



NEUQUEN, 2 de junio del año 2021.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"DOMINA ERNESTO JOSE MARIA Y OTRO C/ BUCAREY DAMIAN ALFREDO Y OTRO S/TERCERIA"**, (JNQC15 INC N° 523206/2018), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la Dra. Patricia CLERICI dijo:**

I.- El demandado Damián Alfredo Bucarey interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 189/195, dictada el día 28 de mayo de 2020, que hace lugar a la tercería y dispone el levantamiento de la medida de no innovar ordenada en los autos principales al solo efecto de subdividir y escriturar el inmueble objeto del boleto de compraventa de fs. 2/7. Asimismo impone las costas por la participación del demandado Armando Alfredo Bucarey, por su orden; y las correspondientes al demandado Damián Alfredo Bucarey, a cargo de éste en su condición de vencido.

El letrado del demandado Damián Alfredo Bucarey apela los honorarios regulados a su favor, por bajos (fs. 197).

La letrada de la parte actora apela los honorarios regulados a su favor, por bajos (fs. 199/vta.).

a) En su memorial de fs. 214/230 vta., presentación web de fecha 30 de septiembre de 2020, la parte recurrente se agravia, en primer lugar, por la omisión de tratamiento en la sentencia apelada, de la defensa interpuesta por su parte referida a la imposibilidad jurídica de hacer lugar al levantamiento de la medida cautelar.



Dice que oportunamente su parte manifestó que, en casos como el de autos, en donde la medida cautelar de no innovar se ha dictado para mantener la inalterabilidad de la cosa, con fundamento en la apariencia de fraude en el actor, no resulta de aplicación el pretendido levantamiento.

Insiste en que la razón justificante de la medida de no innovar es mantener la inalterabilidad del objeto litigioso a los efectos de que la sentencia a dictarse no se torne inútil, por lo que proceder al levantamiento de la medida de no innovar implicaría dejar sin efecto al proceso principal.

Cita doctrina y jurisprudencia.

Vuelve sobre que la pretensión de levantamiento de la medida cautelar de no innovar, ejercida aún a través de una tercería, en tanto importa sustraer del ámbito de disposición jurisdiccional la cosa litigiosa no resulta procedente.

Señala que el objeto de la pretensión de su parte -sustanciada en el expediente principal- ha sido que se declare la invalidez jurídica de la sentencia que le atribuyó a Alfredo Bucarey, en exclusividad, un bien que era -y es- coposeído en forma conjunta por aquél y sus hermanos Damián y Norma. Por ello, argumenta el apelante, si mientras transcurre el proceso se habilitara a que el inmueble fuese titularizado a nombre de un tercero, y se permitiera la toma de posesión por ese tercero, no habría materia sobre la cual decidir en el proceso principal.

Entiende que la omisión de tratamiento de una cuestión directamente conducente para la resolución del litigio, provoca la nulidad del resolutorio de primera instancia, lo que así pide se resuelva en esta Alzada.



Cita la resolución de esta Sala II dictada en el incidente n° 53.524/2017, interpretando que en ella no se rechazó el levantamiento de la cautelar sin tercería indicando que debía producirse mayor prueba, sino que tal rechazo fue consecuencia de la discusión que se daba en el expediente principal: la nulidad de la sentencia declarativa de usucapión a favor de Armando Bucarey, en tanto la medida cautelar dictada es la única tutela que se puede otorgar.

Sostiene que esta defensa tampoco fue tenida en cuenta por la jueza de grado.

Dice que el dictado de la sentencia referida por parte de la Cámara de Apelaciones fue un hecho sobreviniente, pero recuerda que las sentencias deben ajustarse a los hechos existentes al momento de ser dictadas.

Arguye que la sentencia recurrida afecta los efectos de cosa juzgada material del pronunciamiento de Alzada.

Indica que este hecho sobreviniente fue expuesto en el alegato de su parte, y no tratado por la jueza de primera instancia, por lo que siendo la cuestión directamente conducente para la resolución de la litis también acarrea la nulidad del resolutorio apelado.

Como tercer agravio denuncia la inexistencia de los requisitos previstos en el art. 1.170 del Código Civil a efectos de oponer un boleto de compraventa a terceros que hayan trabado medidas cautelares.

Critica que la jueza a quo haya tenido por cumplido el requisito exigido en el inciso c) del citado art. 1.170 (pago del 25% del precio como mínimo).

Explica que para tener por probado este recaudo, la jueza de grado sostuvo que ello surgía del mismo boleto de



compraventa, donde se indica que se abonó juntamente con la suscripción del instrumento la suma de U\$D 137.400,00, y que de las declaraciones del Escribano surgía que el dinero fue entregado en el momento de la firma del boleto en su oficina, importando tal monto mucho más que el 25% del precio total de la operación, y que, además, los terceristas abonaron deudas existentes en el inmueble para poder obtener el libre deuda para escriturar.

Cuestiona la argumentación plasmada en la sentencia recurrida, señalando que el pago, conforme lo previsto por la ley 25.345, sólo puede ser acreditado del modo indicado en la misma norma y sus decretos reglamentarios, de modo tal que la mera alusión en el boleto de compraventa a que se pagó determinada cantidad de moneda extranjera, o la declaración del escribano en ese sentido resultan irrelevantes para tener por cumplido el recaudo legal.

Transcribe parte de la ley 25.345, sosteniendo que resulta claro que su art. 1° estipula que los pagos realizados a través de otras vías no previstas en la ley no surtirán efectos frente a terceros y agrega que el decreto n° 22/2001 establece que el pago tendrá los efectos previstos en la norma en cuestión si es efectuado en ocasión del otorgamiento de la escritura pública, y si el escribano deja constancia en el instrumento público de la entrega y recepción de la suma de dinero superior a los \$ 10.000,00 o su equivalente en moneda extranjera.

Destaca que en autos no ha existido otorgamiento de escritura pública, y cita doctrina.

Pone de manifiesto que no puede prescindirse de la aplicación de estas normas sin declaración de inconstitucionalidad previa.



Agrega que además, tampoco en autos se ha acreditado el pago.

Afirma que la única prueba a la que alude la sentencia de grado es la declaración testimonial del Escribano , pero justamente el testigo dice que no recuerda sobre este pago, ya que manifiesta que "hubo pago en efectivo, no recuerdo el importe", y tampoco recuerda si el dinero fue contado, que calcula que sí y que cree que era en dólares. Agrega que preguntado el testigo sobre si recuerda quién contó el dinero, contesta: "...Supuestamente Bucarey...no sé...la verdad es que no".

Considera que esta declaración echa por tierra la postura de la jueza a quo en el sentido que, al emitir la escritura, el escribano podría indicar cuál fue la cantidad efectivamente abonada al suscribir el boleto, pues como el mismo escribano declaró, desconoce cuál fue la suma abonada.

Manifiesta que tampoco el comprador ha acreditado los movimientos financieros que habría realizado para obtener ese dinero, y luego aplicarlo al pago.

Como cuarto agravio se refiera a la supuesta posesión de los terceristas, y dice que entiende desacertada la posición de la jueza de primera instancia respecto a que esté probada la publicidad posesoria o registral.

Con cita de jurisprudencia, señala que la publicidad posesoria resulta determinante para la procedencia de la tercería, pero que en autos ninguna prueba se ha producido para acreditar que, antes de la traba del embargo, ni después, el tercerista haya tenido la posesión pacífica y pública del inmueble.

Indica que la única prueba que se cita en la sentencia apelada es la testimonial del arquitecto Buceta, quién, al contrario de lo que entiende la jueza de grado, sólo



dice que el inmueble estaba vacío cuando lo visitó para “ver la posibilidad de realizar un proyecto en ese lugar”. Transcribe parte de la declaración del testigo.

El recurrente sostiene que, más allá que no puede extraerse de esa declaración la existencia de una posesión por parte de los terceristas, la jueza a quo no considera el resto de los testimonios y las constancias del mandamiento de constatación realizado en los autos principales -ofrecido como prueba-, del que surge que el día 15 de febrero de 2017 el demandado apelante tenía la posesión del inmueble.

Sigue diciendo que ello se ve ratificado por las declaraciones testimoniales de Ana Valeria Bucarey, Juan Raúl Zapata, Pablo Aranda Bascuñan y Gustavo Rodolfo López Alaniz. Reseña las declaraciones de cada uno de los testigos referidos.

El recurrente destaca que surge de los dichos de todos los testigos que, para el año 2019, o sea dos años después de trabada la medida cautelar, la parte del inmueble que reclaman los terceristas estaba siendo usada por Armando Bucarey para estacionamiento en la Fiesta de la Confluencia, actividad que fue comenzada por Damián Bucarey.

Entiende que, aunque en forma confusa, la misma sentencia cuestionada admite que el testimonio del arquitecto Buceta resulta insuficiente para tener por acreditada la posesión pretendida, y por eso agrega que los terceristas contarían con publicidad registral.

Analiza la existencia de la publicidad registral, y considera que la decisión que la tiene por probada deber ser dejada sin efecto por tres razones. En primer lugar, porque los terceristas no invocaron que contaran con publicidad registral, sino que sólo alegaron la publicidad posesoria, por lo que lo fallado por la a quo resulta extra petita. En



segundo lugar, porque encontrándose probado que el recurrente -junto con sus hermanos- detentaron siempre la posesión del inmueble, una eventual existencia de publicidad registral resultaría irrelevante, por cuanto no podría primar sobre una previa publicidad posesoria. Cita doctrina.

Y en tercer lugar, afirma la parte recurrente, no se constata en autos la existencia de la publicidad registral conforme el art. 1.170 del Código Civil y Comercial, la que se refiere a aquellos sistemas en que resulta posible inscribir el boleto de compraventa. Cita jurisprudencia.

Formula un quinto agravio, denunciando que la jueza de primera instancia ha omitido considerar la buena fe del comprador, cuya existencia fue cuestionada al contestar la demanda.

Manifiesta que no existe prueba de que antes del día 7 de diciembre de 2016 los terceristas hayan realizado consulta registral alguna. Agrega que esta falta de consulta fue confirmada por el Escribano, quién no solamente reconoció que no se consultaron las condiciones de titularidad del inmueble, y que ello no se hizo porque "los actores estaban muy apurados".

También se agravia por la modalidad con la que se dispuso el levantamiento de la medida de no innovar, ya que en ningún momento los actores solicitaron que ello fuera para la subdivisión y escrituración del inmueble, sino que solamente requirieron que se disponga la inoponibilidad de la medida de no innovar, y en consecuencia, se ordene al registro que proceda a la inscripción de la compraventa en la porción indivisa adquirida.

Concluye en que lo resuelto por la jueza de grado viola el principio de congruencia.



El último agravio formulado por el recurrente refiere a la imposición de costas.

Sostiene que, tal como se planteó al contestar la demanda, las costas del proceso deben ser impuestas siempre a los actores, sea cual fuere su resultado, de acuerdo con el art. 97 in fine del CPCyC.

Hace reserva del caso federal.

b) La parte actora contesta el traslado del memorial a fs. 232/239 -presentación web de fecha 15 de octubre de 2020-.

Dice que los agravios de la parte apelante no constituyen una crítica concreta y razonada de la sentencia de primera instancia, siendo una reproducción de los dichos plasmados en la contestación de la demanda.

Sigue diciendo que no ha existido omisión por parte de la a quo respecto a la imposibilidad jurídica de acceder al levantamiento de la medida cautelar alegada por el demandado, en tanto la sentenciante la consideró inconducente a los fines de la resolución del pleito.

Entiende que la jurisprudencia que cita el apelante no se corresponde con situaciones similares a la de autos, y agrega que en el juicio principal, quién ejerce la acción no tiene ningún derecho efectivo, e incluso, en el caso de que logre una sentencia de nulidad favorable, ello no le otorga ningún derecho, sino la mera posibilidad de iniciar un juicio posterior en búsqueda un eventual reconocimiento.

Señala que el motivo de la resolución que dictara oportunamente esta Alzada es la necesidad de contar con mayores elementos de prueba, los que fueron aportados en este trámite. Además, sostiene la actora, dicha resolución no



ahonda sobre el fondo de la cuestión, no existiendo ningún hecho sobreviniente.

Manifiesta que si el demandado consideraba que esa resolución constituía un hecho nuevo en los términos del art. 365 del CPCyC, debería haberlo planteado en el momento oportuno, que no es el de los alegatos.

Defiende que la constancia inserta en el boleto de compraventa constituye suficiente recibo y carta de pago de la suma de U\$D 137.400,00 abonados al momento de la firma del contrato, el que cuenta con certificación notarial.

Recuerda que su parte oportunamente planteó la inconstitucionalidad de la ley 25.345, y que la Corte Suprema de Justicia de la Nación determinó la inconstitucionalidad del art. 2 de la ley citada en autos "Mera c/ DGI".

Afirma que el inmueble que han adquirido los terceristas es una porción indivisa de un inmueble de superficie mayor, el cual, tal como surge del boleto de compraventa, iba a ser dividido e inscripta la fracción que se compró, por lo que las referencias que realiza el apelante respecto de las testimoniales que él ofreció ninguna relación tienen con el recaudo de la publicidad posesoria.

La parte actora entiende que en autos no se discute si el demandado alguna vez ocupó algún espacio de la superficie mayor, y agrega que para el año 2019 la tercería ya había sido interpuesta, y la materia de examen son los actos posesorios anteriores a la traba de la medida.

Asimismo, argumenta la actora, el uso y goce que el señor Armando Bucarey realice del predio no impide los actos posesorios de los terceristas, pues al ser la fracción comprada indivisa rigen las reglas del condominio hasta que opera la división. Cita el art. 1.986 del Código Civil y Comercial.



Pone de manifiesto que se han aportado a la causa otros elementos probatorios además de los testimonios, concretamente se ha probado que los actores abonaron, con carácter previo a la traba de la medida cautelar, más de \$ 400.000,00 en concepto de impuestos atrasados que gravaban todo el inmueble, surgiendo ello de la constancia de pago otorgada por la Fiscalía de Estado, del talón de pago del impuesto inmobiliario y del informe del Banco de Galicia.

Respecto de la situación registral del inmueble y la omisión de realizar la consulta pertinente, afirma que existía imposibilidad material de hacerlo ya que como lo expuso en su testimonio el Escribano, la matrícula se encontraba bloqueada por la inscripción que se realizaba de la sentencia de prescripción a dictarse.

A mayor abundamiento recuerda que el testimonio del Escribano da cuenta de que los actores lo consultaron, con anterioridad a la concreción del negocio, sobre su legitimidad y él les dijo "dale para adelante".

Rechaza que la sentencia apelada haya fallado ultra petita respecto del levantamiento de la medida cautelar, en tanto del boleto de compraventa y del croquis anexo se evidencia que los actores han adquirido una superficie delimitada y particular, no cualquier porción indivisa.

Califica de errónea la interpretación que el apelante hace del art. 97 del CPCyC, con cita de jurisprudencia.

II.- Ingresando en el tratamiento del recurso de apelación de autos, tenemos que habiéndose dictado una medida cautelar de prohibición de innovar respecto de un inmueble, los terceristas -adquirentes por boleto de una fracción indivisa de dicho inmueble- plantean la presente tercería a efectos de que se levante la medida cautelar con el objeto de



proceder a la escrituración del bien adquirido, pretensión que ha sido acogida favorablemente en la sentencia recurrida.

A efectos de brindar una correcta solución legal a los planteos formulados como fundamento de la apelación, entiendo que es necesario partir del análisis del tipo de acción en la cual nos encontramos, para luego abordar los recaudos exigidos por el art. 1.170 del Código Civil y Comercial.

Esta Sala II se ha expedido respecto de los alcances de la tercería de mejor derecho en un supuesto similar al presente (levantamiento de inhibición general a efectos de posibilitar la inscripción registral de un automotor) en autos "Distribuidora Motorpart S.R.L. c/ Barberis" (inc. n° 602.771/2019, 16/12/2020). Se dijo en el precedente citado: "Conforme lo explican Osvaldo Alfredo Gozaíni y Gloria L. Liberatore, "La tercería de mejor derecho pretende resolver el pago preferente a quién tiene una prerrogativa legal que le permite exigir que, cuando se realice el bien objeto del embargo, la cancelación de su crédito sea anterior a la de los otros acreedores...con mayor amplitud se dice posible que la tercería de mejor derecho tenga vocación exclusoria del acreedor embargante y apropiatoria del bien embargado. En este sentido, la expresión ser pagado no debe limitarse al concepto vulgar de pago (desembolso de una suma de dinero), sino a una amplia y genuina, como es la de hacer efectivo su derecho mediante la entrega de la cosa misma, esto es, un pago in natura. De manera que la descripción de las modalidades de tercería de mejor derecho se acomoda sin esfuerzo a la especie mencionada. Sin embargo, la contundencia de esta argumentación parece estrellarse contra la lectura del artículo 100 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCC), cuando señala que se debe suspender el pago hasta que se decida sobre la preferencia. Ello empero, no hay que temer: ese efecto es solamente para cuando la tercería de mejor derecho se limita a una acreencia de una suma de dinero. No cuando el derecho recaiga sobre la cosa misma que se ansía y a la que se tiene derecho.

"...Las alternativas propuestas observan que la tercería de mejor derecho puede quedar acotada a discutir un derecho de preferencia para el cobro, o ampliar sus posibilidades al debate del derecho mismo...la interpretación restrictiva considera que la tercería de mejor derecho tiene como presupuesto necesario que exista un crédito de una suma de dinero privilegiado



en favor del tercerista, motivo por el cual encuentra justificación que la ejecución del bien continúe durante la tramitación del incidente de tercería, quedando sujeta la efectivización del cobro de las acreencias en contienda, a lo que en definitiva se resuelva.

“En este marco se afirma que “...la tercería de mejor derecho no tiene por fin sustraer el bien o los bienes embargados a la ejecución, sino reclamar el pago de un crédito con preferencia al ejecutante, y su fundamento radica, justamente, en la preferencia de cobro que ostenta quién ve vulnerado su derecho de crédito ante el peligro de que otro acreedor se lleve el dinero del producido obtenido por la venta del bien, que le pertenece en mejor término”.

“Es la senda que toma Podetti cuando reseña que, en definitiva, la tercería de mejor derecho protege, en primer lugar, el amplio sector de los privilegios, subsidiariamente y en casos especiales, los derechos reales de garantía y, a falta de unos y otros, la preferencia legal de embargo.

“Sin embargo, esta óptica legal deja sin consideración adecuada las hipótesis en que es necesario defender créditos que no son dinerarios y que no gozan de un privilegio, sino de una preferencia de otra naturaleza.

“...En consecuencia, la tesis amplia ve posible que en la tercería en estudio se analice la situación legal de un crédito con relación a otro frente a determinados bienes; vale decir, ocupándose de obligaciones no dinerarias y obtener como pago la entrega de la cosa” (cfr. aut. cit., “La tercería de mejor derecho” en “Intervención de terceros y tercerías”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2011, pág. 579/582).

“Por su parte Marcelo López Mesa sostiene que “En la tercería de mejor derecho puede no existir incompatibilidad esencial entre el interés del tercero y el que es motivo de debate en juicio ajeno...pero lo cierto es que no es factible su satisfacción simultánea, resolviéndose la cuestión confiriendo prelación de cobro a uno versus el otro, en función de aspectos accesorios a los intereses sustanciales enfrentados, como los privilegios de derecho sustancial o las preferencias de orden procesal –cronología de embargos-.

“Se trata de la pugna entre la satisfacción de una pretensión ejecutoria dentro del proceso ajeno y la satisfacción del interés sustancial del tercero” (cfr. aut. cit., “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación...”, Ed. La Ley, 2012, T. I, pág. 786”).

En el caso de autos, y por tratarse de un boleto de compraventa de inmueble, resulta de aplicación lo dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Banco de



Crédito Argentino S.A. c/ Germanier" (sentencia del 26/9/2006, LL 2006-F, pág. 637) -en realidad, por el dictamen de la Procuración General que la Corte hace suyo-.

Ernesto C. Wayar, comentando dicho fallo, señala que: "De los términos de los considerandos examinados resulta diáfano que se reconoce al comprador por boleto de compraventa una acción de inoponibilidad, que incluso puede estimarse como un privilegio. Esta acción, ejercitable también por vía de tercería (tercería innominada de oponibilidad), tiene naturaleza mixta porque su ejercicio produce un efecto adecuado para la tercería de dominio y otro propio de la tercería de mejor derecho. Lo primero, porque como ocurre en la tercería de dominio,, aún consentida o ejecutoriada la orden de venta de los bienes, se suspenderá el proceso principal (art. 99, CPCCN); lo segundo, porque si el tercerista cumple con los requisitos del art. 1.185 bis, el juez debe resolver que su derecho como comprador es preferente frente al del acreedor embargante (art. 100, CPCCN)" (cfr. aut. cit., "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, T. VI, pág. 453).

Lo dicho entiendo que da respuesta a la queja de la parte recurrente en orden a su agravio sobre la frustración de la medida cautelar trabada, que devendría en la imposibilidad jurídica de ordenar su levantamiento.

Es que justamente el objeto de la tercería aquí planteada es proteger el derecho del adquirente por boleto de compraventa y hacerlo prevalecer, en su caso, frente al derecho del o los terceros que hubiesen trabado cautelares sobre el inmueble que es objeto del boleto. Por ello, la procedencia de la tercería importa la frustración -total o parcial- de la medida cautelar trabada, cualquiera sea su objetivo.

En otras palabras, para que sea efectiva la protección requerida por los terceristas tengo que frustrar la finalidad de la medida cautelar de no innovar. Esto se encuentra ínsito en la tercería promovida.



Consecuentemente, no puede oponerse al progreso de la tercería el hecho que su acogimiento determine la alteración parcial del inmueble afectado por la prohibición de innovar, ya que si no se levanta la cautela no podría otorgarse la tutela al derecho de los terceristas.

Esto me lleva también a entender que no ha existido una omisión por parte de la jueza de grado, en tanto el acogimiento de la tercería llevó consigo el rechazo de la defensa que aquí se analiza.

De todos modos, y si se entendiera que la jueza a quo debió desechar expresamente la defensa, tal omisión no acarrea la nulidad del resolutorio, en tanto la Cámara de Apelaciones se encuentra habilitada para la subsanación de omisiones (art. 278, CPCyC), conforme se hace en este apartado.

III.- Respecto de la omisión de considerar el hecho nuevo o sobreviniente que denuncia la apelante, entiendo que tampoco le asiste razón.

En primer lugar advierto que en autos no se ha planteado la existencia de un hecho nuevo en los términos del art. 365 del CPCyC.

No obstante ello, teniendo en cuenta que los jueces debemos dictar nuestras sentencias atendiendo las circunstancias vigentes al momento de su dictado, y analizada la resolución dictada por esta Cámara de Apelaciones, no encuentro que la misma tenga influencia sobre esta causa, en los términos que pretende la recurrente.

En efecto, la expresión de agravios cita la resolución dictada en el incidente n° 53.524/2017. En ese trámite se dictó resolución interlocutoria el día 6 de diciembre de 2018 con motivo del recurso de apelación planteado por el demandado en los autos principales -Armando



Alfredo Bucarey- contra la decisión de primera instancia que hizo lugar a la medida cautelar de no innovar respecto del inmueble que es objeto de la presente tercería. La decisión adoptada por la Alzada fue confirmatoria de la resolución recurrida.

Ahora bien, en el incidente referido las partes fueron los aquí demandados, no habiendo tenido participación los terceristas, por lo que mal puede oponérseles los efectos de una cosa juzgada que no los alcanza.

Sin perjuicio de lo dicho, la resolución de Alzada analizó la procedencia de la medida cautelar de no innovar, señalando que era pertinente y configuraba la única tutela que se podía otorgar al actor, en atención a la pretensión esgrimida en la causa n° 516.654/2017 -en la que se había ordenado la cautela-, y que es la nulidad de la sentencia declarativa de la prescripción adquisitiva.

Tales consideraciones no influyen sobre lo que debe resolverse en esta tercería, con el alcance de impedir el acogimiento de la pretensión de los actores, ya que, como se dijo, justamente va ínsita en dicha pretensión el levantamiento de la medida precautoria.

Es que las medidas cautelares pueden variar o quedar sin efecto si cambian las circunstancias tenidas en cuenta en oportunidad de su dictado (art. 202, CPCyC), y justamente la aparición de un boleto de compraventa, de fecha cierta anterior a la traba de la medida cautelar (7 de diciembre de 2016) -extremo no discutido en esta instancia-, constituye un hecho que altera las circunstancias consideradas en el momento de resolver la cautela, y que habilitaría la modificación (o levantamiento parcial) de la medida.

Por tanto, se desestima el agravio bajo análisis.



IV.- Vayamos ahora a los agravios referidos a los recaudos requeridos por el art. 1.170 del Código Civil y Comercial.

El apelante cuestiona que se haya tenido por acreditado la existencia del pago del 25% del precio, la publicidad posesoria y eventualmente la publicidad registral, y la buena fe en los compradores.

El art. 1.170 del Código Civil y Comercial establece que el derecho del comprador de buena fe tiene prioridad sobre el de los terceros que hayan trabado cautelares sobre el inmueble vendido si, a) el comprador contrató con el titular registral, o puede subrogarse en la posición jurídica de quién lo hizo mediante un perfecto escalonamiento con los adquirentes sucesivos; b) el comprador pagó como mínimo el 25% del precio con anterioridad a la medida cautelar; c) el boleto tiene fecha cierta; y d) la adquisición tiene publicidad suficiente, sea registral, sea posesoria.

La nueva codificación ha extendido los efectos de la disposición del art. 1.185 bis del Código Civil de Vélez Sarsfield a situaciones ajenas al concurso y la quiebra; extensión que era discutida con la anterior legislación, tanto en doctrina como en jurisprudencia.

Esta discusión ha quedado zanjada con la introducción -en el Código Civil y Comercial- de la norma del art. 1.170, la que ha agregado recaudos a fin de obtener la oponibilidad del boleto de compraventa, en tanto que la anterior regulación solamente exigía la buena fe del adquirente y el pago del 25% del precio.

Comenzando por la buena fe en el comprador, durante la vigencia de la anterior codificación aquella estaba dada por el desconocimiento de la situación de insolvencia del



enajenante y, como regla, se presumía (cfr. Mosset Iturraspe, Jorge, "Código Civil Comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006, T. "Contratos - Parte General", pág. 310/311).

Con el nuevo art. 1.170, el requisito de la buena fe del comprador se vincula con la conducta de éste en la concertación del negocio jurídico, y consiste en haberlo celebrado sin connivencia con el promitente. Pablo D. Heredia señala que: "...la buena fe es la referida por el art. 961 CCyC, y se vincula primariamente al acto jurídico de adquisición instrumentado en el boleto, y ha de reflejar, en su seno, una falta de intención fraudulenta del vendedor con la concurrente complicidad del adquirente. Consiguientemente, habrá mala fe cuando el comprador conozca la situación de insolvencia del vendedor, o incurra en fraude, connivencia, colusión dolosa o antedatación.

"Siguiendo la clasificación de De los Mozos, se trataría de una buena fe subjetiva, que en el caso se deriva de su antinomia con la idea de fraude...No es menester que el adquirente por boleto pruebe su buena fe, ya que ella se presume iuris tantum. Ello no deriva del art. 1.919 CCyC, sino del principio general de que en materia contractual la buena fe se presume.

"Corresponde a quién ha trabado la cautelar sobre el inmueble la prueba de la mala fe, resultando inadmisibles invertir la carga de la prueba con el alcance de que el titular por boleto debe probar su buena fe como comprador del inmueble" (cfr. aut. cit., "Conflicto entre el adquirente por boleto y el tercero acreedor del enajenante que trabó una medida cautelar sobre el inmueble vendido (art. 1.170 CCyC)", LL AR/DOC/680/2017).

Si bien la jueza de primera instancia no ha abordado el cuestionamiento respecto de la inexistencia de buena fe en los actores -planteo que fue realizado al contestar la demanda (fs. 48/vta.)-, de todos modos no se ha aportado prueba suficiente que permita desvirtuar la presunción de buena fe en los terceristas.

El recurrente imputa a los actores, en realidad, falta de diligencia en la oportunidad de suscribir el boleto de compraventa, pero dicha figura no importa inexistencia de buena fe.



No obstante ello, advierto que los actores recurrieron a los servicios de un escribano público a efectos de celebrar el contrato, y que el profesional les informó que el vendedor era el titular del inmueble y tenía la libre disponibilidad del mismo. Tal circunstancia no solamente surge del testimonio brindado en autos por el escribano, sino del informe que dicho profesional presenta a fs. 150/152.

Lo dicho da por tierra con la falta de diligencia que se imputa a los terceristas. Va de suyo que no puede pretenderse que los actores concurrieran personalmente al Registro de la Propiedad Inmueble para asesorarse sobre la operación inmobiliaria que iban a realizar, siendo suficiente que contrataran los servicios de un escribano público, de quién, además, eran clientes -conforme lo informa el mismo profesional-.

Por otra parte, la titularidad registral del inmueble en disputa se encuentra a nombre del vendedor (fs. 136/143), no encontrando donde puede radicar la mala fe de los compradores cuando han adquirido a su titular registral una porción indivisa de una fracción mayor.

El hecho que la posesión animus domini haya sido ejercida por todos los hermanos (incluido el recurrente) y no solamente por quién tramitó el juicio de usucapión, obteniendo en definitiva la condición de propietario del mismo, no es de fácil conocimiento para los terceros ajenos a la familia, aún cuando fueren vecinos del inmueble. Y además, esta es una cuestión que debe ser resuelta en el juicio por nulidad de la sentencia de usucapión.

En definitiva, no existiendo prueba de connivencia fraudulenta entre los celebrantes del boleto de compraventa, tiene plena vigencia la presunción de buena fe en los terceristas.



V.- Otro de los requisitos cuestionados por el apelante refiere al pago del 25% del precio.

De acuerdo con la cláusula TERCERA del boleto de compraventa (fs. 3 vta.) los compradores abonaron al vendedor la suma de U\$D 137.400,00 en el acto de suscripción, siendo ello prueba suficiente de que se ha abonado más del 25% del precio pactado en el mismo instrumento.

El testimonio del escribano interviniente en la suscripción del boleto da cuenta de que hubo, en ese momento, un pago en efectivo -conforme lo cita la apelante en su expresión de agravios-. Luego, el hecho que el escribano no recuerde el monto abonado, ni quién contó el dinero en esa oportunidad no son extremos que puedan generar dudas sobre el pago del que da cuenta el boleto, tanto más cuando el propio escribano explica que no recuerda con exactitud, remitiéndose a las constancias del boleto: "lo dice el boleto calculo, debe estar en el expediente".

Recordemos que de acuerdo con el art. 895 del Código Civil y Comercial, el pago puede ser acreditado por cualquier medio de prueba, con lo cual la prueba que surge del mismo boleto es válida, más aun cuando el escribano interviniente declara que existió un pago en efectivo.

Sentado lo anterior, y yendo ahora al agravio del apelante referido a la inexistencia del pago por aplicación del art. 1 de la ley 25.345, entiendo que esta disposición legal no gravita sobre la existencia del pago del 25% del precio, en los términos del art. 1.770 del Código Civil y Comercial. Ello sin perjuicio de no compartir la posición de la a quo respecto de la equiparación del boleto de compraventa con firma certificada por escribano a la escritura pública.

A tal fin debe tenerse en cuenta que el pago es, a la vez, un hecho y un acto jurídico. El art. 1 de la ley



25.345 apunta a la eficacia del acto jurídico, en tanto que el art. 1.770 del Código Civil y Comercial aborda el pago como hecho.

Conforme la última de las normas citadas, el tercerista tiene que probar la existencia del pago del 25% del precio, más allá de su eficacia formal. En otras palabras tiene que probar el hecho del pago. Y ello, como se señaló, está acreditado en autos con el mismo boleto de compraventa, donde el vendedor reconoce la existencia del pago parcial que se indica, ya que otorga recibo; y también con la declaración testimonial del escribano interviniente en el acto.

La eficacia formal que pueda tener dicho pago no afecta su existencia, a la luz del art. 1.770 del Código Civil y Comercial.

Avalan lo dicho los argumentos utilizados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para declarar la inconstitucionalidad del art. 2 de la ley 25.345. En la causa "Mera c/ DGI" (sentencia de fecha 19/3/2014) la Corte sostuvo la inconstitucionalidad del ya citado art. 2 de la ley 25.345, en cuanto prohíbe el cómputo de operaciones cuyos pagos hayan sido efectuados por medios distintos de los mencionados en ese ordenamiento, señalando que ello equivale a establecer una ficción legal que pretende desconocer o privar de efectos a operaciones relevantes para la correcta determinación del impuesto, y cuya existencia y veracidad ha sido fehacientemente comprobada. El Alto Tribunal agrega que la norma del art. 2 referido es irrazonable, pues al prohibir el cómputo de operaciones efectivamente realizadas por motivos estrictamente formales prescinde de la realidad, recordando la doctrina que la misma Corte elaboró en la causa "Hermitage S.A. c/ Ministerio de Economía" respecto a que "...las presunciones requieren un uso inteligente, concreto y racional, y que su utilización debe limitarse a aquellos casos en que existen circunstancias especialísimas que lo justifiquen...Asimismo se hizo notar en el citado



precedente –para declarar la inconstitucionalidad del impuesto a la ganancia mínima presunta en un caso en el que se había demostrado que el contribuyente no había obtenido ganancia alguna en el período examinado- que el legislador no había dado fundadas razones para impedir la prueba de que, en un caso concreto, no se ha obtenido la ganancia presumida por la ley (considerando 14), y concluyó en que el medio utilizado por el legislador para la realización del fin que procura, no respeta el principio de razonabilidad de la ley y, por lo tanto, las normas impugnadas son constitucionalmente inválidas en su aplicación al caso”.

Conforme lo sostienen Ramón Daniel Pizarro y Carlos Gustavo Vallespinos: “es asombroso que la ley prive de efectos entre partes al pago efectuado en dinero efectivo por suma superior a mil pesos. La sanción prevista en la norma tiene, sin embargo, escasa repercusión pues dos razones de índole jurídica impiden articular exitosamente cualquier pretensión de nulidad o ineficacia. La primera: quién recibe un pago en tales condiciones no puede luego desconocerlo por cuanto además de enriquecerse sin causa a expensas de quién lo pagó, estaría alegando su propia torpeza en la violación de lo que la ley dispone. La segunda: no hay nulidad por la nulidad misma...Similares conclusiones valen cuando quién impugna el pago es un tercero. En ciertos casos, ello podrá constituir una presunción que juegue en contra de quién lo realizó si convergen otros elementos que pongan en evidencia la existencia de un acto simulado o fraudulento. Pero nunca como una regla automática” (cfr. aut. cit., “Tratado de Obligaciones”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2017, T. II, pág. 141/142).

Resumiendo, en los términos del art. 1.770 del Código Civil y Comercial se requiere de la acreditación de la existencia del pago del 25% del precio, sin que importe si formalmente reúne los recaudos de la ley 25.345, norma que, indudablemente, tiene una naturaleza exclusivamente tributaria y que no desbarata las disposiciones del Código Civil y Comercial referidas al pago.

A todo evento, y de entenderse que el pago que requiere el art. 1.170 del Código Civil y Comercial es aquél realizado de acuerdo con la manda del art. 1 de la ley 25.345, en el caso concreto la aplicación de la norma deviene inconstitucional por cuanto, siguiendo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, resulta irrazonable que



habiéndose acreditado la existencia del pago, el mismo se tenga por no sucedido por no haber sido realizado por los medios enumerados en la ley citada. Extremo al que debe agregarse que, tal como se señaló al analizar el recaudo de la buena fe en el adquirente, no existe en autos indicio alguno de connivencia entre el vendedor y los compradores con el objeto de simular un acto que no es, o de perjudicar a terceros.

Consecuentemente, se desecha el presente agravio.

VI.- En lo que refiere al recaudo previsto en el inciso d) del art. 1.170 del Código Civil y Comercial, la manda legal exige la publicidad, ya sea posesoria o registral.

La publicidad registral, de acuerdo con el sistema registral que rige en la provincia, no es posible ya que no se contempla la posibilidad de inscribir el boleto de compraventa (art. 2, ley 2.087).

Consecuentemente la única publicidad que puede existir en autos es la posesoria. Y analizadas las constancias de la causa y oídas y vistas las declaraciones de los testigos concluyo en que este requisito no se encuentra probado.

Pablo Heredia señala que la publicidad posesoria a la que alude el art. 1.170 del Código Civil y Comercial es la tradición posesoria con el alcance del art. 1.924 del mismo código. El autor citado agrega que la tradición posesoria constituye un modo suficiente para transmitir el derecho real de propiedad sobre el inmueble vendido, al punto tal que, como regla, no se adquiere ningún derecho real sobre la cosa antes de la tradición; y en lo que interesa al tema que nos ocupa, se realiza con ella una innegable función de publicidad (cfr. aut. cit., op. cit.).

De acuerdo con el art. 1.924 del Código Civil y Comercial, la tradición debe consistir en la realización de



actos materiales de, por lo menos, una de las partes, que otorguen un poder de hecho sobre la cosa, los que no se suplen, con relación a terceros, por la mera declaración del que entrega de darla a quién la recibe, o de éste de recibirla.

Por ende, la declaración efectuada en el boleto de compraventa respecto a que se entrega la posesión al adquirente no resulta válida frente al demandado apelante.

El art. 1.928 del Código Civil y Comercial contiene una enunciación simplemente enumerativa de estos actos materiales. Sin embargo, en autos no se ha probado la existencia de alguno de estos actos, ni de otros, que pudieran configurar la publicidad posesoria.

En primer lugar, y si bien es cierto que los actores han adquirido una parte indivisa determinada, en miras a una futura subdivisión de la fracción mayor, el inmueble se encuentra ocupado -en parte- por otras personas. Surge del croquis realizado por la testigo Ana Valeria Bucarey (obranste a fs. 81 de autos) que sobre calle Río Negro se encuentran las viviendas de tres hermanos Bucarey (Armando, Damián y Norma), y que otra parte del terreno está ocupada por una chacharita, en tanto que la parte libre fue utilizada como espacio de estacionamiento para vehículos.

Luego, considerando solamente la futura subdivisión y el terreno en ella asignado a los terceristas, éstos no han realizado ningún acto material que permita entender que se encuentra configurada la publicidad posesoria. El testigo Buceta da cuenta de que el terreno al que lo llevó el señor Dómina se encontraba vacío y que su ingreso era franco (sin cerramientos).

Los actos considerados por la jueza a quo para tener por cumplida la publicidad posesoria no son actos



materiales. El hecho de haber ido el señor Dómina, en compañía del arquitecto Buceta, a visitar el terreno para analizar la construcción de departamentos, no es un acto que demuestre la tradición posesoria, más aún cuando el proyecto no se concretó.

Menos aún pueden ser considerado acto material que acredita la tradición posesoria, la presentación de los certificados ante el Registro de la Propiedad Inmueble - bloqueada por la medida cautelar cuyo levantamiento se persigue-, en tanto se trata de trámites tendientes a obtener la escritura traslativa de dominio; presentación que, además, se hace no obstante que no se había realizado la subdivisión del inmueble.

Conforme lo dicho, y siendo que la oponibilidad del boleto de compraventa requiere de la reunión de todos los requisitos que indica el art. 1.170 del Código Civil y Comercial, he de propiciar la revocación del fallo de primera instancia, y el rechazo de la tercería de mejor derecho.

VII.- En atención al resultado de la apelación, deviene abstracto el tratamiento de los agravios referidos a la modalidad de levantamiento de la medida cautelar y a la imposición de costas, como así también de las quejas arancelarias.

VIII.- Por lo hasta aquí dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación del codemandado Damián Bucarey, y revocar el resolutorio recurrido, declarando abstracto el tratamiento de las quejas arancelarias.

Recomponiendo el litigio, se rechaza la tercería de mejor derecho planteada por los actores.

Las costas por la actuación en ambas instancias se imponen a los terceristas vencidos (art. 69, CPCyC) en



cuanto a la actuación del demandado Damián Bucarey, manteniéndose vigente lo resuelto sobre costas en primera instancia respecto del codemandado Armando Alfredo Bucarey.

Se dejan sin efecto las regulaciones de honorarios de la primera instancia, y se fija la retribución de los profesionales actuantes en el pleito en el 15,7% de la base regulatoria (que se determinará de acuerdo con el procedimiento previsto en el art. 24 de la ley 1.594) para el Dr..... -letrado apoderado del codemandado Damián Bucarey-; en el 7,8% de la base regulatoria en conjunto para los Dres....., y -patrocinantes del codemandado Armando Alfredo Bucarey-; y 7,8% de la base regulatoria para la Dra..... -patrocinante de la parte actora-, todo de conformidad con lo prescripto por los arts. 6, 7, 10, 11 y 35 de la ley 1.594.

Los honorarios por la labor ante la Alzada de los Dres. ... y se regulan en el 35%, para el primero, y 30%, para la segunda, de la suma que se liquide a cada uno por igual concepto y por la actuación en la instancia de grado (art. 15, ley 1.594).

El Dr. José I. NOACCO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Revocar la sentencia de fs. 189/195, dictada el día 28 de mayo de 2020, rechazando la tercería de mejor derecho planteada por los actores y declarando abstracto el tratamiento de las quejas arancelarias.

II.- Imponer las costas por la actuación en ambas instancias a los terceristas vencidos en cuanto a la actuación



del demandado Damián Bucarey, manteniéndose vigente lo resuelto sobre costas en primera instancia respecto del codemandado Armando Alfredo Bucarey (art. 69, CPCyC).

III.- Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios de la primera instancia, fijándose la retribución de los profesionales actuantes en el 15,7% de la base regulatoria para el Dr..... -letrado apoderado del codemandado Damián Bucarey-; en el 7,8% de la base regulatoria en conjunto para los Dres....., y -patrocinantes del codemandado Armando Alfredo Bucarey-; y 7,8% de la base regulatoria para la Dra. -patrocinante de la parte actora- (arts. 6, 7, 10, 11 y 35 de la ley 1.594).

IV.- Regular los honorarios por la labor ante la Alzada de los Dres..... y en el 35%, para el primero, y 30%, para la segunda, de la suma que se liquide a cada uno por igual concepto y por la actuación en la instancia de grado (art. 15, ley 1.594).

V.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. JOSÉ I. NOACCO

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria