



NEUQUEN, 2 de febrero de 2022.

Y VISTOS: En acuerdo estos autos caratulados: "**MENDOZA MARIA CRISTINA Y OTRO C/ MUTUAL SOL DE MAYO Y OTRO S/ TERCERIA**", (JNQC12 INC N° 23943/2019), venidos a esta **Sala II** integrada por los vocales **Patricia CLERICI** y **José I. NOACCO**, con la presencia de la secretaria actuante **Micaela ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **Patricia CLERICI** dijo:

I.- La codemandada Mutual Sol de Mayo interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 131/137, dictada el día 1 de octubre de 2021, que 1) rechaza la tercería de mejor derecho interpuesta por Mario Martín Rioseco; 2) hace lugar a la tercería interpuesta por María Mendoza, declarándose su mejor derecho en relación al inmueble que individualiza y ordenando el levantamiento del embargo sobre el mismo trabado por la incidentada Mutual Sol de Mayo; 3) rechaza la petición de fs. 18 respecto al levantamiento de las restantes medidas cautelares trabadas sobre el inmueble, todo con costas a los incidentados.

a) En su memorial de fs. 147/153 -presentación web de fecha 12 de noviembre de 2021-, la recurrente se agravia por entender que la sentencia de primera instancia interpreta erróneamente el derecho, al considerar que existió una transmisión de la posesión del inmueble objeto de la tercería por el solo hecho de la expresión puesta en la cláusula contractual; valoró erróneamente la prueba y los hechos al sostener que existió publicidad posesoria de la tercerista por la inscripción del inmueble lindero, y aplica erróneamente el art. 68 del CPCyC respecto de la tercería iniciada por el actor Rioseco.



Como aclaración preliminar señala que la presente acción es una tercería de mejor derecho, interpuesta por los actores en virtud de un boleto de compraventa que suscribieron con la codemandada Asociación Mutual 3 de Diciembre del Comahue, con el objeto que se levante el embargo trabado sobre el inmueble.

Entiende que es de aplicación el art. 1.170 del CCyC, que dispone la prioridad del comprador de buena fe sobre terceros que hayan trabado medidas cautelares sobre el inmueble vendido, si tiene un boleto de compraventa y cumple la totalidad de los requisitos allí dispuestos.

La recurrente cuestiona concretamente la decisión de la a quo de tener por acreditado el requisito de la publicidad posesoria, considerando para así concluir que la cláusula tercera del boleto de compraventa demuestra la transmisión posesoria del inmueble objeto de autos, desde la Asociación Mutual 3 de Diciembre del Comahue a la tercerista Mendoza.

Sostiene que, conforme lo disponen los arts. 1.923 y 1.924 del CCyC, la posesión únicamente se adquiere por medio de la tradición, consistente en la entrega de la cosa de una parte a la otra, que la recibe, y que debe consistir en la realización de actos materiales de, por lo menos, una de las partes.

Agrega que la misma norma culmina con que la tradición no se suple, con relación a terceros, con la mera declaración del que entrega a quién recibe.

Dice que su parte -acreedor embargante- es un tercero respecto del boleto de compraventa celebrado entre la tercerista Mendoza y la Asociación Mutual 3 de Diciembre del Comahue, por lo que no puede oponérsele la mera declaración en el contrato.



Incluso, argumenta la apelante, la sentencia de primera instancia reconoce que no se ha producido prueba que acredite los actos posesorios que invoca la parte actora, con lo que queda demostrado que no existe ningún acto posesorio.

Se queja de que la sentencia de grado se basa en una prueba indiciaria y en una presunción de que ese indicio acredita hechos posesorios.

Se refiere a los indicios en general y afirma que un solo indicio es insuficiente para acreditar un hecho.

Es así, manifiesta la apelante, que la a quo afirma la existencia de la publicidad posesoria sobre el lote 12 porque la actora inscribió y poseyó el lote 11, aledaño al primero, generando algo así como una posesión expansiva, que abarca no sólo 23943/2019 el inmueble poseído, sino todos los linderos.

Señala que los lotes 11 y 12 son dos cosas distintas, cada una delimitada, con su propia matrícula y nomenclatura catastral, y sus dimensiones.

Insiste, además, en que el CCyC requiere que se ejerzan actos materiales sobre la cosa que se está poseyendo.

Con cita del art. 377 del CPCyC, pone de manifiesto que no existe una sola prueba que acredite la realización de actos posesorios, por lo que no puede concluirse ni inferirse, aún por vía de hipótesis, la efectiva entrega de la posesión ni el ejercicio de actos posesorios por parte de la accionante.

Finalmente se queja por la imposición de costas a su cargo por el rechazo de la tercería respecto del coactor Rioseco.



Destaca que este actor no logró acreditar ni siquiera un mínimo derecho a su favor, ya que su nombre no figura en el boleto de compraventa, ni hay prueba de que haya realizado acto posesorio alguno sobre el inmueble.

b) La parte actora contesta el traslado del memorial a fs. 155/156 - presentación web de fecha 23 de noviembre de 2021-.

Reconoce que la sentencia sostiene que no se han acreditado los actos posesorios que invoca la actora, pero advierte que la cita hecha por la demandada es incompleta ya que el fallo hace referencia a que no se ha probado acto posesorio de cerramiento, nada más que ello.

Agrega que la sentencia de grado señala que la posesión surge del mismo boleto y también se acredita con los comprobantes de pago de fs. 114/116 y 118 del impuesto inmobiliario y de tasas municipales. Dice que estos son actos posesorios por naturaleza, pues nadie que no se considera dueño abona los impuestos y servicios municipales.

Sigue diciendo que la jueza de grado enlaza el pago de impuestos y tasas con otro hechos: firma de dos boletos de compraventa iguales y el mismo día por 3 dos lotes contiguos; unívoca identidad de las partes contratantes; pago de impuesto de sellos; escrituración de uno de los lotes a favor de los terceristas.

Señala que, además, y aun cuando el fallo recurrido no lo menciona, existe una carta documento remitida a la Mutual 3 de Diciembre para formalizar la escritura.

En cuanto al último agravio planteado por la apelante, afirma que en la contestación de la demanda de la Mutual Sol de Mayo no existe cuestionamiento a la legitimación del coactor Rioseco, por lo que, en todo caso, las costas deben ser impuestas en el orden causado.



c) La codemandada Mutual 3 de Diciembre del Comahue no contesta el traslado del memorial.

II.- Ingresando en el tratamiento del recurso de apelación de autos, la cuestión sometida a conocimiento de la Alzada se circunscribe a determinar si se encuentra o no cumplido el requisito de la publicidad, ya sea registral o posesoria, exigido por el art. 1.170 inc. d) del CCyC.

Esta Sala ya ha tenido oportunidad de expedirse sobre el recaudo antedicho en autos "Domina c/ Bucarey" (JNQCI5 expte. n° 523.206/2018, 2/6/2021). Se dijo en ese precedente: "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 23943/2019 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 enunciativa 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 autos la incidentista ha celebrado con la codemandada Asociación Mutual 3 de Diciembre del Comahue un boleto de compraventa, con fecha cierta 13 de octubre de 2015, mediante el cual adquirió dos lotes de terreno, números 11 y 12 de la manzana que se identifica (fs. 122/vta.).

Del informe registral de fs. 57 surge que la incidentista es titular registral del lote 11, pero no así del lote 12 (fs. 57vta./58).

En otras palabras y conforme lo sostiene la jueza de grado, partiendo del boleto de compraventa ya citado, la actora ha escriturado el lote 11, pero no el lote 12, el que es objeto de esta tercería de mejor derecho.

Cotejadas las constancias de la causa no encuentro que la parte actora haya acreditado la existencia de actos materiales



sobre el lote 12 que permitan tener por configurado el recaudo de la publicidad posesoria.

El hecho de haber escriturado el lote 11 -lindero al lote 12- no puede ser considerado un acto posesorio sobre el último, en tanto, y tal como lo destaca la recurrente, se trata de dos inmuebles diferentes, no ha existido englobamiento de ambos, por lo que la inscripción registral del lote 11 a nombre de la incidentista no tiene un efecto extensivo hacia el lote 12.

Luego, la actora no ha probado la realización de ninguno de los actos posesorios que contempla el art. 1.928 del CCyC, ni tampoco algún otro del cual puede deducirse la existencia de la publicidad posesoria que exige el art. 1.170 del CCyC.

El pago de impuestos y tasas municipales no es un acto posesorio.

Más allá de destacar que el pago que se acredita con los comprobantes de fs. 114/116 y 118 fue realizado días antes de la promoción de la presente tercería y se corresponde con períodos posteriores a la fecha de inscripción de la medida cautelar por parte de la codemandada apelante, la doctrina sostiene que no cabe asignar el carácter de acto posesorio al pago de impuestos pues por sí solo no revela el contacto con la cosa, en especial su apoderamiento. Los actos posesorios son actos materiales, mientras que el pago es un acto jurídico (cfr. Kiper, Claudio, "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, T. IX, pág. 158).

Esta Sala II, en anterior composición y con cita de Beatriz Areán, ha entendido que "El pago de los impuestos no constituye un acto posesorio y consiguientemente nada prueba con relación al corpus posesorio. El hecho de que el



usucapiente acredite haber abonado los impuestos durante todo el lapso de posesión, si no está avalado por otras pruebas, carece de entidad suficiente para poder tener por demostrada dicha posesión, pues un simple tenedor, como locatario puede abonar los impuestos y ello por sí solo no lo convierte en poseedor... Porque en todo caso tal pago no hace más que exteriorizar el animus domini, o sea, uno de los dos elementos de la posesión, pero nada prueba en relación con el corpus, esto es, el otro elemento" (autos "Benigni c/ Zabala", JNQCII1 expte. n° 383.364/2008, 2/2/2017).

Por ende, no habiendo la actora acreditado la existencia de publicidad posesoria sobre el lote 12, y toda vez que la oponibilidad del boleto de compraventa requiere de la reunión de todos los requisitos previstos en el art. 1.170 del 23943/2019 CCyC, he de propiciar al rechazo de la tercería de mejor derecho también respecto de la incidentista María Cristina Mendoza.

III.- La apelante se queja de la imposición de las costas procesales por el rechazo de la demanda respecto del actor Mario Martín Rioseco.

El rechazo de la demanda promovida por el señor Rioseco ha devenido firme a esta instancia, no encontrando que exista elemento objetivo alguno que justifique la eximición de costas resuelta en la instancia de grado.

Advierto que el señor Rioseco no participó de la suscripción del boleto de compraventa que fundó la tercería de mejor derecho, ni tampoco se explica en el escrito de demanda de donde surgiría su legitimación para accionar; en tanto que la parte demandada Asociación Mutual Sol de Mayo puso de manifiesto esta circunstancia, cuestionando la legitimación para obrar de aquel (fs. 35).



Consecuentemente, por aplicación del principio objetivo de la derrota, debe revocarse la resolución de grado en este aspecto y cargar las costas del proceso al actor Mario Martín Rioseco.

IV.- Conforme lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de la demandada Asociación Mutual Sol de Mayo y modificar parcialmente la resolución recurrida, 1) disponiendo el rechazo de la tercería de mejor derecho promovida por la actora María Cristina Mendoza, con costas a su cargo (art. 68, CPCyC); y 2) imponer las costas procesales por el rechazo de la tercería de mejor derecho respecto del actor Mario Martín Rioseco a este último (art. 68, CPCyC).

En atención al resultado de la apelación, y por aplicación del art. 279 del CPCyC, corresponde revocar las regulaciones de honorarios contenidas en la sentencia de primera instancia y determinar los honorarios por la actuación en la instancia de grado en el 11,2% en conjunto para las letradas ... y ... -patrocinantes de la demandada Mutual Sol de Mayo-; 4,48% para el apoderado de la misma parte, abogado ...; y 7,84% para el letrado ... -patrocinante de los incidentistas-, todo sobre la base regulatoria fijada en la sentencia de 7 primera instancia y conforme lo prescripto por los arts. 6, 10 y 35 de la ley 1.594. Los honorarios del letrado ... -apoderado de la codemandada Asociación Mutual 3 de Diciembre del Comahue-, por la actuación tenida en la instancia de grado, se fijan en el equivalente a 1 JUS, conforme valor vigente a la fecha de la sentencia de primera instancia (arts. 6 y 8 del arancel).

Las costas por la actuación en la presente instancia son a cargo de la parte incidentista, quién resultó vencida (art. 68, CPCyC).



Regulo los honorarios profesionales por la labor ante la Alzada de los letrados ..., ..., ... y ... en el 30% de la suma que se liquide a cada uno de ellos por igual concepto y por su actuación en la primera instancia (art. 15, ley 1.594).

José I. NOACCO dijo:

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

Por ello, esta **SALA II**

RESUELVE:

I.- Modificar la sentencia de fs. 131/137, dictada el día 1 de octubre de 2021 y 1) disponer el rechazo de la tercería de mejor derecho promovida por la actora María Cristina Mendoza, con costas a su cargo (art. 68, CPCyC), 2) imponer las costas procesales por el rechazo de la tercería de mejor derecho respecto del actor Mario Martín Rioseco a este último (art. 68, CPCyC), 3) revocar las regulaciones de honorarios contenidas en la sentencia de primera instancia, los que se terminan en el modo dispuesto en los Considerandos; confirmándola en todo lo demás que fue materia de agravios.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia a cargo de la parte incidentista, quién resultó vencida (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales por la labor ante la Alzada de los letrados ..., ..., ... y ... 23943/2019 en el 30% de la suma que se liquide a cada uno de ellos por igual concepto y por su actuación en la primera instancia (art. 15, ley 1.594).

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



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. JOSÉ I. NOACCO

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria