto en la Tercería de Dominio” ED 135–309).

Esa certidumbre fáctica muchas veces se alcanza a través de la posesión pública y pacífica (véase: CNCiv. Sala B 25/8/76, “Cuffré, Telésforo F. c/ Progno Raimundo” J.A. 1977 II 457, que sigue la tesis de que basta la prueba de la posesión aunque no exista fecha cierta; y CN Com. Sala C 25/6/82 “Lodema S.R.L. c/ Ponce de León Miguel A.” LA LEY, 1982-D, 396, en el cual se hace lugar a la escrituración, aún sin boleto escrito, pues a más de los actos posesorios públicos, pacíficos e indiscutidos, el síndico había señalado al actor como adquirente por boleto en su informe general). En efecto, el boleto no requiere publicidad, ni inscriptoria ni posesoria.

No es del caso aquí, tampoco, entrar en la disputa abierta en torno a la naturaleza jurídica del boleto de compraventa, esto es, si debe considerárselo como contrato que engendra una obligación de hacer (suscribir la escritura), o como un verdadero contrato de compraventa, porque aún en este último supuesto, es claro e indiscutido que la escritura constituye un requisito para la transmisión del dominio. No obstante, el cuadro de situación respecto de la oponibilidad del boleto a terceros debe necesariamente, completarse con la referencia al último párrafo introducido en el art. 2355 C.Civ. por la reforma de la ley 17.711.

b) El art. 2355 Cód. Civ., reformado por la ley 17.711, recoge una línea jurisprudencial abierta por el plenario de la Cámara Civil in re: "Administración Autónoma de Propiedades Municipales c/ P. de Blanco, Mercedes” del 24-12-1940 (LA LEY, 21–249) y, en su parte pertinente, establece que “...se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediando boleto de compraventa...”. El párrafo introducido considera que el boleto de compraventa es título suficiente para transmitir la posesión legítima, aserto que implica que este verdadero poseedor no ha accedido a su situación por vías antijurídicas, razón por la cual, puede hacerse oir en justicia. Estos dos elementos, darían como consecuencia, un dominio imperfecto (Bustamante Alsina, Borda), o bien un derecho real de posesión (Spota), o cuanto menos, un derecho protegido jurídicamente, con independencia del dominio (Morello). Se ha dicho que sentada la base de que cabe reconocer una posesión legítima y siguiendo la mecánica del Código, de que no hay posesión legítima si no existe derecho real, en casos como el sub lite, buena parte de la doctrina señala que nos encontramos frente a una posesión -derecho (ius possidendi) y no frente a una mera posesión hecho-derecho (ius possesionis), de ahí, que se sostenga que corresponde el reconocimiento de un verdadero “derecho real de posesión" emanado de un boleto de compraventa, celebrado de buena fe, lo cual permitiría a su titular no sólo ejercer acciones posesorias, sino, incluso reales (véase Encina Fazio de Bello Marta: “El derecho real de posesión...” LA LEY, 1983-D, 927 y sig., donde se refieren diversos fallos que consolidan una línea jurisprudencial dirigida al reconocimiento de los derechos que asisten a un poseedor por boleto de compraventa, frente a un adquirente posterior, o a un acreedor hipotecario posterior, dando importancia a la posesión, como publicidad, enfrentándola con el sistema registral (C.N.Civ. Sala C 1976, “Blitz c/ Tormo”, LA LEY, 1977-A-518; S.C.Bs.As. “Noceti Alfonso c/ Zorzi Humberto”, LA LEY, 155-139) y marcando como conclusión que la publicidad inmobiliaria registral prevista por el art. 2505 C.Civ. cede frente al derecho real de posesión emanado del art. 2355 del mismo cuerpo legal, cuando media título suficiente: boleto de compraventa de buena fe, más tradición posesoria anterior en el tiempo).

La declaración de considerar legítima a la adquisición, no es inútil, pues simplifica algunos aspectos antes conflictivos: así, por ej., se aclara que se trata de un verdadero poseedor (algunos habían entendido que era un mero tenedor, sin advertir que la tenencia no consiste sólo en reconocer en otro la propiedad, sino en reconocer en otro la posesión (Lopez de Zavalía, “Derechos reales” T° I, pág. 419); además, por efecto de la legitimidad de la adquisición, el poseedor por boleto puede rechazar la acción de reivindicación intentada por el enajenante o por quienes son sus sucesores universales o particulares.

En este marco, coincido en que cabe, iura novit curia el reencauzamiento de la pretensión de parte del Tribunal, a fin de dispensar el debido tratamiento bajo el derecho de fondo, más allá del encuadramiento formal.

3) Así las cosas, volviendo al art. 1185 bis C. Civ., esta norma asegura al comprador de buena fe por boleto de compraventa de inmuebles un tratamiento de excepción si se produce el concurso sobreviniente o la quiebra del obligado a escriturar, se trata pues, de una norma especial aplicable dentro del marco de un proceso concursal (ED, 135-307). Se ha sostenido, en esta línea, que el artículo 1185 bis constituye una norma particular, encaminada a tutelar el derecho del comprador de buena fe por boleto en el caso de concurso o quiebra del vendedor y a ellos se ciñe la previsión legislativa; la ley dice que el boleto es oponible al concurso, en el sentido incuestionable de que el derecho personal derivado de este contrato no debe verificarse como un crédito común dentro de la masa, sino que es el concurso el que debe cumplir el contrato. Sin embargo, no desconozco que en ocasiones y bajo ciertas circunstancias, cabe alguna aplicación extensiva por vía analógica, mas no advierto que éste sea el caso, pues, lo que la norma no hace, ciertamente, es transformar el derecho del titular del boleto en un título de dominio oponible erga omnes.

Tratándose de inmuebles, el título de dominio oponible erga omnes sólo puede adquirirse en las formas específicas previstas por la ley, ya sea por contrato, por sucesión o como fuera, por vías aptas para transmitir aquél e inscripto el acto respectivo en el registro inmobiliario.

Sin embargo ya se ha visto cómo el texto adicionado al art. 2355 del Cód. Civ. aunque no altera ni modifica ninguna disposición del código en punto al dominio (adquisición, publicidad, titularidad, etc.), prescribe que será legítima la posesión de inmuebles adquiridos de buena fe mediante boleto de compraventa, de ahí, que se haya abierto camino la tesis del derecho real de posesión.

Sin perjuicio de lo apuntado precedentemente, lo cierto es que el reconocimiento que la doctrina otorga al poseedor con boleto de compraventa por aplicación del art. 2355 del Código Civil va dirigido, en todo caso, a legitimar la situación del poseedor por boleto para rechazar la reivindicación intentada por el enajenante o por quienes son sus sucesores universales o particulares, caso que no se da en autos, y, no siendo éste el caso de la oponibilidad a terceros que consagra el art. 1185 bis del Código Civil, la presente demanda no puede prosperar, ni como tercería de dominio.

En efecto, en cuanto a la tercería de dominio planteada, señálase que la aplicación en la especie del art. 1185 bis del Código Civil resulta improcedente, pues se reitera, que dicha norma es especial, poco armónica con las restantes del Código Civil en tanto prescinde de todo tipo de publicidad y resulta aplicable en un sólo supuesto: el concurso o la quiebra del vendedor. Señálase que las excepciones son de interpretación restrictiva, y resultando la norma referida de carácter concursal, debe ser interpretada en consonancia con la disciplina propia de tal ordenamiento y a la luz de los principios que le son inherentes, no pudiendo ser extendida analógicamente al supuesto de ejecución invididual (conf. CNCom. esta Sala “A” in re: “Pividori Oscar Alfredo c/ Círculo de Inversores s/ Tercería de Dominio”, 31/10/2006; id. id. “Elosu Luís Darío s/ Tercería de Dominio (en autos Monsanto Arg. SAIC c/ Negocios Agropecuarios y Otro), 27/6/2008; Colombo Carlos J. -Claudio M. Kiper, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación” T. I, pag. 644 y sgtes) (Sala E, 10/6/93 “Tovo de Perez, Rosa s/ terceria de dominio en autos Rodriguez, J. A. c/Carranza, Diego s/ ord”, Sala E, 6/4/01, “Serrano, Mabel Beatriz s/ terceria en autos Rasic Hnos. SA c/ Serrano, Juan Alberto s/ ejecutivo”).

4) En resumen, quien plantea una tercería de dominio debe probar fehacientemente la titularidad del bien, la que, en supuestos de inmuebles no se acredita con un boleto de compraventa sino con la escritura pública exigida por el art. 1184 Cód. Civil y su inscripción en el registro de la propiedad. Ni siquiera la sentencia firme de condena a escriturar constituye título suficiente para probar el dominio por cuanto confiere un derecho a la cosa y no la cosa. Queda claro así que el poseedor por boleto no tiene un derecho real sino uno personal. (CNCom., esta Sala “A” in re: “Pividori Oscar Alfredo c/ Círculo de Inversores s/ Tercería de Dominio”, 31/10/2006; CNCiv. Sala E, L. 64.000 del 11/7/90; id. Sala F, R. 27.732 del 24/6/87; Sala C, 26/10/93, “Chiappano, José Pedro c/ Prealco S.A.I.C.I.F. s/terceria de dominio”; Sala J, 16/3/99 “Rodriguez, Miguel c/ Fernandez Floriani, Rodolfo s/ tercería de dominio”; CCom Sala D, 12/8/85, “Fernandez, Edgard s/ ejec”.; Sala C, 23/11/87 “Industrias Viamonte SA c/ Bagala, Roberto s/ ejecutivo”, esta Sala, 29.9.95, “Tanelian Aruthun c/ Pereira, Lilia”; Sala C, 31.8.04, “Basf Argentina SA c/ Chiappero, Maria s/ inc. de terceria de dominio por Renaudo, Cristina”; esta Sala, 14/6/91, “Ferronato, Raul s/ terceria de dominio en Madariaga, Anastasio c/Manufactura Textil del Sud SA s/ ejec”; esta Sala, 23/11/93, “Bill, Adrián s/ terceria de mejor derecho en autos Luna, Juan c/ Bedair, Maximo s/ ejec.” 23/11/1993)

Por ello debe rechazarse la acción encuadrada en la figura de la tercería de dominio.

5) En el caso bajo examen ya se ha señalado en el voto que antecede que, al momento de trabarse el embargo por el Lloyds Bank, ya habían transcurrido más de cinco años desde la época en que la actora había adquirido y comenzado a detentar la posesión quieta, pública, pacífica e inequívoca del inmueble. De otro lado, como también lo señaló la Vocal preopinante, en el folio real correspondiente al catastro del inmueble de marras surge anotado, con fecha 23/07/1998 y como “Asiento 4” el embargo -sin monto determinado- trabado por la tercerista en los autos “Dias Machado, María c. Cano, Liliana y Otro s. escrituración”, mientras que el embargo trabado por el Lloyds Bank en los autos “Lloyds Bank (BLSA) Ltdo. c. Cano, Liliana Esther s. ejecutivo” aparece registrado, como “Asiento 6”, con fecha 28/09/1998, lo que da cuenta de que fue la actora quién, en primer término, anotó un embargo en resguardo de sus derechos y no, el banco demandado y, en este marco fáctico, resulta aplicable el principio “prior in tempore, potior in iure” contenido en el art. 218 CPCCN. Ello autoriza el reencauzamiento de las pretensiones deducidas en autos, iura novit curiae, bajo el marco de una tercería de mejor derecho y a concluir en que, cualquiera sea la denominación, cabe admitir como idónea la vía procesal intentada.

6) Cabe entrar ahora al análisis de nuestro conflicto, que se ciñe a la colisión entre el boleto no inscripto del adquirente de un inmueble que ha trabado un embargo en resguardo de ese derecho y un embargo trabado con posterioridad.

Deben recordarse las precisas distinciones que efectuaba el Dr. Jaime Anaya en su voto vertido con ocasión del fallo plenario del fuero recaído in re: “Banco de Italia y Río de la Plata c/ Corbeira Rey, Teresa” del 10.10.83 (LA LEY, 1983-D-476) cuando señalaba: “el embargo importa la sujeción de bienes individualizados del deudor a un régimen jurídico especial, tendiente a cumplir una función de garantía (C. J. Colombo, “Código...”, t. 1, ps. 344 y 345, 4ª ed.). Pero es un acto que no se refiere tanto al dominio como a la facultad de disposición (E. J. Couture, “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, núm. 304, 3ª ed.), ni importa la constitución de un derecho real, ni atribuye al acreedor ningún poder sobre la cosa embargada (H. Alsina, “Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial” t. III p. 58, núm. 10, 1ª ed.). Su naturaleza es procesal y no constituye un privilegio (R. M. Salvat, “Tratado de Derecho Civil, Parte General” t. II, núm. 1346, Ed. del Cincuentenario) sino una preferencia (E. Busso “Código Civil Anotado” t. V, p. 443, núm 43; Colombo, op. cit. t. I, p. 356) o una prioridad (Salvat, loc. cit.) que reposa sobre distinto fundamento ya que no atiende a los caracteres del crédito sino a la diligencia o actividad ejecutiva del acreedor; “prior in tempore potior in jure” (Busso, op. cit., t. V, p. 443, núm 47). Sin embargo, hay un cierto paralelismo entre embargo y privilegio; y como éste, debe interpretarse restrictivamente en cuanto importa en alguna medida una exclusión de bienes de la prenda común de los acreedores y una excepción a la norma general de disponibilidad del patrimonio (Alsina, “Tratado” cit., t. III p. 61)".

No obstante, la indisponibilidad que entraña el embargo es sólo relativa, pues la cosa embargada puede ser objeto de los contratos (art. 1174 C. Civ.) con tal que se declare la existencia del embargo (art. 1179 C. cit.) y con la expresa salvedad de que se debe satisfacer el perjuicio que del contrato resultare a terceros. Ello significa que el impedimento para la enajenación no es absoluto pues las cosas embargadas no se hallan fuera del comercio.

También recordaba Anaya que “la preferencia otorgada por el embargo se proyecta sobre dos planos: el primero concierne a su base temporal, relegando la relevancia de la fecha de los créditos, de los juicios o de las peticiones, en beneficio del orden temporal de la traba del embargo, situación claramente reglada en el art. 218 del Cód. Procesal Civil y Comercial. El segundo plano, se vincula con el ámbito de la preferencia en relación con la cuantía del crédito del embargante”. La cuestión fue disputada por la doctrina civilista, a propósito de la interpretación del art. 736 del Cód. Civil. Se ha sostenido, por un lado, la indisponibilidad total del crédito o bienes embargados, aunque se encontrasen trabados para garantía de una deuda de menor cuantía (Busso, Código cit. t. V, ps. 445 y 446 núm 67 y sgts., J. J. Llambías, “Tratado de Derecho Civil, Obligaciones”, t. II, núm. 1487; idem, “Código Civil anotado” , t. II A, p. 616), en tanto, otra corriente doctrinaria orientada tras las enseñanzas de Colmo sostuvo que la indisponibilidad tiene como límite el importe del crédito, por lo que, satisfecho éste mediante depósito de la suma fijada judicialmente, el saldo se libera y debe ser pagado al acreedor embargado (G. Borda “Tratado de Derecho Civil, Obligaciones”, t. I, núm. 689 4ª ed.). Esta última interpretación cuenta con el respaldo de Salvat y fue la adoptada en el fallo plenario citado supra.

Las discrepancias que se dejan anotadas no parece que puedan suscitarse en el caso de los embargos sobre inmuebles que se inscriben en el Registro de la Propiedad (art. 2° inc. b) de la ley 17.801). En estos casos, la doctrina procesal marca que el embargo debe trabarse por importe suficiente para cubrir el crédito reclamado (Alsina, “Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial” t. III, p. 182) “con sujeción a los términos expresos del auto que lo ordena" (Alsina, t. cit. p. 61). Vale decir, que la preferencia derivada de esta medida judicial solamente se extiende a la suma por la que se decretó y anotó la medida” (Véase voto de Anaya y plenario citado).

c) Conforme las consideraciones efectuadas, debe concluirse en la preeminencia del derecho del tercerista, en tanto embargante preferente, por sobre los derechos personales del embargante en este juicio, priorizando las constancias registrales que exteriorizan la necesaria publicidad frente a terceros (art. 218 CPCCN).

Estimo pues, con el aporte de estas breves reflexiones que, en tanto el mejor derecho le asiste a la tercerista, embargante preferente, el recurso debe ser rechazado, confirmándose la sentencia de grado, coincido así con la conclusión final que propicia la colega Vocal preopinante, doctora Míguez.

Y Vistos:

Por los fundamentos del Acuerdo precedente, se resuelve:

a) Rechazar el recurso de apelación deducido por el banco accionado.

b) En consecuencia, confirmar por los fundamentos aquí vertidos la sentencia de la anterior instancia en todo lo que decide y ha sido materia de agravio.

c) Imponer las costas de Alzada a cargo de la quejosa, en su condición de vencida. — Alfredo Arturo Kölliker — Frers Isabel Míguez — María Elsa Uzal