



TRABAJO FINAL DE GRADUACION

LA COMUNICACIÓN DE SUBASTA Y LA PRIORIDAD REGISTRAL
EN LA PROVINCIA DE CORDOBA.
UN ANALISIS DE SITUACIONES CONTROVERTIDAS
RESPECTO AL TERCERO REGISTRAL.

ALUMNA: MARIA SOLEDAD NOCETTI

CARRERA: ABOGACIA

LEGAJO: ABG05240

AÑO: 2019

Para Eduardo. Para mis padres.
Para Gonzalo, Catalina y Santiago.

Resumen

La adquisición de inmuebles mediante actos de venta judicial ha adquirido una importancia radical, tanto en el ámbito comercial como en el jurídico. Este proyecto pretende analizar la forma en que opera la prioridad registral cuando pese haberse inscripto la comunicación de subasta, no se ha culminado con el trámite administrativo de inscripción en el registro respectivo, conjugando el desplazamiento carente de registración con la posibilidad de los acreedores, tanto del sujeto subastado como del nuevo adquirente, de hacer valer el bien raíz como la prenda común de sus garantías.

Frente a esta problemática y a la incorporación del art. 1170 del Código Civil y Comercial de la Nación, que regula la prioridad pero referida al boleto de compraventa, cabe el cuestionamiento, en la provincia de Córdoba, frente a un embargo posterior al remate ¿puede el adquirente invocar prioridad si se registró la comunicación de subasta pero no se finalizó el trámite de inscripción?

Palabras claves: Prioridad registral, subasta pública, comunicación de subasta, tercero registral, embargo.

Abstract

The acquisition of property through acts of judicial sale has acquired a radical importance, both in the commercial sector and the legal. This project aims to analyze the manner in which operates the registry priority when weighing have been registered auction communication, not it has culminated in the administrative procedure of registration in the respective registry, combining lacking displacement of registration with the possibility of creditors, the auctioned subject both the new purchaser, to assert the good root as the common garment of their guarantees. Facing this problem and the incorporation of article 1170 of the Civil Code and commercial of the nation, which regulates the priority but referring to ticket sales, is worth questioning, in the province of Cordoba, opposite an embargo after the auction would can the acquirer invoke priority if registered auction communication but not completed the enrollment process?

Key words: Priority registration, auction public, auction communication, third party registration, but.

Índice

Resumen.....	3
Abstract.....	3
Introducción	8
Capítulo 1:.....	11
Aspectos Generales.....	12
1.1 Derecho real.....	12
1.1.1. Concepto.....	12
1.1.2. Comparación del derecho real con el derecho personal.....	15
1.2. Sistema de numerus clausus. Enumeración. Adquisición y extinción de los derechos reales.....	17
1.3. El dominio.....	21
1.3.1. Concepto. La adquisición y la extinción del dominio en el ordenamiento jurídico argentino.....	21
1.4. La publicidad en materia de inmuebles. La oponibilidad frente a los terceros. Los sistemas registrales.....	23
1.5. El principio de buena fe.....	28
1.6. El principio de prioridad registral.....	29
1.7. Breve conceptualización de los institutos de subasta pública y boleto de compraventa. ..	31
1.8. Conclusión.....	34
Capítulo 2:.....	36
La oponibilidad de la adquisición de inmuebles por subasta pública y su similitud respecto al nuevo régimen establecido para el boleto de compraventa	37
2.1. La subasta judicial.....	37
2.1.1. Regulación actual. Procedimiento. Perfeccionamiento.....	37

2.2. La publicidad en la subasta pública	40
2.3. El instituto de la comunicación de subasta	42
2.3.1 Régimen vigente en la provincia de Córdoba. La resolución general número 1/2008 del registro general de la provincia.	42
2.4. El boleto de compraventa.....	45
2.4.1. El régimen de oponibilidad establecido por el art. 1170 del código civil y comercial argentino.	45
2.5. Conclusión	50
Capítulo 3:.....	52
Vías procesales idóneas para plantear la prioridad en casos de controversias	53
3.1. Levantamiento liso y llano del embargo ordenado contra el inmueble.	53
3.2. Tercerías.....	55
3.2.1 Definición. Procedencia.....	55
3.2.2. Reglas comunes.	56
3.3. Tercería de mejor derecho	57
3.3.1. Concepto.	57
3.3.2. Regulación legal. Admisibilidad.....	59
3.3.3 Efectos.....	59
3.3.4 Juicio.....	59
3.4 Tercería de dominio	61
3.4.1 Concepto. Regulación legal.	61
3.4.2 Admisibilidad.....	61
3.4.3 Efectos.....	63
3.4.4 Juicio.....	63

3.5 Vía procesal idónea para plantear la prioridad en la provincia de Córdoba en caso de embargo de un inmueble subastado	64
3.6 Conclusión	66
Capítulo 4:.....	68
Análisis Jurisprudencial	69
4.1. Determinación de casos objeto de análisis.....	70
4.2. Análisis comparativo de los fallos seleccionados.....	73
4.3 Conclusión	79
Conclusión final	81
Anexo I:	85
Jurisprudencia	85
Jurisprudencia	86
6.1 Fallo Pailos.....	86
6.1.1 Sumario.....	86
6.2 Fallo Sahade.....	88
6.2.1 Sumario.....	88
6.3 Fallo Pérez.	89
6.3.1 Sumario.....	89
6.4 Fallo Banco Suquía.	91
6.4.1 Sumario.....	91
6.5 Fallo Beltramo.	93
6.5.1 Sumario.....	93
6.6 Fallo Castaño.	95
6.6.1 Sumario.....	95

6.7 Fallo Capria.....	96
6.7.1 Sumario.....	96
Bibliografía.	102
7.1 Doctrina.....	102
7.1.1 Libros.....	102
7.1.2 Revistas.....	102
7.1.3 Ponencias.....	103
7.2 Legislación.....	103
7.2.1 Leyes Nacionales.....	103
7.2.3 Estatutos, Convenios y Resoluciones.....	103
7.3 Jurisprudencia.....	103

Introducción.

En nuestro sistema el principio de prioridad registral opera como la idea fuerza en virtud de la cual se determinan las preferencias y rangos registrales de aquellos actos que tienen por finalidad lograr mutaciones de derechos reales, permitiendo la subsistencia o exclusión de anotaciones que son incompatibles entre sí en los registros respectivos.

El artículo 1892 del código civil y comercial mantiene como únicos requisitos para la adquisición derivada de un derecho real solo la concurrencia de título y modo suficientes, entendiéndose al primero como el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real, y al segundo como la tradición posesoria, en aquellos derechos reales que se ejercen por la posesión. La registración, según el artículo 1893, solo es necesaria a efectos de que el acto real sea oponible a terceros.

A estas pautas generales en la materia cabe agregar por un lado, la regulación específica que rige en la provincia de Córdoba para la subasta pública que, a diferencia de lo que ocurre a nivel nacional, regula la comunicación de subasta como un instituto al que no se le aplican las reglas de la caducidad; y por el otro, lo establecido por el art. 1170 del código civil y comercial que instituye expresamente la prioridad del adquirente de buena fe por boleto de compraventa por sobre un tercero que haya trabado una medida cautelar sobre el inmueble adquirido.

En base a los parámetros referidos, se pretende analizar si en la provincia de Córdoba, frente a un embargo posterior al remate ¿puede el adquirente invocar prioridad si se registró la comunicación de subasta pero no se finalizó el trámite de inscripción? La presente investigación responde el cuestionamiento considerando que una vez aprobado el remate, cancelado el precio, otorgada la posesión al adquirente e inscripta la comunicación de subasta por orden del juzgado interviniente, el bien inmueble queda excluido del patrimonio del titular registral no pudiendo ser embargado por acreedores de éste, aún cuando no se haya culminado con el trámite de inscripción en el registro pertinente. A fin de dar sustento a la hipótesis de trabajo referida se plantean como objetivos específicos el de analizar el régimen argentino de adquisición y extinción de derechos reales, el de oponibilidad de esos derechos frente a terceros; el de caracterizar el régimen de prioridad en el sistema registral argentino y cordobés; el de examinar

el instituto de la subasta pública judicial y la anotación de su comunicación en la provincia de Córdoba y en el resto del país, comparar lo reseñado con el nuevo régimen de oponibilidad del boleto de compraventa; discriminar la vía procesal idónea para plantear la prioridad en casos de controversias y evaluar los antecedentes jurisprudenciales en torno al tema.

Estos objetivos específicos se ven reflejados en el desarrollo, en un primer capítulo, de los aspectos generales de la materia abordada a saber, la conceptualización de los derechos reales, su comparación con los derechos personales, el sistema del *numerus clausus*; el dominio y su forma de adquisición y extensión en el régimen legal de nuestro país; la publicidad en materia de adquisición de inmuebles, la oponibilidad frente a terceros y los sistemas registrales vigentes; el principio de buena fe, el régimen de prioridad en el sistema registral argentino y cordobés y por último una breve conceptualización del remate judicial y del boleto de compraventa. En un segundo apartado se examina de manera más detallada el instituto de la subasta pública, sus principales características, requisitos de perfeccionamiento y su implementación en el ámbito nacional y provincial, se coteja la implementación del instituto de la comunicación de subasta en la provincia de Córdoba y en la Nación, evaluando sus ventajas y desventajas; se evalúa la regulación establecida para el boleto de compraventa, en especial lo preceptuado por el art. 1170 del código civil y comercial de la nación y se comparan las semejanzas y diferencias en la oponibilidad frente a terceros de este instituto respecto a las adquisiciones de inmuebles realizadas mediante subasta. Sentadas estas bases, se consideran en el tercer capítulo los diferentes remedios procesales para plantear la prioridad en caso de controversias analizando tres posibilidades, el levantamiento liso y llano del embargo, la tercería de mejor derecho y la tercería de dominio; fundamentando con posterioridad el porqué de la elección de ésta última como la vía más idónea para esgrimir la defensa del adquirente en subasta. Para finalizar, en un último apartado se expone un breve análisis de casos jurisprudenciales referentes a la temática elegida, sobre los que se sientan los fundamentos principales vertidos en este trabajo.

En cuanto a la metodología utilizada, cabe destacar que se implementa una investigación del tipo descriptiva, por cuanto se señalan las características generales que posee la prioridad registral en materia de inscripción de bienes inmuebles en Córdoba, puntualizando la naturaleza de este fenómeno frente a particularidades específicas como lo son el régimen del remate público

y la nueva regulación del código civil y comercial en materia de adquisición de inmuebles por boleto de compraventa, entre otras cuestiones. También participa de las características de una investigación correlacional en cuanto se estudian las variables posibles que surgen de los fundamentos explicitados en la investigación descriptiva previa, comparándolas. Por último, se aplica un criterio cualitativo que parte de lo expresado por doctrina y jurisprudencia respecto a cómo opera el principio de prioridad registral en el supuesto planteado sin efectuar un análisis estadístico de dichas posiciones sino sobre la base de la observación y aplicación de aspectos descriptivos.

Así entonces, aplicando los criterios de investigación referidos, se analiza de manera concluyente como en la provincia de Córdoba el comprador de un inmueble en subasta pública puede ejercer la defensa de su adquisición, frente a la pretensión de un embargante que, amparándose en la falta de registración de la subasta pretende ejecutar un crédito contra el titular anterior del bien, y más allá aún, como puede plantear la defensa mediante la interposición de una tercería de dominio.

Sentados estos lineamientos generales, se está en condiciones de comenzar con el desarrollo del contenido referido.

Capítulo 1:
Aspectos Generales.

Aspectos Generales.

El objetivo principal de este trabajo consiste en fundamentar por que en la provincia de Córdoba, frente a un embargo posterior al remate el adquirente puede invocar la prioridad de su derecho, si pese a no haber concluido el trámite de inscripción se encuentra registrada la comunicación de subasta. Antes de adentrar en el análisis de la conjetura planteada resulta oportuno desarrollar algunos aspectos generales que hacen a la materia para, desde allí, partir al análisis pormenorizado de la cuestión central objeto de investigación, cual es, la prioridad y el tercero registral en situaciones controvertidas.

A continuación se brindarán pautas y conceptualizaciones acerca de los derechos reales en general, del dominio en particular, su régimen de adquisición y extinción en Argentina, los sistemas registrales y la oponibilidad frente a terceros. También se dará una somera idea acerca de la subasta judicial, por ser el instituto específico a analizar en esta investigación, el régimen del boleto de compraventa por encontrar cierta similitud en la nueva regulación del art. 1170 del código civil y comercial; y por sobre todo, una introducción al principio de prioridad registral y su operativización en situaciones conflictivas.

1.1 Derecho real.

1.1.1. Concepto.

Para comenzar a desarrollar el tema conviene hacer un paneo general de algunos conceptos básicos, entre ellos el de derecho real.

Abella y Mariani de Vidal, citando a Allende nos dicen que:

El derecho real es un derecho absoluto, de contenido patrimonial, cuyas normas sustancialmente de orden público, establecen entre una persona y una cosa una relación inmediata, que previa publicidad, obliga a la sociedad a abstenerse de realizar cualquier acto contrario a él, naciendo para el caso de violación una acción real y que otorga a sus titulares las ventajas inherentes al *ius preferendi* y al *ius persecuendi*. (Abella A. y Mariani de Vidal M. 2016 – 1. Pág. 1).

Continúan sosteniendo las autoras, lo preceptuado por el art. 1882 del C.C y C.:

Concepto: El derecho real es el poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia y las demás previstas en este código. (Abella A. y Mariani de Vidal M. 2016– 1. Pág. 1).

Se ha dicho que los derechos pueden ser subjetivos u objetivos. Los primeros importan una serie de facultades y atribuciones a favor de una persona otorgadas por el ordenamiento jurídico, que la autoriza a obrar en protección de sus intereses. En cuanto a los segundos se los ha entendido como el conjunto de normas impuestas por el Estado que tienen como principal objetivo regular la conducta humana. No cabe duda entonces que los derechos reales son derechos subjetivos porque conceden a su titular facultades sobre una cosa, estando esas potestades amparadas entonces por el ordenamiento jurídico. Los derechos subjetivos, a su vez pueden dividirse en derechos patrimoniales o extra-patrimoniales según si el objeto de esos derechos son susceptibles o no de tener un valor económico; y en cuanto a su oponibilidad pueden clasificarse en derechos subjetivos absolutos, es decir pueden ejercerse frente a cualquier persona, estando obligada a respetarlo toda la sociedad, o también pueden ser derechos subjetivos relativos, es decir, ser eficaces solo respecto a una persona o personas determinadas.

Bajo estos lineamientos, se sostiene que los derechos reales son derechos subjetivos, de contenido patrimonial y que son a su vez derechos absolutos. La principal contraposición, como se verá más adelante, se da en torno a los derechos personales, surgiendo diversas teorías que conceptualizan al derecho real. La primera de ellas es la denominada teoría clásica, llamada también dualista porque toma como punto de partida la distinción antes referida entre derechos reales y personales, considerando que los primeros son aquellos que crean entre una persona y una cosa una relación directa e inmediata permitiéndole obtener al sujeto todos los beneficios que esa cosa pueda darle. Se deriva de ello que en los derechos reales son solo dos los elementos; el sujeto y la cosa. Los derechos personales en cambio generan la facultad de obligar a una persona de manera individual a una prestación de dar, hacer o no hacer algo a favor de otra, por lo que los elementos pasarían a ser tres, sujeto activo, sujeto pasivo y prestación. La principal diferencia que la teoría detecta es la existencia o no de un sujeto pasivo determinado aludiendo, en consecuencia, al diferente grado de oponibilidad de ambos tipos de derechos.

En contraposición a la teoría clásica se desarrolló la doctrina unitaria que, a diferencia de la anterior, considera que toda relación de derecho se establece solo entre personas, por lo que no encuentra diferencia entre derechos reales y personales. Dentro de éste lineamiento, algunos consideran que el derecho real también sería de naturaleza obligacional, siendo su objeto la prestación de omisión que pesaría en todos los integrantes de la sociedad al abstenerse de interferir en el ejercicio del derecho por parte del titular. Este deber se traduce en una obligación de carácter universal, debido a que el sujeto pasivo es ilimitado. Por otro lado están aquellos que, dentro de la doctrina unitaria, adquieren una postura realista, considerando que todo se reduce a una relación entre patrimonios, despersonalizando de ese modo el derecho subjetivo y sosteniendo que siempre la relación será de un sujeto con una cosa, aún en los derechos personales, donde, si el deudor no cumple el acreedor puede ejecutar su patrimonio por ser ésta la prenda común de los acreedores. Las críticas a ambos puntos de vista fueron diversas dando lugar a la teoría moderna, la cual toma de la clásica la relación del hombre con la cosa, y considera que la atención debe centrarse en esa potestad directa que el sujeto realiza sobre ella, denominando a éste extremo el aspecto interno del derecho real. Sin embargo, la postura recalca que, además de este aspecto interno o estático, en el derecho real también se encuentra el aspecto externo que se traduce en una obligación o relación entre el sujeto activo o titular del derecho real y el sujeto pasivo que estaría conformado por el resto de la comunidad; comunidad ésta que encuentra constreñida a asumir una conducta de respeto y abstención de actividades que puedan restringir o menoscabar la autonomía del ejercicio del derecho por parte del titular. Es por ello que este aspecto externo también ha sido denominado elemento dinámico del derecho real.

Sin dudas, esta última doctrina es la que se recepta en la actualidad y que trasciende en la definición que Kipper (2016) y Mariani de Vidal (2003) toman de Guillermo Allende y que se expusiera precedentemente. Si bien reconoce la importancia que la teoría clásica pone en la relación del hombre con la cosa, procura también destacar el valor de la oponibilidad erga omnes y de los derechos de preferencia y persecución que se derivan del ejercicio de un derecho real.

El devenir de las diferentes doctrinas se plasmó también en un cambio de criterio en la normativa de fondo. El código civil derogado no contenía de manera expresa un concepto de derecho real, como sí lo hace el código civil y comercial. Anteriormente solo se encontraban

algunas conceptualizaciones que el codificador había tenido en cuenta, como ser la nota al art. 497 y al título IV del libro III en donde Vélez, citando a Ortolan y Demolombe dejaba entrever una definición partiendo de la diferencia entre derechos reales y personales. Bajo este cambio de criterio y como se hiciera referencia, el nuevo código sí define el derecho real en su art. 1882, considerándolo un poder jurídico que implica un cúmulo de facultades sobre cosas determinadas, que es de carácter patrimonial y que se encuentra regulado principalmente por normas de orden público, excluyéndose de éste modo su regulación por parte de los particulares. Esas facultades que se le atribuyen al titular son principalmente de persecución y preferencia reguladas actualmente de manera explícita en el art. 1886 del C.C.C y C. que se traducen en la posibilidad del titular de perseguir la cosa en manos de quien se encuentre y de hacer valer su preferencia respecto a otro derecho real o personal que haya adquirido oponibilidad posteriormente. A éstas deben agregarse, las demás prerrogativas establecidas en el código que surgen del contenido general de los derechos reales, como así también las referidas a cada tipo de derecho real de que se trate.

1.1.2. Comparación del derecho real con el derecho personal.

Habiéndolo conceptualizado, es oportuno efectuar la comparación con los derechos personales. Como refiere Kipper (2016), se entiende que los primeros son aquellos que crean una relación directa e inmediata del sujeto con la cosa, que es su objeto y a los segundos como aquellos que determinan una relación entre dos sujetos, acreedor y deudor, de donde se deriva la facultad de exigir del otro una contraprestación. Ambos son derechos patrimoniales, pero se pueden destacar de ellos las siguientes diferencias:

- a) En cuanto al objeto: Como se dijera al conceptualizarlos, los derechos reales recaen sobre cosas, tomándolas en el sentido establecido en el art. 16 del código civil y comercial. El concepto de cosa abarca bienes materiales, energía y fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre. Así mismo y de conformidad al art. 17, quedan exceptuadas del concepto las partes del cuerpo humano. Por último, para que esa cosa pueda ser objeto de derechos reales, debe ser actual y determinada, por cuanto no se concibe el ejercicio de las facultades conferidas al titular sobre cosas que sean futuras o inciertas. Los

derechos personales en cambio, se originan por la relación de dos personas, en virtud de la cual una de ellas debe cumplir una prestación de dar, de hacer, o de no hacer a favor de la otra. El objeto entonces, está dado en uno por una cosa determinada y en el otro por una actividad que una de las partes debe a favor de la otra.

- b) En cuanto a los sujetos: En principio puede decirse que en los derechos personales encontramos dos sujetos, acreedor, facultado a exigir una prestación de dar, hacer o no hacer algo por parte del deudor y a éste último, obligado al cumplimiento de la obligación; mientras que en los derechos reales solo hay uno, el titular de la cosa, que ejerce su poderío sobre ésta y se transforma en el sujeto activo del derecho. Como se viera, parte de la discusión entre las diferentes teorías señaladas precedentemente, recaían en que para los clásicos no existe en los derechos reales un sujeto pasivo, postura que comenzó a abandonarse al cobrar relevancia el aspecto externo de los mismos vinculado con la oponibilidad del derecho frente a terceros y que se traduce en el respeto que debe tener el resto de la sociedad al ejercicio regular del derecho real por parte del titular. En consecuencia, lo que se debe destacar es que ambos se diferencian en algún punto en el aspecto interno de la relación, manteniéndose la coincidencia en el aspecto externo referido a la oponibilidad frente a terceros.
- c) Oponibilidad: Mientras los derechos reales son absolutos y en consecuencia, oponibles erga omnes, los derechos personales solo pueden hacerse valer contra el deudor u obligado al cumplimiento. El efecto de esta particularidad reside en la necesaria publicidad que requieren los derechos reales para que sean oponibles y respetados por todos, mientras que en los derechos personales, derivado de su relatividad, solo se exige que sean conocidos por las partes.
- d) Prescripción: En tanto que en los derechos reales, si se suman otros requisitos, el transcurso del tiempo opera como modo de adquisición; en los derechos personales la prescripción solo funciona como modo de extinción del derecho.
- e) Autonomía de la voluntad y orden público: En los derechos reales la autonomía de la voluntad juega un papel mucho mas acotado que en los derechos

personales, debido a que, como se explicará más adelante, nuestro ordenamiento adopta un sistema cerrado que no permite crear nuevos derechos que no sean los dispuestos legalmente. En otro extremo, en materia de derechos personales se deja a criterio de las partes la creación de las relaciones jurídicas, su extensión y la naturaleza de su contenido, con la única limitación del respeto al orden público, la moral, las buenas costumbres y la buena fe.

- f) En cuanto a su duración: En los derechos reales las facultades y beneficios que se le otorgan al titular sobre la cosa permanecen en principio, en el tiempo, derivándose de ello su carácter estático. Por el contrario, los derechos personales son siempre temporarios y concluyen con el cumplimiento de la prestación, atribuyéndoseles en el desenvolvimiento del tráfico jurídico un carácter dinámico.
- g) Facultades *ius perseguendi* y *ius preferendi*: Los derechos reales acuerdan a su titular la facultad de perseguir la cosa en manos de quien se encuentre, como así también el derecho a ser preferido en el ejercicio del derecho respecto a otros derechos reales constituidos sobre la misma cosa, sean éstos de igual o de distinta naturaleza; facultades ambas que no se encuentran presentes en el ejercicio de los derechos personales.

1.2. Sistema de numerus clausus. Enumeración. Adquisición y extinción de los derechos reales.

En el estudio del derecho real cabe destacar como relevantes, dos aspectos más, el primero de ellos es el sistema de número cerrado y el segundo el régimen de adquisición y extinción. En cuanto al sistema de numerus clausus que impera en nuestro país, puede referirse que está regulado en el actual 1884 del código civil y comercial, y consiste en el régimen en virtud del cual los derechos reales solo pueden ser establecidos por la ley en cuanto a su elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración, y extinción; siendo nula cualquier convención de los particulares al respecto. Resulta inadmisibles, entonces, la configuración de un derecho que no sea de los previstos expresamente en la normativa, sea ésta código civil y comercial o sea una ley diferente emanada del Congreso.

El legislador los enumeró en el art. 1887 del código, considerándose entonces como derechos reales el dominio, el condominio, la propiedad horizontal, los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido, los cementerios privados, la superficie, el usufructo, el uso, la habitación, la servidumbre, la hipoteca, la anticresis y la prenda. Fuera del código se regulan también la hipoteca aeronáutica, los debentures, los warrants, la prenda con registro, entre otros.

Como consecuencia de la adopción del sistema de número cerrado y como se referenciara anteriormente, se limita la actuación de la voluntad de las partes en cuanto a la configuración de un derecho real no previsto. Como lo establece el art. 1884 del código civil y comercial, la regulación de los derechos reales en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción es determinada solo por la ley, estableciendo de ese modo el carácter de orden público de los mismos. En caso de que las partes se aparten de este precepto, la norma prevé como sanción la nulidad de lo acordado.

Distinta es la cuestión en materia de derechos personales o regímenes legales de número abierto, en donde lo que reina es la libre voluntad de las partes. Allí, las reglas jurídicas cumplen un rol supletorio al acuerdo y solo se aplicarán para los casos de falta de convención o incompletitud de la misma.

Como corolario de la adopción del sistema de *numerus clausus* el art. 1887 del C.C. y C. establece: “Enumeración: Son derechos reales en este código: El dominio; el condominio; la propiedad horizontal; los conjuntos inmobiliarios; el tiempo compartido; el cementerio privado; la superficie; el usufructo; el uso; la habitación; la servidumbre; la hipoteca; la anticresis; la prenda”.

La seguridad que brinda la tipicidad permite conocer tanto a los adquirentes como a los terceros el contenido del derecho que se señala, brindando mayor seguridad y protección a los contratantes. Ante la necesidad de creación de nuevos derechos, es el legislador el que deberá considerar la ampliación de la nómina sea mediante modificación del articulado del código, sea mediante el dictado de leyes especiales siempre que sean de orden nacional, estándole vedado a las provincias y municipios la creación de nuevos derechos reales diferentes a los previstos legalmente.

En segundo término, en cuanto a la adquisición de los derechos reales, debe destacarse que la nueva regulación del C.C. y C. determina una parte general dedicada a regular la adquisición transmisión, extinción y oponibilidad de los derechos reales en el capítulo 2, del título I, del libro cuarto, regulando de este modo aquellas características que son comunes a todos ellos; determinando las particulares en la regulación específica de cada derecho real.

De este modo, puede decirse que existen diferentes modos de adquirir los derechos reales, pudiendo ser:

- 1) Adquisición originaria o derivada: La primera, opera cuando el sujeto adquiere la cosa por sí mismo sin recibirla de un titular anterior o desvinculada de un antecesor, es decir cuando la cosa no tiene dueño, ha sido abandonada por éste o porque el sujeto la adquiere a pesar del derecho de un titular anterior, como por ejemplo en la accesión o en la usucapión.
- 2) Por actos entre vivos o mortis causa, según requieran o no la muerte del titular para que se produzca la transmisión.
- 3) Gratuita u onerosa, según haya o no una contraprestación pecuniaria o un sacrificio a soportar por el adquirente.
- 4) A título universal o a título particular: Según si la adquisición es de una universalidad jurídica o una parte alícuota de ésta o si es de bienes determinados.

Por otro lado, existen para la adquisición derivada por actos entre vivos diferentes sistemas que regulan la transmisión. Así encontramos:

a) Sistemas puramente consensuales: Como por ejemplo el sistema francés, en el que el contrato celebrado entre las partes no solo crea la obligación de transmitir el bien sino que opera la misma transmisión, es decir es traslativo de la propiedad. En él, la obligación de transmitir se cumple de manera automática, por el simple consentimiento.

b) Sistemas abstractos: Como el alemán, en el que se requerirá, a fin de la transmisión del dominio, el acuerdo entre las partes que es traslativo y abstracto por que produce efectos con

independencia del acto causal y además, la entrega de la cosa cuando éstas sean muebles o la inscripción constitutiva en el registro cuando se trate de inmuebles.

c) Por último, encontramos el sistema de título y modo, que es el establecido en nuestro código civil y comercial en su art. 1892 y que requiere para la adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real la concurrencia de título y modo suficientes, entendiéndose al primero como un acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real y al segundo, como la manera de cumplir con ese título. El art. 1982 menciona tres modos suficientes, a saber:

1) La tradición posesoria como modo genérico para todos los derechos reales que se ejercen por la posesión,

2) La inscripción registral constitutiva, para los casos en que legalmente esté previsto, y por último

3) El primer uso, solo para el supuesto de las servidumbres activas.

El art. 1982 del C.C. y C. determina también que para todos los casos se requerirá además de título y modo, que sus otorgantes estén legitimados al efecto y que sean capaces para llevar a cabo el acto de que se trate; traduciéndose estos requisitos en la titularidad del derecho que se pretende transmitir y la aptitud jurídica suficiente para hacerlo.

Por último, en cuanto a la extinción del dominio el C.C. y C., a diferencia del código anterior, establece modos o causas generales de extinción, comunes a todos los derechos reales, estableciendo en su art. 1907 que los mismos se extinguen por destrucción total de la cosa si la ley no autoriza su reconstrucción; también por su abandono y por último, por la consolidación de los derechos reales sobre cosa ajena. Si bien estas causas pueden considerarse generales, no son las únicas, sino que deben conjugarse con aquellas específicas a cada derecho real según se trate. Así entonces se encuentran el no uso en el usufructo, la enajenación en el dominio, la transformación, la accesión, la usucapión o la expropiación.

1.3. El dominio.

1.3.1. Concepto. La adquisición y la extinción del dominio en el ordenamiento jurídico argentino.

Habiendo conceptualizado y caracterizado los derechos reales, cabe ahora efectuar una consideración referente al dominio, que por incorporación en la enumeración prevista del art. 1887 del código civil y comercial queda subsumido como especie dentro de dicho género.

Partiendo, entonces, de la base establecida por el sistema de *numerus clausus* se destaca que el dominio es un derecho real y participa de ciertos caracteres. Se lo define en el art. 1941 del nuevo código como el derecho real que otorga todas las facultades de usar, gozar, y disponer material y jurídicamente de una cosa, dentro de los límites previstos en la ley. El mismo artículo determina que se lo presume perfecto hasta que se pruebe lo contrario.

Se trata del más amplio señorío que puede tenerse sobre una cosa porque a diferencia de otros derechos reales, otorga todas las facultades posibles y no solo alguna de ellas. Abarca la posibilidad de usarla o servirse de la cosa para todas las finalidades para la que se la crea conveniente; también la de gozar de ella percibiendo sus frutos, sean civiles o naturales, como así también los provechos o ventajas que la cosa es capaz de brindar y por último, disponer de la cosa, abarcando la posibilidad de enajenarla, afectarla o consumirla, dentro de los límites legales previstos.

Abella y Mariani de Vidal (2016-1) dejan plasmado este aspecto cuando manifiestan que:

El titular de dominio tiene la plena *in re potestas*. La diferencia con los demás derechos reales, a los que les corresponde el ejercicio de determinadas facultades sobre la cosa; el dueño tiene todas las posibles, por más que, naturalmente, deba obrar dentro de los límites que le marca el ordenamiento jurídico. (P. 87)

Que el hombre viva en sociedad requiere necesariamente que se reglamenten sus derechos individuales en post de esa colectividad de la que forma parte, reglamentación que implicará la limitación de sus derechos en la medida que sea necesario para salvaguardar el interés de esa comunidad, en cumplimiento de lo que se considera la función social de la propiedad,

Se señala, así mismo, que el derecho de dominio participa de ciertos caracteres que lo identifican a saber:

- a) Perpetuidad, (art. 1942 C.C. y C.) porque no tiene límite en el tiempo y por que subsiste con independencia de su ejercicio, dejándose a salvo los casos de prescripción adquisitiva.
- b) Exclusividad, (art. 1943 y 1944) que abarca tres aspectos, la exclusividad en cuanto al sujeto, ya que el dominio no puede tener más de un titular; la exclusividad en cuanto al título, porque el que adquiere la cosa por un título no puede luego adquirirla por otro distinto, si no es por lo que le falta al primero y por último la exclusividad respecto de terceros, que otorga la facultad de exclusión respecto a extraños del uso, goce o disposición de la cosa, removiendo de propia autoridad los objetos puestos en ella o encerrando los inmuebles con muros, cercos o fosos, según la normativa local vigente.
- c) Absolutez: Que implica la posibilidad de disposición jurídica y material a la que refiriera con anterioridad.
- d) Abstracción, porque tiene una existencia distinta e independiente a la suma de sus facultades, aunque también pueda ser menos cuando se encuentre limitado.
- e) Plenitud, por que comprende la generalidad de las facultades de uso, goce y disposición, pudiendo su titular hacer con la cosa todo lo que no le esté prohibido.
- f) Indeterminación, siendo la enumeración de los poderes otorgados al dueño siempre incompleta.
- g) Elasticidad, porque se considera que aún cuando el dominio pueda limitarse temporalmente por derechos concurrentes sobre la cosa, o por limitaciones de orden público, una vez que cesan el titular recupera la idoneidad del derecho de dominio expandiéndose al normal contenido de éste. (Alterini, 2015)

En cuanto a su extensión, el dominio de una cosa abarca también el de los objetos que forman un todo con ella y el de sus accesorios, entendiéndose por tales aquellas que en cuanto a su existencia y naturaleza están determinadas por otras cosas de la cuales dependen o están

adheridas. Cuando se trata de bienes inmueble el dominio alcanza a su subsuelo y al espacio aéreo que abarca.

Por último, cabe tomar la referencia que Abella y Mariani de Vidal (2016) efectúan respecto a los modos de adquisición del dominio, resaltando que ellos son los hechos o actos jurídicos de los que puede resultar la adquisición de este derecho real. Estos modos pueden clasificarse según la doctrina en originarios o derivados. Por modos originarios se entienden aquellos en los cuales no hay un titular antecesor de la cosa, razón por la cual el que adquiere no tendrá limitación alguna en el ejercicio de sus facultades. Son modos derivados en cambio, aquellos en los que el derecho es transmitido de un titular a otro, es decir, hay un titular anterior que transfiere a otro nuevo, recibéndolo éste con las mismas limitaciones que le anterior tenía en su ejercicio.

Se consideran, entonces, modos de adquisición del dominio la apropiación de cosas abandonadas, de animales objeto de caza o pesca y de aguas pluviales que caigan en lugares públicos o corran por ellos, el descubrimiento de un tesoro, la accesión a una cosa principal de lo que se le une o incorpora natural o artificialmente, la especificación de una cosa nueva por la elaboración de una determinada materia, la percepción de los frutos que una cosa pueda dar, la sucesión de los derechos del propietario a su fallecimiento, la prescripción adquisitiva, y la tradición que es considerada como la entrega, desplazamiento o puesta a disposición de la cosa, de una persona a otra con su consentimiento.

1.4. La publicidad en materia de inmuebles. La oponibilidad frente a los terceros. Los sistemas registrales.

Destacando nuevamente que esta investigación gira en torno a la imposibilidad de embargar un inmueble subastado en la provincia de Córdoba cuando se ha inscripto ya la comunicación de subasta y habiendo dando un panorama acerca del derecho real en general y del derecho de dominio en particular, conviene ahora ampliar esa conceptualización analizando el régimen de la publicidad registral en materia de bienes raíces.

Se sostiene que del carácter absoluto de los derechos reales, se desprende la necesidad de que sean respetados por toda la sociedad (Mariani de Vidal, 2003). A diferencia de lo que ocurre

en materia de derechos personales, donde solo le es oponible al deudor, en los derechos reales la oponibilidad es erga omnes, y para que este carácter pueda cumplimentarse es necesario que sea conocido. La publicidad juega aquí el papel de medio idóneo para el cumplimiento de esa cognosibilidad.

Moisset de Espanés (2003) agrega también al respecto que es misión del derecho defender la llamada seguridad estática, traducándose ésta en la protección al derechohabiente o a la relación que existe entre un sujeto y una cosa cuando su derecho se ve conculcado por turbaciones o ataques de terceros que de algún modo afectan esa relación. Este interés, refiere, suele encontrar defensa en la exteriorización posesoria del derecho. Pero la norma no debe quedarse ahí, sino que debe atender además a la denominada seguridad dinámica o de tráfico, encargada de proteger a los terceros que se ven involucrados en la circulación de la riqueza. El medio idóneo que aparece para garantizar esa seguridad es la publicidad registral, brindando información acerca del bien que se registra a todas aquellas personas que tengan un interés en los derechos que existen sobre él, más aún cuando son derechos que no tienen manifestación posesoria.

Como se desarrollara en el acápite anterior, existen diferentes sistemas registrales a nivel mundial, el puramente consensual, el abstracto y el de título y modo, adhiriéndose la normativa argentina justamente a éste último.

En sus comienzos, nuestro codificador, sobre las bases del derecho romano, sostuvo que la tradición posesoria operaba como medio de publicidad, advirtiendo la necesaria registración solo en materia de hipotecas. Esto se debía a la imposibilidad de entregar de manera efectiva el bien al que se sujetaba el derecho de garantía por recaer siempre sobre inmuebles.

Sin embargo, con el crecimiento del régimen comercial, el sistema de la tradición resultó insuficiente y las provincias comenzaron a regular en forma aislada el sistema de registro, situación que produjo un grave problema constitucional entre lo establecido por el Código Civil y el poder de policía ejercido efectivamente por las provincias.

Fue recién con la reforma del código introducida por la ley nacional 17.711, que se introdujo el art. 2505 que mantenía el sistema de título y modo para que la constitución del derecho real tenga plenos efectos entre las partes y respecto a aquellas personas que de algún modo participaron del acto, enumeradas taxativamente en los artículos 3135 y 3136 del código civil, pero que implantó la necesidad de la registración a fin de lograr la oponibilidad del acto frente a terceros. Este requisito tornó inevitable el dictado de la ley de registro nacional que, de algún modo, unificó y constitucionalizó el régimen a nivel nacional.

En consonancia, el régimen actual del C.C. y C mantiene el sistema de título y modo en su artículo 1892 pero, además, dispone de manera expresa el régimen de oponibilidad en el artículo siguiente, al preceptuar que la adquisición o transmisión de derechos reales constituidos de conformidad a las disposiciones del código no son oponibles a terceros interesados y de buena fe hasta tanto no tengan la publicidad suficiente, considerándose tal a la inscripción o a la posesión según el caso y aclarando que para el supuesto en que el modo consista en una inscripción constitutiva, la registración será el presupuesto necesario y suficiente para la oponibilidad del derecho real. En último lugar establece que no podrán prevalerse de la falta de registración los sujetos que participaron de los actos, ni aquellos que conocían o deberían conocer la existencia del título del derecho real.

Así entonces, siendo que el caso a analizar recae sobre la transmisión de derechos reales sobre inmuebles mediante subasta pública en conflicto con medidas cautelares ordenadas posteriormente sobre el mismo bien, se desarrollará a continuación la tradición posesoria, por ser éste el sistema bajo el cual se encuadra el supuesto.

En palabras de Jorge Alterini (2016 – IX.) se ha dicho que:

La tradición, poniendo en posesión al nuevo titular del derecho real, implica investidura de poder entendida como desplazamiento de poder del transmitente al adquirente... Si el derecho real implica un poder jurídico de la persona sobre la cosa ese poder de hecho no nace mientras el supuesto poder de hecho no exista efectivamente, y ese poder se obtiene por la tradición. (P. 77)

Sigue sosteniendo el autor en relación al art. 1892 del C.C. y C.

La norma dice en su cuarto párrafo que la inscripción registral es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales sobre cosas registrales en los casos legalmente previstos.

Cuando un registro es constitutivo, el derecho nace solo con la inscripción registral... el derecho real sin la anotación en la oficina respectiva no existe ni siquiera entre las partes... ¿Qué cosas registrables requieren la inscripción constitutiva y cuales simplemente la declarativa? Inscripción constitutiva: automotores... equinos... palomas... Inscripción declarativa: Aeronaves... buques... ganado... los inmuebles. Adelantemos que el requisito de la tradición se mantiene para los inmuebles... (P. 79).

En consecuencia, debe entenderse que la transmisión de dominio sobre inmuebles opera con la concurrencia de título y modo suficientes, adquiriendo plena vigencia entre las partes y respecto a los terceros que conocían o debían conocer la existencia del título. Respecto a aquellos terceros interesados de buena fe que no conocían o debían conocer la existencia del título, es necesario que el acto ostente la publicidad suficiente. Ésta es necesaria debido al carácter absoluto de los derechos reales, que hace que la sociedad esté obligada a respetarlos.

Así entonces, puede decirse que la adquisición del derecho real existe, y lo hace desde el momento en que se dan los requisitos básicos. La inscripción tiene a esos efectos, un carácter puramente declarativo y se limita a perfeccionar la adquisición ya producida para otorgarle la oponibilidad frente a terceros.

Sostiene Alterini (2016 – IX):

La publicidad de los derechos reales que requieren como modo la tradición, no está dada en rigor por ésta misma, sino por la posesión. La tradición es el vehículo a través del cual se inviste de ella al adquirente... En el derecho moderno la posesión conserva todo su valor y tiene –entre otras importantes funciones- la misión de publicitar los derechos reales y parte de la idea de que debe presumirse coincidencia entre el hecho de estar ejercitando un derecho y su exteriorización. (P. 85)

Va de suyo entonces que, cuando se adhiere a un sistema declarativo como el que adopta la normativa de nuestro país en materia de inmuebles, se está permitiendo que el derecho que se invoca nazca fuera del registro, pero para que ese derecho pueda ser oponible a los terceros interesados se requerirá que el mismo sea inscripto en el registro pertinente. En materia de bienes raíces este carácter también surge del art. 2 de la ley 17.801 al preceptuar que la inscripción ordenada es para “su publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones de esta ley”.

Ahora bien, un punto importante a considerar también a esta altura del análisis es que el art. 1892 del código civil y comercial, también exige que el tercero deba ser interesado y de buena fe. Alterini (2015 - IX), citando a Edmundo Gatti dice que “son todos aquellos que de no cumplirse con la publicidad, pueden invocar un interés legítimo en desconocer, en cuanto a ellos respecta, la transmisión o constitución del derecho real de que se trate” (P. 108). Según el autor, la distinción se vincula con los efectos convalidantes y no convalidantes del registro, entendiéndose al primero como aquel que presume la verdad absoluta de la registración de que se trate, por tener el sistema una fuerza purgatoria de los títulos que acceden al registro. Es decir, si se registra un título viciado, el solo hecho de la registración lo habrá purgado. En contraposición a esto, el sistema no convalidante o de mera presunción de legitimidad como el que se adopta en Argentina, establece que la inscripción no convalida títulos ni subsana defectos que éstos adolecieren, es decir no goza de fe pública registral, motivo por el cual solo se presume su completitud e integridad, presunción ésta que será *iuris tantum*. En consecuencia, las registraciones efectuadas al tiempo de la consulta describen en qué situación se encuentra verdaderamente el inmueble, salvo que medie prueba en contrario”.

Atento entonces a los limitados efectos del registro el espectro de terceros interesados será amplio, abarcando a todos aquellos que posean un derecho subjetivo susceptible de tutela respecto al bien raíz en cuestión.

Pero no basta que el tercero solo sea interesado sino que debe ser, además, de buena fe. Para cumplir con este requisito y que la registración le sea inoponible, el tercero debe desconocer la realidad extra-registral, habiendo desplegado la diligencia propia, es decir, cuando pese a haber solicitado los informes pertinentes, no surgieron de ellos las mutaciones jurídicas sufridas por el inmueble. Debe resaltarse también que esta buena fe se presume y que no pueden prevalerse de la falta de registración aquellos que participaron del acto ni los que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real; como así también la influencia que ejerce la realidad posesoria, por que como sostiene Alterini (2015 – IX) “si conoce o debe conocer, con el debido cuidado y previsión que la cosa está siendo objeto de una relación de poder, significa que no puede simplemente confiar en lo inscripto” (P. 115).

1.5. El principio de buena fe.

Se ha considerado que toda acción humana está integrada por elementos internos y externos, y es juzgada desde dos puntos de vista diferentes que se encuentran inspirados en dos modos de actuar también diversos. Esos modos de juzgar son la moral, como enjuiciamiento subjetivo y el derecho, como modo intersubjetivo. Con base en estos dos modos de juzgar, el ordenamiento jurídico se articula con valoraciones positivas proyectadas en ciertos paradigmas en los que la sociedad asienta sus vivencias. La buena fe es uno de ellos, no constituye una norma jurídica sino un principio jurídico fundamental, configurando uno de los criterios básicos para la apreciación de las normas, para su interpretación y para su aplicación.

Lorenzetti (2004 – parte general) manifiesta al respecto:

La buena fe es un principio general porque constituye un mandato de optimización, en cuanto ordena reglas de comportamiento cooperativo en la mayor medida posible en el caso... constituye una regla abierta de interpretación y aplicación para que el juez la utilice en el caso, contemplando las circunstancias de tiempo, lugar y costumbres (P. 145).

La buena fe se inmiscuye en todo el ordenamiento jurídico, se hace alusión a ella en situaciones concretas, como por ejemplo en la usurpación, en el matrimonio, en el fraude contra los acreedores, en la garantía de evicción y también en la figura del adquirente de buena fe, entre otras. En la interpretación de los contratos aparece como una convicción de no perjudicar a otro, de no defraudar la ley, en el honesto, leal y justo cumplimiento de los negocios jurídicos, implicando un actuar procedente del error o ignorancia pero sin ánimo de perjudicar. En todos los casos donde la normativa establece consecuencias expresas o implícitas sobre la existencia de la buena fe, le atribuye la facultad de suprimir nulidades, integrar capacidades, sanar vicios; pero para que estas consecuencias se produzcan, no basta con la mera creencia del agente sino que, además, es necesario que éste ponga la diligencia necesaria para alcanzar un exacto conocimiento de las cosas, aún cuando no lo consiga.

Ligado a este punto se encuentra el aspecto de la prueba del actuar del agente. Se parte de la regla general de que la buena fe se presume, siempre que la ley no exija una comprobación previa. Esta presunción, que es *iuris tantum* y que implica partir de una conducta diligente, honesta y justa, cede ante la simple prueba en contrario.

Ahora bien, ¿Cuál es la razón para incorporar el estudio del principio de buena fe en el supuesto objeto de análisis? Como se desarrollará más adelante, la normativa de fondo, luego de la ley 26.994, ha establecido de manera categórica el amparo los compradores de inmuebles por boleto de compraventa, frente a la traba de medidas cautelares posteriores cuando, entre otros requisitos a cumplimentar, el bien se adquiere de buena fe. Además de ello, como también se considerará, es indispensable que el acreedor que embarga el inmueble, que figura registralmente a nombre del titular anterior pero que tiene inscripta la comunicación de subasta, efectúe todas las diligencias necesarias para cerciorarse de sí ha operado o no la transmisión del dominio que acusa ese asiento de comunicación inscripto y que por cierto no tiene plazo de caducidad.

Cuando se pretende determinar en qué casos habrá efectivo conocimiento del embargante, existen dos posturas contrapuestas, la que solo da preeminencia a la publicidad registral y la que también admite la publicidad posesoria. Deberá probarse entonces que el embargante tenía pleno conocimiento de la situación del inmueble y que, pese a constarle la registración de que efectivamente la subasta se llevó a cabo, procedió a trabar la medida cautelar y pretender su ejecución.

1.6. El principio de prioridad registral.

Como se viera en el apartado anterior, el ordenamiento jurídico está conformado por normas y por principios. En materia registral las leyes que regulan las diferentes cuestiones o controversias también están inspiradas en principios básicos o ideas fuerzas que hacen a la publicidad registral y que han sido desprendidos por el esfuerzo de la doctrina (Moisset de Espanés, 2003). Entre ellos encontramos al principio de prioridad registral.

En su obra el autor insiste en que la prioridad no es principio de la publicidad, sino un elemento de todos los derechos reales y que se encuentra afectado de diferentes modos, según sea el sistema registral que se adopte, sosteniendo que en nuestro sistema, el principio cardinal con respecto a la prioridad es el de la adjudicación automática de preferencia a los derechos reales (Moisset de Espanés, 2003).

En el ámbito civil, el principio de prioridad se encuentra regulado en materia de hipotecas, como así también, en materia de derechos reales no inscribibles en los cuales la publicidad se logra mediante la posesión; y por último, de una forma más genérica, en la sección

del código dedicada a las obligaciones. El punto de partida, lo constituye sin duda alguna los actuales arts. 756 y 757 que regulan la cuestión de la concurrencia de acreedores, sea que ésta se dé sobre una cosa inmueble o una mueble respectivamente y que de algún modo plasma el principio primero en el tiempo, primero en el derecho. La pauta mencionada se traduce en la regla según la cual, de existir controversia entre partes que por alguna razón alegan derechos sobre una misma cosa, se entenderá que tiene preferencia aquella que primero haya efectuado el acto con eficacia jurídica suficiente para atribuírselo. Cuando se trata de inmuebles, dice el código, y todos los acreedores que reclaman la cosa son de buena fe y a título oneroso, tiene mejor derecho el que tiene emplazamiento registral y tradición, en segundo lugar, el que tiene la tradición, en tercer lugar el que tiene el emplazamiento registral precedente, y en todos los demás casos, el que tiene el título de fecha cierta anterior. Cuando se trate de bienes muebles serán, el emplazamiento registral si fueren cosas que se registran, la tradición si fuera no registrable y el título de fecha cierta anterior en los demás supuestos. En ambos casos, queda a salvo la posibilidad del acreedor frustrado de reclamar al deudor los daños y perjuicios ocasionados, siempre que se trate de un acreedor de buena fe.

Sentadas estas bases, es propicio destacar la influencia que ha ejercido la ley de registro nacional en éste aspecto, ya que ha plasmado en forma expresa en su art. 19, el principio en cuestión, al determinar que la prioridad se establece por la fecha de inscripción del derecho de que se trate. Esta cuestión está íntimamente relacionada con lo que en materia de publicidad registral se denomina seguridad estática y seguridad dinámica. Sostiene Moisset de Espanés (2003) que: “el derecho debe brindar protección al derechohabiente o a la relación que existe entre un sujeto y una cosa pero así también debe proteger al tráfico o a los terceros que se ven involucrados en la circulación de la riqueza” (P. 14). El primer aspecto, el de la seguridad estática, dice el mismo autor, suele encontrar defensa suficiente en la exteriorización posesoria del derecho y en la segunda, la dinámica, suele aparecer la publicidad registral como medio idóneo para contribuir a la seguridad del tráfico, como una consecuencia de la necesidad de protegerlo.

Sigue sosteniendo el autor que el art. 19 de la ley de registro nacional, determina que en materia de inmuebles la prioridad entre dos o más inscripciones o anotaciones relativas al mismo

inmueble se establecerá por la fecha y número de presentación asignado a los documentos, dejando a salvo la posibilidad que tendrán las partes para voluntariamente establecer otro orden de prelación para sus derechos autorizando la prioridad compartida, siempre que se respete el principio de especialidad y se brinde la debida publicidad al acuerdo (Moisset de Espanés, 2003). Esta cuestión cobra relevancia indiscutida en materia de reserva de rango hipotecario, donde se permite a los interesados reservar la posibilidad de constituir ulteriormente una hipoteca de grado preferente y en el caso de existir controversia entre partes que alegan iguales derechos sobre el inmueble, se entiende que tiene preferencia en el derecho aquella que primero haya realizado un acto con eficacia jurídica suficiente a tal fin (en el caso de una hipoteca, la que primero la haya inscripto en el registro de la propiedad).

Como se analizará oportunamente, cuando se trata de adquisición de inmuebles por subasta pública, el régimen de inscripción adquiere una modalidad peculiar, sobre todo en la Provincia de Córdoba, lo que indiscutiblemente puede hacer variar la prioridad registral que se viene considerando. Un caso similar puede presentarse con el boleto de compraventa que, con la incorporación de los arts. 1170 y 1171 han sufrido modificaciones de importancia en su regulación. Pese a que se dedicará un capítulo completo al análisis de ambos institutos, cabe acá referir de manera escueta que se entenderá por cada uno de ellos.

1.7. Breve conceptualización de los institutos de subasta pública y boleto de compraventa.

Para definir la subasta o remate público se tomará el concepto brindado por Vénica (1998) quien sostiene que:

... la subasta es la venta pública de bienes al mejor postor, hecha por mandato judicial... toda venta ordenada o autorizada por el juez en un proceso... Cuando se efectúa como medio de ejecución procesal forzada, aparece una figura con caracteres propios, cuya nota distintiva es la coactividad, que se verifica con prescindencia de la voluntad del dueño de los bienes, sujeta a normas legales que la atañen y a las reglas fijadas por el juez... es un acto judicial, en el que el martillero procede como delegado del juez. (P. 21)

Este es el concepto que puede tomarse desde una mirada jurídica, es decir, el de la subasta pública obligada, pero debe resaltarse también que existen subastas que son voluntarias y que implican que el titular de la cosa subastada decida libremente su venta, sometiéndola al

procedimiento del mejor postor para un mejor provecho del precio logrado. A pesar de las semejanzas, la diferencia principal entre ambas radica en el proceso de ejecución judicial previo que se lleva a cabo en las primeras, que comienza con el embargo de los bienes y el cumplimiento de determinados requisitos procesales, sobre todo los referidos a la publicidad, establecidos de manera estricta por la ley.

A los fines del perfeccionamiento de la subasta judicial, Vénica considera que es necesario cumplimentar tres requisitos: 1) La aprobación de la subasta 2) El pago total del precio y 3) La toma de posesión de los bienes. (Vénica, 1998). El desarrollo de los mismos será objeto de análisis en el próximo capítulo.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la subasta, Elena Highton (2003) considera que:

...la venta judicial ha sido considerada como un acto mixto de providencia y de negocio jurídico, de naturaleza procesal y sustancial a la vez, entendiéndose que constituye una compraventa, o por lo menos, un acto mixto procesal – sustancial al que son aplicables las reglas dispuestas para aquel contrato (P. 154).

Highton (2003) continúa diciendo que:

Se trata de una venta forzada que el órgano jurisdiccional, más que representar, sustituye al deudor para vender en su nombre, pues éste anticipadamente se ha colocado en situación de tener que vender de este modo especial. El acto de la venta es de Derecho Procesal, pero tiene los efectos civiles de la compraventa, aunque con algunas variaciones, dadas sus especiales características y, principalmente, por la calidad de las autoridades y personas intervinientes (P. 155).

La subasta judicial no es un acto procesal puro y específico, sino que instrumenta un verdadero contrato de compraventa, lo que se manifiesta en el derecho positivo por su inclusión en las denominadas ventas forzosas (P. 156).

Para finalizar, cabe hacer una breve introducción acerca del boleto de compraventa, derivando el análisis exhaustivo de su regulación al capítulo siguiente.

Complicado es definir al instituto sin referir primero a las diversas posiciones que se han adoptado acerca de su naturaleza jurídica. Puede decirse que dos son los grandes lineamientos que surgen en torno al tema; por un lado el que lo considera un contrato de compraventa y por el otro el que lo toma como un precontrato. En base a estas pautas se han desarrollado diferentes

posturas doctrinarias que han matizado la cuestión. En cuanto al primero lo considera un contrato de compraventa, aún cuando no pueda reputarse título suficiente para la adquisición del dominio, y ello es así porque reúnen los requisitos de consentimiento, objeto y precio, pudiendo ser los mismos expresados en un instrumento privado, entendiendo las partes que se obligan a las prestaciones objeto del negocio jurídico y no simplemente a suscribir otro contrato a celebrarse por escritura pública. La segunda postura, es la que sostiene que el boleto de compraventa constituye un precontrato por el cual las partes se obligan a otorgar con posterioridad el verdadero contrato de compraventa. El boleto instrumentaría así un precontrato o promesa de venta. Para ahondar en los parámetros expuestos, cabe citar a Ricardo Lorenzetti (1999 -1), quien manifiesta que en doctrina se hicieron numerosos ensayos para fortalecer o atenuar al instituto y citando diversos autores sostiene:

Una primera tesis, que debilita el boleto, indica que es una promesa y que ésta es un contrato preliminar, mientras que la compraventa es un contrato definitivo, razón por la cual las partes deben expresar dos veces el consentimiento. Si no lo hacen para el segundo momento, no hay contrato y solo indemnización por frustración de promesa. Para López de Zavalía, el boleto de compraventa tiene una naturaleza jurídica bifronte: por un lado es una compraventa nula por defecto de forma, y por el otro es un preliminar bilateral válido... Una segunda tesis intentó reforzar el boleto señalando que es un contrato cuyo objeto es la obligación de otorgar escritura pública... Una tercera tesis, que fortalece al boleto también, no diferencia entre dos etapas, una preparatoria y una definitiva que dan lugar a dos modos de consentir. El consentimiento es uno solo y referido al cambio en el dominio de una cosa, los demás son actos complementarios para concretar esa finalidad. Por este camino argumental se invierten las clasificaciones: el boleto es un contrato de compraventa completo y perfecto y contiene la “promesa de escriturar”... Mosset Iturraspe, entiende que el boleto de compraventa constituye un contrato de compraventa definitivo y que la escrituración es un negocio de disposición complementario. (P. 334).

Siguiendo las manifestaciones del autor, se dice que el boleto de compraventa ha sido objeto de diversos análisis en cuanto a su regulación. Se introdujo en el código civil mediante la incorporación del art. 1185 bis de la ley 17.711, a modo de suavizar el rigor del antiguo 1184 de la normativa velezana que imponía para los contratos que tuvieran por objeto la transmisión de inmuebles, la solemnidad de la escritura pública bajo pena de nulidad. La incorporación provino como consecuencia de la implementación de la venta de lotes en mensualidades contemplado en la ley N° 14.005 y produjo la eliminación de la sanción “bajo pena de nulidad” del art. referido, permitiendo su celebración mediante instrumento privado y convirtiendo al contrato de

compraventa de inmuebles en un contrato formal con solemnidad relativa, con la consecuente posibilidad de conversión del negocio en solicitud de escrituración.

En la actualidad y como se verá en el capítulo siguiente, el código civil y comercial contiene dos artículos específicos que regulan situaciones conflictivas ligadas al boleto de compraventa. Así, en el art. 1170 se establece la oponibilidad del instrumento y consecuente prioridad del derecho del comprador de buena fe del inmueble vendido por sobre el derecho de terceros que hayan trabado medidas cautelares si se cumplen determinadas condiciones y en segundo término, el art. 1171, que determina la oponibilidad del boleto en caso de concurso o quiebra del vendedor. Por la similitud del tratamiento de la primera de ellas con el caso objeto de esta investigación, se efectuará la comparación pertinente en el capítulo 2 de este trabajo.

1.8. Conclusión.

De este modo, se deja establecido en este primer acápite los conceptos básicos para fundamentar la hipótesis de trabajo sostenida partiendo del concepto de derecho real en general, de dominio en particular, del especial rol que cumple la publicidad en cuestiones como la planteada, los diferentes sistemas registrales y el principio de prioridad registral que surgen en consecuencia. No menos importante es considerar la conceptualización de la subasta pública y del boleto de compraventa; la primera por ser el instituto clave objeto de este trabajo y el segundo porque es necesario a efectos de resaltar el paralelismo en la protección de los adquirentes en ambos tipos de compraventas, sobre todo cuando operan de buena fe.

Definir éstos parámetros permite establecer el punto de partida para poder aseverar que la compra de un inmueble en remate público provoca la adquisición del derecho real de dominio sobre la cosa de que se trate, dando por cumplimentados los requisitos de título y modo con el dictado del auto de aprobación de subasta y la entrega de posesión ordenada por el juzgado interviniente. También, el régimen edictal y primordialmente el régimen de la comunicación de subasta establecido en la provincia de Córdoba, cumplen un rol trascendental a los fines de lograr la oponibilidad del acto frente a terceros, sumándose a ello el ejercicio público de la posesión por parte del adquirente.

Habiendo establecido estos lineamientos, se está en condiciones de profundizar el estudio de la subasta pública, haciendo hincapié en el instituto de la comunicación de subasta vigente en la Provincia de Córdoba; como así también, del boleto de compraventa por el tratamiento semejante que la normativa de fondo efectúa respecto a la oponibilidad de las adquisiciones frente a ejecuciones individuales.

Capítulo 2:

La oponibilidad de la adquisición de inmuebles por subasta pública y su similitud respecto al nuevo régimen establecido para el boleto de compraventa.

La oponibilidad de la adquisición de inmuebles por subasta pública y su similitud respecto al nuevo régimen establecido para el boleto de compraventa.

Habiendo brindado conceptos generales de los institutos que forman parte de esta investigación, en este segundo capítulo se desarrollará de manera más exhaustiva, el régimen de la subasta pública. Se analizarán los requisitos necesarios para su perfeccionamiento y el régimen de la comunicación de subasta, de importante avance en la provincia de Córdoba. Por la similar reglamentación, se hará un análisis comparativo de éste instituto con la regulación que efectúa el art. 1170 del código civil y comercial de la nación respecto a la oponibilidad del boleto de compraventa, estableciendo sus semejanzas y diferencias en situaciones controvertidas en las que, pese a no haber operado aún la registración del cambio de titularidad del inmueble, se ordenan medidas cautelares contra el titular registral. Previo a la comparación que se reseña, se ampliarán los conceptos de subasta pública y de boleto de compraventa esgrimidos al finalizar el primer capítulo.

2.1. La subasta judicial

2.1.1. Regulación actual. Procedimiento. Perfeccionamiento.

Como se dijera en la primer sección, la subasta judicial o pública es un acto procesal que previo embargo tiende a efectivizar la ejecución de bienes, sean muebles o inmuebles, a través de un martillero que actúa como auxiliar del juez, y que tiene por objetivo primordial la realización de los mismos para que, con su producido se logre la satisfacción del crédito que pueda tener el o los acreedores del titular y que diera inicio a la ejecución.

No cabe duda que el remate público es un acto procesal y que pese a consistir en un contrato de compraventa, y de aplicarse subsidiariamente las reglas sustanciales de este contrato, se encuentra sujeta a las normas que regulan éste tipo de actos. Actualmente la subasta judicial se encuentra sistematizada en primera instancia por el código procesal civil y comercial de cada provincia, por ser la materia procesal una facultad reservada. Así, a partir del art 567 del código de Córdoba, se prevé la realización de bienes en general, a efectos de dar cumplimiento a una sentencia. De manera supletoria y solo para aspectos que no se encuentren regulados por la

normativa provincial, regirá lo establecido por el código de procedimiento civil y comercial de la nación a partir del art. 563.

En la provincia, el art. 567 C.P.C.C. Córdoba dispone que para la realización del valor de los bienes embargados se debe proceder a su venta por remate público y con su producido, mandar a pagar a los acreedores preferentes y al ejecutante. En cuanto al procedimiento se determina que la subasta la debe efectuar un martillero que designa el ejecutante. De ser inmuebles los bienes subastados, se debe requerir previamente los informes de deudas por impuestos y tasas provinciales y municipales o de entes prestatarios de servicios públicos inmobiliarios; deudas por expensas comunes; condiciones registrales de dominio y gravámenes que lo afecten y su situación catastral, la base imponible y su estado de ocupación, debiéndose requerir también cuando lo rematado sean derechos personales sobre promesas de compraventa o derechos posesorios sobre inmuebles individualizados registral y catastralmente.

Distinto es el régimen de subasta de cosas muebles. Para ellos, el artículo 570 del C.P.C.C.C. determina que se debe intimar al ejecutado por un plazo de tres días para que manifieste si los bienes están prendados o embargados, requiriéndose informe al registro respectivo si los bienes muebles son registrables. Una vez efectuado, los bienes se secuestran poniéndolos a disposición del martillero.

Cumplimentadas estas diligencias previas se ordena la venta en remate público fijando lugar, día, hora de la subasta, publicidad a realizarse, bases para las posturas e incrementos mínimos de ellas, la forma de pago y la comisión del martillero. Efectuado el remate, se labra el acta respectiva que será suscripta por el adjudicatario, las partes si hubieran concurrido, el martillero y el secretario del juzgado correspondiente.

A los fines del perfeccionamiento de la subasta, Vénica (1998) considera que es necesario cumplimentar tres requisitos, a saber: 1) La aprobación de la subasta 2) El pago total del precio y 3) La toma de posesión de los bienes. (P. 165)

En cuanto al primero de ellos, la aprobación de la subasta, se requiere que el acta de remate en original y copia auténtica se agregue al expediente, poniéndose a la oficina por cinco

días fatales (art. 587, 1 párr. C.P.C.C.C.). El decreto respectivo se notifica por cédula y de no mediar impugnaciones el tribunal debe dictar resolución sobre el acto de la subasta, aprobándola o no. Vénica (1998) sostiene al respecto que la decisión debe recaer sobre el mérito del remate y debe contener el emplazamiento a abonar el saldo del precio, el plazo que se fije, las condiciones establecidas en la orden de venta, la orden de poner en posesión de los bienes al comprador; la de inscribir registralmente el bien, otorgando los instrumentos necesarios y la orden cancelar los gravámenes. (P. 103)

En cuanto al pago total del precio, se debe tener en cuenta el tipo de bienes que se ha vendido y la forma de pago que se haya dispuesto, pero en líneas generales, puede cancelarse de contado, abonando el total del precio estipulado en el mismo acto de remate o, pagándose una parte en ese momento y el resto al aprobarse la subasta conforme el plazo establecido y por último, también puede cancelarse en cuotas.

Establece el art. 580 del C.P.C.C.C. que el precio de compra en subasta se pagará en efectivo o cheque certificado, determinando dos supuestos. Cuando se trate de bienes muebles y semovientes no registrables se deberá abonar de contado con más la comisión del martillero, y de tratarse de bienes muebles, semovientes registrables o bienes inmuebles se deberá abonar el veinte por ciento (20%) con más la comisión del martillero a cargo del comprador en subasta y el resto al aprobarse el remate. Será facultativo del Tribunal por resolución expresa y a pedido fundado de parte interesada, otorgar facilidades de pago del precio y disminuir el porcentaje de contado, siempre que convenga para la obtención de un mejor resultado.

Por último, el tercer requisito mencionado por Hugo Vénica para el perfeccionamiento de la subasta es la toma de posesión de los bienes por parte del adquirente. En cuanto a ello, cabe distinguir según si el pago es de contado o si el mismo es diferido. En el primer supuesto, si los bienes no son registrables, se hará la entrega provisoria al adjudicatario, quien será constituido en depositario. La entrega se transformará en definitiva, una vez aprobada la subasta. En caso de tratarse de bienes muebles, la entrega provisoria es simultánea al pago del precio, debiendo quedar constancia en el acta referida; y en el supuesto de inmuebles se librára oficio al oficial de justicia que corresponda para que éste otorgue la posesión provisoria. Firme la aprobación de la subasta, la entrega se vuelve definitiva, de pleno derecho, correspondiendo las inscripciones

definitivas. Debe destacarse que hasta ese momento el comprador se encuentra imposibilitado jurídicamente de enajenar la cosa.

Si el pago es diferido, la puesta en posesión está supeditada al pago del saldo restante, salvo que se hayan otorgado facilidades de pago. La entrega de posesión se cumple también por mandamiento judicial al oficial de justicia o juez de paz, quien previa constatación del inmueble otorgará la posesión del mismo al adjudicatario, salvo que existan ocupantes en él, supuesto en el cual deberá distinguirse, si son a título de dueño o si son simples tenedores de la cosa. En el primer caso, corresponderá según lo previsto en el art. 598 del C.P.C.C. C., que la resolución aprobatoria de la subasta incluya la orden de notificación a esos terceros a los efectos que por derecho hubiere lugar; y en el segundo deberán ser notificados a fin de reconocer como propietario al adjudicatario.

Dispone el art. 599 del C.P.C.C de Córdoba que efectuado el pago total del precio, se le otorgarán al adjudicatario los títulos de propiedad que existieren y, si se trata de bienes registrables, se expedirán las copias de las actuaciones judiciales que sean necesarias para cumplimentar con el requisito de su inscripción. El art. 600 C.P.C.C. de la provincia dispone además que al aprobarse el remate se ordenará la cancelación de los gravámenes que recayeren sobre el valor del bien vendido, disponiendo las anotaciones pertinentes al ordenar la registración de la subasta, cuando el bien de que se trate sea registrable.

2.2. La publicidad en la subasta pública

Especial énfasis cabe otorgarle al régimen de publicidad que rige en materia de subastas, más aún cuando de inmuebles se trata. Font (2006 -1) ha sostenido que la venta producida por el remate tiene un régimen de oponibilidad erga omnes, en primer término por el sistema de publicación de edictos al que está sometida y en segundo lugar, por constituir una venta por mandato de un juez, en ejercicio de la función jurisdiccional que le es propia, en un procedimiento público abierto en el cual se llama a los postulantes y que tiene por objetivo la realización de los bienes, procedimiento en el que se deben garantizar la regularidad, legalidad y seriedad de todos y cada uno de los actos que la integran.

En cuanto a este aspecto, es la propia normativa vigente la que determina de qué manera puede y debe hacerse público el remate y lo hace estableciendo publicidad obligatoria, complementaria y/o suplementaria. Dentro de la primera, se determina en el art. 571 del C.P.C.C.C. que la orden de venta en remate público deberá ser notificada al ejecutado y a los acreedores hipotecarios o prendarios con una anticipación no inferior a diez días de la fecha del remate, debiendo consignarse en la cédula respectiva lugar, fecha y hora de subasta, publicidad a realizarse, bases para las posturas e incrementos mínimos y la forma de pago del precio y comisión del martillero. Así mismo, por imposición del art. 574 del código procesal de la provincia se deberá anunciar la subasta por edictos, que de acuerdo a la importancia de los bienes y según criterio judicial, deberá ser entre un mínimo de dos y un máximo de cinco días, ampliándose este plazo en caso de tratarse de bienes inmuebles dentro de un proceso concursal a un mínimo de cinco y un máximo de diez días. Las publicaciones deberán efectuarse en el boletín oficial de la provincia y en un diario que sea sede de la circunscripción donde tramite el juicio y en su defecto, en uno de amplia circulación.

El art. 575 establece el contenido de los edictos, determinando que deberán especificar tribunal y secretaría donde tramita el juicio, carátula del expediente, nombre, matrícula y domicilio del martillero; lugar, día y hora de la subasta; ubicación y descripción sucinta de los bienes, y en su caso, su inscripción registral; base mínima de las posturas y monto mínimo de sus incrementos; condiciones de pago del precio de compra; lugar y horario de exhibición de los bienes y el estado de ocupación de los mismos. Sin perjuicio de lo referido, queda a criterio del juez ordenar una publicidad complementaria que puede ser televisiva o radial, siempre que se fije un monto máximo y cuando la importancia de los bienes lo justifique en procura de un mejor resultado. Pueden también colocarse carteles, distribuirse volantes o cualquier otro medio de publicidad, siempre que esté autorizado por el tribunal interviniente.

Como puede apreciarse la publicidad que se le otorga al acto mismo del remate, hace profundizar su carácter público. No obstante ello, perfeccionada la subasta con la resolución de aprobación, el pago total del precio y la entrega de posesión, se considera adquirido el dominio en cabeza del adquirente y a la publicidad previa propia del remate deberá incorporarse la

concreta, que se llevará a cabo con la orden de inscripción de la comunicación de subasta emitida por el juez interviniente.

Este especial régimen de publicidad y la consecuente oponibilidad fundamenta para Font (2016 – 1) la consolidación del dominio a favor del adquirente, sin que para ello sea menester la inscripción en el registro respectivo sino solo a los fines de la continuidad del tracto y a modo de facilitarle al comprador la realización en el ámbito registral, de los actos de disposición que emerjan de su calidad de propietario.

2.3. El instituto de la comunicación de subasta

2.3.1 Régimen vigente en la provincia de Córdoba. La resolución general número 1/2008 del registro general de la provincia.

Como corolario extra al sistema de publicidad del remate desarrollado precedentemente y su aplicación en la provincia de Córdoba, no debe resignarse el análisis del instituto de la comunicación de subasta al que ya se hiciera referencia, que en la provincia de Córdoba adquiere gran importancia diferenciándose así del régimen nacional.

Se la puede conceptualizar como la registración que ordena el juez de que efectivamente la subasta (que tenía una anotación preventiva previa) se ha realizado y que el bien ha sido adjudicado a un nuevo adquirente. Este asiento no otorga la propiedad al comprador en remate, porque el mismo se adquiere con el cumplimiento de tres requisitos, sino que otorga al acto de remate un grado de oponibilidad aún mayor que trae aparejado que el ejecutado no pueda ya disponer de ese bien y que deje de ser ya prenda común de sus acreedores

Sostiene Ventura (2006) que:

En la Provincia de Córdoba, las bondades de la ley 5771, que ha merecido elogios de la doctrina nacional más encumbrada, las adquisiciones en subastas se regulan de manera mucho más apropiada que en el resto del país, en lo que a registro se refiere. El “*iter inscriptorio*” de la subasta puede dividirse en cuatro etapas: 1) El embargo previo del acreedor sobre el bien a subastar; 2) La anotación preventiva para subasta; 3) La comunicación de la subasta; y 4) La inscripción del bien a nombre del adquirente... Si bien no es obligatorio, es común advertir un embargo previo antes de iniciar el proceso de ejecución... En Córdoba, en cambio, por expresa disposición del art. 34 de la ley 5771,

reglamentaria registral de Córdoba, la llamada anotación preventiva para subasta, genera, por expresa disposición legal, reserva de prioridad y el consecuente bloqueo registral. De esta manera, una vez que se ha procedido a su expedición, durante ciento cincuenta días el dominio queda bloqueado, asegurando la realización de la subasta libre de todo otro gravamen y garantizando, a pleno, el cobro del crédito por el ejecutante y solicitante de la citada anotación. Así el art. 34 de la ley registral 5771 de Córdoba prevé una anotación preventiva por el término de noventa días (este plazo se modificó a 150 días en el año 2001) en caso de subasta judicial, salvo que antes de ese plazo el tribunal comunique al Registro la celebración del remate.

Por último, en cuanto a la comunicación de subasta propiamente dicha, Ventura (2006) refiere que:

Para anunciar lo antes posible a la comunidad, respecto de la citada mutación, se utiliza la llamada “comunicación de subasta” que constituye el adelanto de una situación que ya se ha producido. El juez, a esos fines, cumpliendo lo normado en el art. 34 de la ley 5771, tercer párrafo, comunica al Registro la celebración del remate.

Fuster y Moisset de Espanés (2009), así mismo, manifiestan que:

La comunicación de subasta es un acto jurídico registral que pretende anunciar a los terceros acerca de la realización del acto de remate; ello con una finalidad netamente preventiva... Este asiento registral no está sujeto a plazo de caducidad alguno, por lo que podemos decir que genera una registración sine die... el asiento se mantendrá mientras siga incólume el remate.

En síntesis, puede sostenerse que la consecuencia principal que la comunicación de subasta produce es, en palabras de Fuster y Moisset de Espanés, el “desapoderamiento jurídico”. (Fuster – Moisset de Espanés, 2009). Es claro entonces que el instituto que nos ocupa, solo pretende hacer conocer a los terceros que se produjo una mutación real. Sería una forma de equiparar en materia de bienes raíces, lo que sucede con el secuestro cuando lo que se subasta son bienes muebles.

El régimen operante en la provincia de Córdoba difiere radicalmente del resto de las provincias y del régimen nacional, por la importante implementación del instituto de comunicación de subasta. Esta divergencia está dada principalmente por lo preceptuado en la resolución general número 1/2008 emitida por el registro general de la provincia, que establece que siempre que se presente dentro de los cuarenta y cinco días de efectuado el remate (plazo previsto en el art. 5 de la ley 17.801), la comunicación de subasta no está sujeta a plazo de

caducidad alguno, agregando en su art. segundo que será observado todo documento que se presente para su registración, cuando en su inscripción dominial antecedente conste nota de comunicación de subasta anterior.

De la lectura pormenorizada de la resolución, pueden extraerse los fundamentos que oportunamente se tuvieron en cuenta a fin de resolver el dictado de la normativa. En sus considerandos se plasman, la naturaleza particularmente compleja de los títulos de adquisición por subasta, la posibilidad de alertar o dar noticia a los terceros registrales sobre la mutación jurídica real producida, la tutela al derecho del adquirente, la seguridad jurídica, el complemento a lo regulado por los arts. 34 y 35 de la ley de provincial N° 5771 (en adelante ley de registro cordobesa), el principio de la buena fe que debe inspirar todo el ordenamiento jurídico, la advertencia de la doctrina más actualizada, entre ellos Luis Moisset de Espanés y Gabriel Ventura, sobre la naturaleza particular y conflictiva de la subasta; la exigencia de que para poder utilizar un certificado posterior el funcionario instrumentador determine si se ha hecho uso de esas certificaciones o si ha mediado subasta judicial, entre otras.

En forma paralela el art. 34 de la ley de registro cordobesa establece que “...en caso de subasta la anotación preventiva caducará de pleno derecho a los ciento cincuenta (150) días corridos, salvo que antes de ese plazo el Tribunal comunique al registro la celebración del remate...”, y en su art. 35 que “Los Tribunales, funcionarios públicos y notarios que obtengan certificaciones, informes, copias expedidas por el registro general, en la que consten la existencia de certificaciones anteriores, gravámenes u otras disposiciones cautelares, no podrán utilizarlas sin previamente determinar si se ha hecho uso de esas certificaciones o si ha mediado subasta judicial”.

En consecuencia, es claro como el instituto de la comunicación de subasta en Córdoba, busca ser un atenuante del vacío que adolece la ley nacional, que en boca de diversos autores como Fuster o Moisset de Espanés, es considerada de neto corte notarial.

El principal efecto que el instituto pretende evitar es la doble venta de un inmueble, un remate posterior cuando ya se ha efectivizado otro que produjo un cambio de titularidad, aún cuando no se lo haya inscripto. Fuster y Moisset de Espanés (2009), sostienen que “A nivel

provincial se contempló este instituto a fin de anotar el desplazamiento operado, haciéndolo oponible a terceros y evitando la doble disposición del bien.”

Puede decirse que a nivel nacional la ley de registro N° 17.801, no contempla en su articulado una normativa específica como la ley cordobesa, situación que ha generado que ante situaciones conflictivas se resuelva de manera desigual. La ley nacional no cuenta ni con la previsión de la anotación preventiva de subasta, como así tampoco de la comunicación de que el remate se ha llevado a cabo.

Esta falta de regulación provoca que hasta tanto la inscripción definitiva de la adquisición por subasta no se lleve a cabo, el inmueble siga perteneciendo, desde el punto de vista registral, al anterior propietario subastado, y en consecuencia, que el bien continúe siendo prenda común de sus acreedores, permitiéndoles ejecutarlo a fin de cobrar sus acreencias.

Este vacío legal ha sido analizado a fin de reformar la normativa nacional, sin que aún la modificación haya sido efectivizada.

2.4. El boleto de compraventa

2.4.1. El régimen de oponibilidad establecido por el art. 1170 del código civil y comercial argentino.

En el capítulo anterior se pudo desarrollar brevemente algunas de las posturas doctrinarias que existen en torno al boleto de compraventa; la que sostiene que es un contrato preliminar o promesa de un contrato de compraventa que es posterior y definitivo; la que argumenta que es un instituto de naturaleza jurídica bifronte, entendiéndolo como una compraventa nula por defecto de forma por un lado y por el otro, un preliminar bilateral válido, cuyo objeto es la obligación posterior de escriturar; y en tercer lugar la tesis que pregona, que el boleto es un contrato de compraventa completo y perfecto y contiene la promesa de escriturar, siendo la escrituración un negocio de disposición complementario. Luego de desarrollarlas, Lorenzetti (1999 –I) sostiene que puede considerarse admitida con plenitud en la doctrina actual, la postura que pregona que el boleto es un contrato de compraventa pleno (P. 334).

La incorporación y estudio del instituto a esta investigación se debe primordialmente al art. 1170 agregado por la reforma del código civil y comercial que ha establecido de manera categórica la prioridad del comprador de buena fe por boleto de compraventa de bienes inmuebles, respecto a terceros que hayan trabado medidas cautelares sobre el mismo, siempre que se den determinados requisitos. La similitud con el tópico elegido para el desarrollo de este trabajo, no puede dejarse de lado, sobre todo porque es principio general en nuestro derecho, que quien puede lo más, puede lo menos. Así entonces, si el legislador ha optado por brindarle protección en determinadas circunstancias a quien ha contratado mediante un instrumento privado y no ha registrado acabadamente la operación; con más razón entonces, debe ampararse a quien ha comprado el bien raíz por subasta pública. Esto se debe a que aún cuando no se ha registrado el cambio de titularidad respectivo, la publicidad que conlleva el procedimiento de remate es cuanto menos similar, sino mayor a la que puede derivarse de la celebración del boleto de compraventa. Sin lugar a dudas, en uno u otro caso, la defensa que debe prevalecer es la referida a la buena fe del adquirente.

Así entonces, si se parte de la base de considerar que el código civil derogado, pese a contener en su regulación algunos artículos que referían al boleto de compraventa, no poseía una regulación específica como la que existe en el código civil y comercial. Con anterioridad solo se preveía en el art. 1185 bis, la oponibilidad del boleto de compraventa frente al concurso o quiebra del vendedor (tema que hoy regula el art. 1171) y en segundo término el conflictivo art. 2355, que consideraba legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediando boleto de compraventa. Consecuentemente, el efecto primordial que la regulación anterior contenía era el de facultar al comprador por boleto a exigir al vendedor la posterior celebración de la escritura pública a los efectos de la transferencia de dominio, por ser ésta la solemnidad de rigor. Por otro lado, también otorgaba la ventaja de considerar como legítima la posesión del comprador por boleto y lo hacía oponible frente al concurso del vendedor si el adquirente había pagado, al menos, el veinticinco por ciento del precio.

El problema derivado de las prioridades fue lo que abrió las discusiones tanto en doctrina como en jurisprudencia. Estas contraposiciones se manifestaban respecto a medidas cautelares trabadas sobre el inmueble, sobre todo las ordenadas después de la firma del boleto de

compraventa pero estando pendiente la escrituración de la venta. En aquel entonces, las variables giraban en torno a si el boleto se encontraba inscripto o no, de acuerdo a si la ley registral así lo exige o si correspondía por el tipo de contrato de que se trataba, por ejemplo si era una compraventa de un lote en mensualidades. El inconveniente surgía cuando no era requerida la inscripción y efectivamente ésta no se cumplía. La normativa del 1185 bis, disponía que si se había cumplimentado con el pago del veinticinco por ciento del precio y el comprador era de buena fe el boleto podía ser oponible al concurso del vendedor y que, en tal caso, el juez estaba autorizado a disponer que se le otorgue al adquirente la escritura traslativa del dominio.

Esta disposición generó inconvenientes de determinación en cuanto a dos puntos; el primero de ellos referido al ámbito de aplicación ya que cierta parte de la doctrina consideraba que la oponibilidad era aplicable exclusivamente al caso del concurso o quiebra del vendedor y otros, en una visión más flexible, que se extendía su aplicación a otras ejecuciones individuales. El segundo punto en controversia giraba en torno al acreedor; para algunos la oponibilidad solo era posible frente al acreedor embargante del vendedor y para otros también lo era respecto del acreedor hipotecario del transmitente. Este punto, puede decirse, quedó pendiente de regulación en la normativa civil y comercial.

Así entonces, se considera que la finalidad de la normativa anterior era, en primer término, colocar al titular del boleto como comprador y otorgarle la facultad de exigirle al vendedor la transferencia del dominio por escritura pública y en segundo lugar permitía oponer su derecho frente al concurso o quiebra del vendedor, si había abonado el veinticinco por ciento del precio. El juez podía disponer en este caso que se le otorgara al comprador la correspondiente escritura traslativa.

La disparidad de opiniones dio lugar a que con la reforma se regulara con un poco más de precisión el tema, determinando en los arts. 1170 y 1171 la prioridad del poseedor de buena fe con boleto de compraventa del inmueble, frente al acreedor embargante del titular registral, si se cumplen determinados requisitos, a saber:

- a) Que el comprador sea de buena fe: El concepto de buena fe, en este caso, requiere que el adquirente haya obrado con la diligencia debida al momento de contratar, es decir,

haya asegurado las condiciones de dominio del inmueble en cuestión y que haya ignorado la situación crediticia del vendedor y la existencia de acreedores con la entidad suficiente para ejecutar la cosa vendida, examinando previamente las constancias registrales y cumplimentando la verificación pertinente establecida para el régimen de concursos y quiebras.

- b) Que haya contratado con el titular registral o pueda subrogarse en la posición jurídica de quien lo hizo mediante un perfecto eslabonamiento con los adquirentes sucesivos: El requisito alude a la necesidad de contratar con quien es el titular registral del bien o de algún adquirente posterior si se mantuvo el correcto encadenamiento de titularidades. Lo que se pretende aquí proteger es el tracto sucesivo contenido en el art. 15 de la ley 17.801, que constituye un principio registral mediante el cual se busca respetar la correcta ordenación y correlatividad de los asientos, integrándose con los principios de identidad y continuidad registral.
- c) Que el comprador haya pagado, al menos el veinticinco por ciento del precio con anterioridad a la traba de la medida cautelar.
- d) Que al boleto se lo haya dotado de fecha cierta: Haciéndose eco de lo preceptuado tanto por doctrina como por jurisprudencia mayoritaria, la norma también previó que a los fines de lograr la oponibilidad del boleto de compraventa, se lo haya dotado de fecha cierta dándole certeza fáctica de su existencia con anterioridad al embargo.
- e) Por último, que la adquisición tenga publicidad suficiente, sea registral o posesoria: Es claro en este punto que no cabe desconocer el valor superior que tiene la publicidad registral; sin embargo, cuando la publicidad es posesoria constituye también la exteriorización de una situación jurídica real, que cuando es pública, pacífica y prolongada en el tiempo, permite tanto al acreedor embargante como a cualquier otro tercero, tomar conocimiento de la relación de hecho existente entre el adquirente y el inmueble.

Debe destacarse que estos requisitos son taxativos y acumulativos, es decir, a fin de que la prioridad del comprador pueda ser operativizada deben darse todos y cada uno de los recaudos enunciados por el art. 1170 del código civil y comercial referenciado.

Por otro lado, cabe resaltar que al hablar de medidas cautelares, la norma hace referencia a los procedimientos judiciales que pretenden garantizar el resultado de un proceso y asegurar el cumplimiento de la sentencia dictada en el mismo. Puede decirse que el art. 1170 comprende las medidas ordenadas contra un bien raíz, incluyéndose entre tales el embargo, la anotación de litis, la prohibición de contratar o cualquier otra medida que pueda decretarse sobre el inmueble según las leyes procesales vigentes.

Para finalizar el análisis de la nueva normativa referida al boleto de compraventa, cabe destacar que así como el 1170 regula de manera específica el rol preponderante de la posesión en supuestos de oponibilidad de boletos de compraventa frente a otras medidas cautelares ordenadas sobre el mismo inmueble, se establece en el art. 756 del mismo código la regla general, al disponer el orden de prelación ante la concurrencia de varios acreedores que reclaman un bien inmueble, cuando todos ellos son de buena fe y a título oneroso. El artículo referido establece que tendrá mejor derecho el que tiene emplazamiento registral y tradición; el que ha recibido la tradición; el que tiene emplazamiento registral precedente y en los demás supuestos, el que tiene título de fecha cierta anterior. Con éste criterio el legislador quiso revalorizar la función publicitaria de la posesión entendiendo que si se recibió la misma de buena fe y a título oneroso, se desplaza a otros que ostenten un título de mayor jerarquía e incluso un título inscripto si ninguno de ellos recibió la tradición del bien. Consecuentemente, lo que para las obligaciones en general pregonan el art. 756, el art. 1170, lo establece en forma particular para el boleto de compraventa.

Así también, debe tenerse en cuenta en esta línea de análisis, que el art. 1893 del código civil y comercial establece que los derechos reales no son oponibles a terceros interesados y de buena fe, mientras no tengan la publicidad suficiente, considerándola tal a la inscripción registral o a la posesión, según sea el caso, es decir, según si la inscripción es considerada constitutiva del derecho o si es necesaria solo a los fines publicitarios. Está claro que en el caso que se analiza y en consonancia con los artículos referidos con anterioridad, para el supuesto de inmuebles la posesión juega un papel publicitario a los fines de la oponibilidad.

2.5. Conclusión

Como se ha referido, el nuevo código civil y comercial regula de manera novedosa el instituto de boleto de compraventa de inmuebles por que amplía sus efectos, no solo para lograr su oponibilidad frente al concurso o quiebra del vendedor, sino también frente a ejecuciones individuales. Como se explicara en la introducción de este capítulo, se examinó el instituto de la subasta pública y del boleto de compraventa de inmuebles con la finalidad de analizar el régimen de oponibilidad de las adquisiciones frente a terceros interesados que pretenden ejecutar una medida cautelar ordenada sobre idéntico bien raíz. Existiendo en la normativa actual un sistema específico que determina la prevalencia del adquirente por boleto pese a la falta de registración de su operación de compra, puede considerarse que en base al principio *qui potest plus, potest minus*, las normas relativas al boleto pueden ser aplicadas a la oponibilidad de la adquisición del inmueble por subasta cuando el mismo ha sido embargado por un acreedor del ejecutado, aún titular registral del bien.

Dicho extremo encuentra sustento en que el adquirente en subasta tiene un título otorgado por un juez, en un proceso de ejecución que ha sido publicitado de manera amplia mediante edictos y que ha concluido con un auto interlocutorio de aprobación de la subasta que también es un instrumento público. De más está decir que, si la comunicación de subasta fue ordenada y debidamente inscripta, se ha tomado razón de manera fehaciente de que ha operado la ejecución y por lo tanto que el bien ha salido efectivamente del patrimonio de quien fue el sujeto subastado. En consecuencia, si un adquirente por boleto de compraventa que cumple determinados requisitos puede oponer su instrumento privado a un acreedor en una ejecución individual, con mayor razón podrá hacerlo aquel adquirente en subasta que posee un título de carácter público como lo es una sentencia judicial, si se cumplimenta con los requisitos de perfeccionamiento esgrimidos para el boleto en el art. 1170 del código civil y comercial pero por sobre todo, si además de ello, se efectiviza la inscripción de la comunicación de subasta y la toma de posesión del inmueble con su consecuente ejercicio que exteriorizan aún más el cambio de titularidad, pese a no encontrarse registrado.

En otros términos, la subasta judicial aprobada es y debe ser considerada un acto jurisdiccional oponible erga omnes, por su especial naturaleza y por los efectos propios que le

reconoce la legislación sustantiva. Desde éste punto de vista, no solo deben rechazarse las medidas cautelares ordenadas contra el sujeto subastado, por considerarse el bien raíz fuera ya de su patrimonio sino que, de acreditarse el cambio de titularidad, podrán solicitar la traba de medidas cautelares los acreedores del adquirente en subasta. Juega aquí un rol preponderante el principio de buena fe que amalgamado con el de prioridad registral, implican que el embargante efectúe todas las diligencias necesarias para cerciorarse de sí ha operado o no la transmisión del dominio que acusa ese asiento de comunicación inscripto y que por cierto no tiene plazo de caducidad. A fin de que la protección del adquirente prospere, éste deberá probar que el embargante tenía pleno conocimiento de la situación del inmueble y que, pese a constarle la registración de que efectivamente la subasta se llevó a cabo, procedió a trabar la medida cautelar y pretender su ejecución.

Resta ahora analizar cuál es la vía procesal idónea para plantear la defensa del derecho pertinente.

Capítulo 3:

Vías procesales idóneas para plantear la prioridad en casos de controversias

Vías procesales idóneas para plantear la prioridad en casos de controversias

En el capítulo anterior se han dejado plasmadas las diferentes controversias que pueden suscitarse cuando se ordenan medidas cautelares sobre un inmueble que pese a haber sido subastado y haberse anotado la comunicación de subasta, no ha contado con la culminación del trámite administrativo de inscripción en el registro de la propiedad que refleja el cambio de titularidad derivado del remate. En consecuencia, habiéndose manifestado la importancia que en la provincia de Córdoba adquiere el instituto de la comunicación de subasta, y la preponderancia que cobra la adquisición del derecho por parte del comprador en remate, cabe analizar en este acápite cual es la vía procesal idónea para plantear la protección de su derecho por sobre el del embargante que pretende hacer efectivo el crédito que posee sobre el subastado, efectivizándolo sobre el mismo inmueble.

En los apartados que siguen se conceptualizarán el levantamiento liso y llano de embargo, la tercería de mejor derecho y la tercería de dominio. Se analizará también la normativa vigente en los códigos procesales de la nación y de la provincia respecto a los institutos referidos y, por último, reconociéndole legitimación al adquirente en subasta para obtener el levantamiento de la medida cautelar trabada sobre el inmueble por un acreedor quirografario que demandó en proceso ejecutivo al subastado, se plasmará el criterio por el cual se considera que la tercería de dominio es la vía procesal apropiada para ser adoptada en casos de controversia.

3.1. Levantamiento liso y llano del embargo ordenado contra el inmueble.

Tanto a nivel nacional como provincial se ha establecido un procedimiento sumario para que terceros perjudicados puedan solicitar el levantamiento de un embargo que afecte bienes de su propiedad, condicionando su presentación al cumplimiento de un requisito, a saber, la demostración inmediata de la posesión actual del bien en cuestión.

En consecuencia, amparado en los principios de economía procesal y celeridad, ante la traba de una medida cautelar, el tercero perjudicado puede solicitar su levantamiento liso y llano mediante un proceso incidental que le permita obtener la liberación del bien ante la evidencia de su derecho. Esa evidencia queda manifestada, en la posesión actual, debiendo el incidentista

acompañar a la causa los títulos suficientes que puedan atribuirle la calidad que invoca, sea de propietario, sea de poseedor. Dicha documentación respaldatoria deberá acompañarse junto con la solicitud de levantamiento, debido a que, en principio, la causa no será abierta a prueba, debiendo el interesado acompañar en esta presentación inicial, los elementos de convicción que le otorguen verosimilitud a su pedido.

Por lo tanto, no siempre es necesaria la interposición de una tercería para el levantamiento de un embargo, debido a que existen casos en los cuales, justificando de manera fehaciente la propiedad del bien, sin que sea necesaria la sustanciación de prueba, el juez puede disponerlo de manera inmediata, aún en contra del embargante. Esta clase de desembargo, puede decirse, tiene por objeto entonces abreviar el trámite y los costos cuando el dominio aparece de manera evidente e inmediata.

Así, sostiene el art. 441 del C.P.C.C. Cba.:

“Toda persona está autorizada a requerir, en calidad de tercero perjudicado por embargo, el levantamiento liso y llano de la medida, acreditando “in continenti” su posesión actual, en conformidad con el título de propiedad que exhibiera, según la naturaleza de los bienes. La petición será resuelta previa vista al embargante, sin apertura a prueba, y de la resolución que recaiga no habrá recurso si fuere desfavorable al tercero, salvo el derecho para deducir la correspondiente tercería”.

El instituto también se encuentra regulado por el art. 104 del C.P.C.C. Nac. cuando establece que:

“El tercero perjudicado por un embargo podrá pedir su levantamiento sin promover tercería, acompañando el título de dominio u ofreciendo sumaria información sobre su posesión, según la naturaleza de los bienes.

Del pedido se dará traslado al embargante.

La resolución será recurrible cuando haga lugar al desembargo. Si lo denegara, el interesado podrá deducir directamente la tercería, cumpliendo los requisitos exigidos por el art. 98.”

La solicitud de levantamiento puede ser presentada hasta tanto el embargo no sea ejecutado, es decir hasta el perfeccionamiento de la subasta que oportunamente pueda llegar a

efectivizarlo. Tramitará por la vía incidental y de la solicitud se deberá correr vista al embargante, ordenándose conjuntamente la suspensión de la subasta.

Cabe destacar que, por ser una vía incidental de carácter excepcional, solo puede acudirse a ella cuando el problema suscitado es de relativa facilidad en su solución y puede resolverse sobre la base de la prueba aportada. La procedencia del pedido de levantamiento, dependerá exclusivamente de las constancias acompañadas por el incidentista, no pudiéndose, en principio, abrir la causa a prueba. Cualquier otra cuestión deberá plantearse en la tercería de dominio que eventualmente pueda llegar a deducirse, conversión ésta que el tribunal está habilitado a disponer sea de oficio o a petición de parte.

Del pedido de levantamiento liso y llano, deberá correrse traslado al embargante, quien solo podrá impugnar la documentación acompañada por el incidentista o cuestionar la admisibilidad del trámite. Bajo ningún concepto está habilitado para deducir pretensiones u oposiciones, que deberán ser sustanciadas indefectiblemente en un proceso independiente.

La resolución puede hacer lugar al levantamiento, en cuyo caso puede ser apelable por el embargante. Si la sentencia denegara el pedido, la misma es irrecurrible por expresa prohibición legal. El interesado solo podrá deducir, en el plazo de diez (10) días, contados desde la notificación de la resolución desestimatoria, tercería de dominio, siempre que cumpla acabadamente con los requisitos de admisibilidad de dicho trámite.

3.2. Tercerías

3.2.1 Definición. Procedencia.

Se ha sostenido (Fernández de De la Rúa A. – De la Vega de Opl C., 1999) que la tercería es el instrumento adjetivo mediante el cual un sujeto extraño a la *litis* puede ingresar y esgrimir un interés directo sobre un bien o exhibir un privilegio. (P. 807). En principio puede considerarse que el proceso vincula dos partes, actor y demandado; pero pueden presentarse situaciones en las que esos efectos se extienden también a ciertos terceros que pueden verse afectados y de esta manera intervienen en la relación procesal a fin de evitar las consecuencias desfavorables de una sentencia o, caso contrario, puede intervenir manteniendo su calidad de tercero ajeno para

reclamar el dominio de un bien embargado que le pertenece o bien la preferencia sobre el producido y el pago de su crédito ante la venta del mismo, según se trate de una tercería de dominio o de una de mejor derecho.

Si bien la tercería es una forma de intervención de personas ajenas a la relación principal, no debe confundírselas con la intervención voluntaria u obligada de terceros prevista en el art. 431 y sgtes. del C.P.C.C.C. Ello es así porque el tercerista interpone su pretensión contra el ejecutante y el ejecutado, disputándose, como se verá más adelante, el dominio de un bien o un derecho preferente, en un proceso independiente de la relación principal. En la intervención de terceros en cambio, éste pasa a ser parte directamente en el proceso principal, en la medida de su interés.

En esa senda, debe destacarse que la tercería es un incidente articulado en otro proceso y que tiene esa naturaleza no solo porque de ese modo está regulado en el código procesal (el capítulo de las tercerías esta normativizado en Córdoba dentro del título de los incidentes), sino también porque se trata de una cuestión que se suscita dentro de un pleito y que tiene conexión con él.

3.2.2. Reglas comunes.

Puede considerarse que existen pautas que son coincidentes a la presentación de ambos tipos de tercerías. Así entonces ambas proceden no solo en juicios ejecutivos sino también en procesos ordinarios o sumarios, incluso en el marco de un concurso civil. En ambas se requiere la existencia de un embargo que afecte el interés del incidentista de manera tal que justifique su intervención en el proceso llevado a cabo entre actor y demandado, teniendo en cuenta que si en verdad lo que se logra es privarlo del bien o turbar su posesión, la ley brinda la protección necesaria posibilitando el ejercicio de las acciones posesorias. Por lo tanto, si no hay embargo, la tercería debe ser rechazada.

Ambas clases de tercerías se sustanciarán por la vía incidental, en expediente separado, debido a que las cuestiones que en él se ventilen son ajenas a las que se debaten en el juicio principal, aplicándose el trámite que corresponda según la cuantía del asunto que se trate. Como

derivación principal de esta característica se encontrarán la competencia del juez de la tercería que deberá ser necesariamente el mismo que ordenó la traba de la medida cautelar, aún cuando por alguna circunstancia corresponda el fuero federal. Debe tenerse presente así mismo, que el tercerista tiene derecho a recusar con o sin causa al juez.

Otra regla común que debe tenerse en cuenta es la referida a la personería. Se entiende que el poder conferido para un pleito determinado comprende también la facultad de intervenir en los incidentes que de él se deriven, aún cuando el poder no lo haya consignado de manera expresa. En cuanto al domicilio, la demanda incidental deberá notificarse al domicilio legal constituido en el principal, de conformidad a las disposiciones legales vigentes.

Por último, debe considerarse que ejecutante y ejecutado, tienen en la tercería carácter de demandados, motivo éste que los faculta a oponer excepciones de previo y especial pronunciamiento y a deducir reconvencción, corriéndose traslado solo al tercerista debido a que el otro incoado será ajeno a la nueva cuestión que se ventile. En sentido contrario, ninguna intervención tiene el tercerista en el proceso principal, excepto determinadas cuestiones que pueden lesionar su derecho como por ejemplo cuando se ordene entregar la posesión del bien al ejecutante, o cuando sea procedente solicitar la prescripción de la acción.

Analizadas las pautas generales cabe ahora destacar las cuestiones específicas que diferencian a cada tipo de tercería.

3.3. Tercería de mejor derecho

3.3.1. Concepto.

Para hablar de tercería de mejor derecho es necesario, en primer instancia, hablar de privilegios. El código civil y comercial considera como privilegio la calidad que le corresponde a un crédito para ser pagado con preferencia a otro y que puede hacerse efectivo mientras la cosa afectada permanezca en el patrimonio del deudor. Agrega además la norma que, los privilegios tienen únicamente origen legal, motivo por el cual el deudor se encuentra impedido de crear a favor del acreedor un derecho de preferencia de un modo que no sea el impuesto por la ley. Así mismo, se distingue entre privilegios generales invocados únicamente en procesos universales

que abarcan la totalidad del patrimonio del deudor, y privilegios especiales que recaen sobre bienes determinados del mismo, encontrándose éstos últimos enumerados en el art. 2582 de la norma referida.

Ahora bien, puede definirse a la tercería de mejor de derecho como aquella en la que el tercero que la solicita invoca un derecho preferente sobre el bien embargado con la finalidad de cobrar su crédito sobre el producido de éste. Es decir, el tercerista, invocando una situación de privilegio o de preferencia, pretende que sobre el producido de la venta de un bien que ha sido embargado y ejecutado, se declare su derecho a ser pagado con prioridad por sobre el embargante. Lo que en definitiva se busca con la interposición del incidente es entonces el pago preferencial y no la titularidad del crédito.

Ramacciotti y López Carusillo, citando a Palacio (1981) sostienen:

La tercería de mejor derecho tiende a tutelar, en primer lugar, los privilegios especiales y, subsidiariamente y en casos especiales, los derechos reales de garantía, y a falta de unos y otros, la preferencia legal del embargo.

En otros términos...las causales de preferencia que autorizan la interposición de esta clase de tercería consisten, ante todo, en los privilegios especiales, es decir aquellos que afectan determinados bienes del deudor y, subsidiariamente, en la prioridad de pago que la ley otorga al primer embargante. (P. 48)

Es decir entonces que este remedio procesal funciona sobre privilegios que no revistan un carácter general, que recaigan justamente sobre bienes determinados del deudor, y no sobre su patrimonio. El principal efecto que produce su interposición es la suspensión del pago al embargante hasta la resolución de la tercería, motivo por el cual la principal derivación que se suscita no es entonces el levantamiento de la medida cautelar sino su pago preferencial. Debe tenerse en cuenta también que el concepto de pago debe ser interpretado en sentido amplio, comprendiendo todas aquellas circunstancias mediante las cuales se considere que el embargante ha visto satisfecho su crédito, como por ejemplo una compensación o una adjudicación del bien a su favor.

Las actuaciones contra las que procede la tercería abarcan procesos en donde se vayan a ejecutar bienes, pudiendo ser éstos declarativos, ejecutivos o incidentales y la oportunidad para

interponerla es hasta el momento del efectivo pago al embargante, transcurrido el cual, solo será posible reclamar mediante el proceso declarativo correspondiente o mediante una acción reivindicatoria.

3.3.2. Regulación legal. Admisibilidad.

La normativa procesal de la provincia determina, en su art. 437 que, a los fines de la admisibilidad de la tercería, el interesado deberá acreditar la verosimilitud del derecho invocado o dar garantía por los perjuicios que pudiere producir la suspensión del principal. En cuanto a la primera, su acreditación puede hacerse mediante documentos fehacientes o en forma sumaria y en cuanto a la segunda, implica la posibilidad de otorgar garantía en sustitución a la acreditación de la verosimilitud del derecho hasta cubrir los perjuicios derivados de la suspensión del principal, pudiendo esta presentarse desde el inicio o ante el rechazo del tribunal interviniente. El monto de la caución deberá abarcar el importe que se reclama, más los intereses que se devenguen durante el periodo que dure la suspensión y las costas. Ante el incumplimiento de estos requisitos por parte del interesado, el tribunal deberá declarar la inadmisibilidad de la tercería.

3.3.3 Efectos.

Directamente ligados a la admisión de la tercería serán los efectos que produzca. La consecuencia principal es, como se mencionara anteriormente, la suspensión del pago al ejecutante, pudiendo el trámite del principal entonces continuar hasta el momento de disponer del dinero obtenido con la realización de los bienes.

Frente a esta circunstancia el embargante podrá pedir, previa fianza o caución suficiente y audiencia de partes, que se le extienda orden de pago y posteriormente responder en caso de que la tercería prospere.

3.3.4 Juicio.

Sostiene Vénica (2001) que:

El juicio de tercería participa de un doble carácter, por un lado constituye un incidente, en virtud de su conexión instrumental con el principal, pero no de los genéricamente contemplados en el art. 426 y sometidos al art. 427, por otro es un litigio distinto, cuyo trámite, al igual que el de cualquier proceso autónomo de carácter declarativo, resulta de la cuantía involucrada, y en el que el tercerista asume la calidad de actor frente a ejecutante y ejecutado, discutiéndose asuntos de naturaleza sustancial. (P. 259)

En consecuencia, se puede afirmar que en la tercería de mejor derecho será competente, por conexidad, el juez que entienda el principal. Si se presentara el supuesto de concurso o quiebra del ejecutado, por las reglas del fuero de atracción, tanto el principal como la tercería serán radicados ante el tribunal del concurso suspendiéndose su trámite. Así mismo, tanto el tercerista, como el ejecutante o el ejecutado podrán recusar al juez con o sin causa, produciendo efectos en ambos trámites, es decir en principal y tercería, si la recusación es presentada en el primero, y produciendo el cambio de juez solo en la tercería si es opuesta solo en el proceso incidental.

La demanda, deberá cumplimentar los requisitos genéricos establecidos por el art. 175 C.P.C.C. y los de admisibilidad a los que se hiciera referencia en los párrafos anteriores, es decir, verosimilitud del derecho o presentación de garantías suficientes. Al líbello introductorio de la instancia deberá dársele el trámite de juicio declarativo, correspondiendo sea abreviado u ordinario según la cuantía de la causa, determinando la misma el valor por el que se reclama la preferencia. Ante la interposición de la demanda quedarán como partes el tercerista, en el rol de actor y como demandados ejecutante y ejecutado, quienes podrán interponer excepciones, allanarse, reconvenir o reconocer el mejor derecho del tercerista, obligándose solo el litigante que lo presente.

La sentencia que resuelva el incidente se limitará a admitir o rechazar la preferencia pretendida sobre el producido del bien, con los intereses que corresponden si así fue solicitado. Contra la misma, podrán interponerse recursos ordinarios y extraordinarios, de conformidad a las leyes procesales vigentes.

3.4 Tercería de dominio

3.4.1 Concepto. Regulación legal.

Es el instrumento procesal con que se cuenta para la protección del derecho de dominio que se ve afectado en su carácter de exclusivo y perpetuo por un embargo preventivo o ejecutivo que ha sido ordenado en un proceso en el que el propietario no ha sido parte. La principal consecuencia que persigue la tercería de dominio es el levantamiento de la medida cautelar lesiva del derecho de propiedad invocado por el tercerista. Su presentación puede comprender el ejercicio de derechos sobre bienes en general, abarcando situaciones sobre muebles, inmuebles, derechos intelectuales o industriales que hayan sido embargados.

3.4.2 Admisibilidad.

Se establece una dualidad de situaciones, según si los bienes gravados sean muebles o inmuebles. Tratándose del primer caso la comprobación del dominio dependerá de si los bienes son registrables o no. Cuando no lo sean regirá la presunción del art. 1895 del código civil y comercial en virtud de la cual la posesión vale por título cuando ésta es de buena fe, por lo que bastará en principio con probar que detenta la cosa *corpus* y *animus*. En cambio, si la cosa mueble fuera registrable deberá acreditarse su titularidad del modo que las leyes especiales lo prevean, ejemplo de ello serán la inscripción en los registros nacionales para el caso de automotores, los certificados de inscripción para el caso de semovientes, entre otros. Por último, en caso de que el bien sea inmueble, al incidentista le corresponderá acompañar los instrumentos que hagan como se dijo, verosímil el derecho pretendido. En éste caso es imprescindible adjuntar al incidente el documento fehaciente que acredite el dominio invocado, es decir aquel instrumento que haga fe por sí mismo como lo son las escrituras traslativas, las de cesión de derechos hereditarios, documentos privados con firmas certificadas o las constancias pertinentes si fue adquirido por subasta judicial, la que supone la anotación a esos fines establecida en el art. 34 de la ley 5771.

Debe destacarse que al igual de lo que ocurre en la tercería de mejor derecho, en la de dominio el incidentista puede también sustituir la acreditación de la verosimilitud de su derecho

con documentos fehacientes, ofreciendo garantía suficiente hasta abarcar los posibles daños irrogados por la interposición.

Cuestión relevante también es la referida al plazo de interposición. El ordenamiento procesal determina un plazo mínimo y uno máximo para incoar la tercería. La de dominio, podrá interponerse, conforme lo establece el art. 436 del C.P.C.C.C., antes de otorgarse la posesión de los bienes. Entonces, como por esta vía se ejerce el dominio sobre el bien que ha sido embargado, se puede interponer hasta tanto no se haya hecho tradición del mismo y consecuentemente haya pasado a manos del embargante de buena fe, en una nueva subasta. Es importante recalcar que mientras se haya adjudicado y abonado el precio de la nueva subasta, pero sin que se haya hecho el otorgamiento de la posesión al embargante, el tercerista sigue aún con posibilidades de ejercer la acción.

Distinto funciona el sistema cuando se trata de bienes muebles o semovientes no registrables, donde según el art. 588 del C.P.C.C.C., verificado el remate y el pago total del precio, se hará una entrega provisoria de los bienes al adjudicatario (embargante) en carácter de depositario, transformándose en entrega definitiva una vez aprobada la subasta. En este supuesto el interesado no podrá interponer la tercería, sino que le quedará expedita la vía reivindicatoria, petitoria o la que sea que corresponda.

Por último, cabe destacar que la normativa de forma establece un plazo más, que no corre a los fines de la caducidad de la pretensión, sino como una sanción para el tercerista negligente, determinando que si la interpone pasados los diez días desde que tomó o debió tomar conocimiento del embargo o la ejecución, o desde el rechazo del levantamiento liso y llano, cargará con las costas causadas por su pretensión tardía. Ello implica que no se le cargarán las costas suscitadas de la tercería que interpone, debido a que ellas solo estarán supeditadas al resultado del incidente, sino que solo deberá soportar los gastos que se generen como consecuencia directa de la presentación extemporánea, aún cuando corresponda condenar con costas a la otra parte por declararse procedente la tercería.

3.4.3 Efectos.

Admitido el incidente, la consecuencia principal que se deriva es la suspensión del remate a favor del embargante; pudiendo incluso el accionante solicitar las medidas necesarias para el resguardo de los bienes. Resulta claro entonces que, si la tercería es admitida formalmente, con la acreditación de la verosimilitud del derecho invocado o el otorgamiento de garantía suficiente, se abre la discusión sobre el dominio invocado, suspendiéndose el remate para asegurar su resultado. Dicha suspensión se prolonga hasta la resolución de la tercería, abarcando solo el remate y o todo el proceso de ejecución, no pudiéndose ordenar ninguna otra medida tendiente a la subasta de ese bien.

En segundo término la sentencia, en caso de ser favorable, estará dirigida a obtener una declaración del derecho del tercerista tendiente a determinar que el bien embargado no pertenece al deudor ejecutado, sino por el contrario, al accionante.

3.4.4 Juicio.

En cuanto al procedimiento en sí de la tercería de dominio no caben mayores referencias que las apuntadas al analizar la tercería de mejor derecho, razón por la cual se remite a lo expresado en el apartado 3.3.5. respecto al trámite, a las partes, a la competencia del tribunal, a la recusación, a los requisitos de la demanda, al desarrollo del juicio, a la sentencia y a los recursos; con excepción de algunas salvedades como ser la acreditación del dominio que se invoca, que implicará el acompañamiento de los documentos que así lo acrediten al momento de la interposición de la tercería, y a los alcances de la sentencia, pues en este supuesto el contenido de la misma recaerá en la suspensión de la ejecución y en la declaración de que el bien no pertenece al deudor reconociendo el derecho del tercerista sobre la cosa y no el mejor derecho sobre su producido.

3.5 Vía procesal idónea para plantear la prioridad en la provincia de Córdoba en caso de embargo de un inmueble subastado

Habiendo desarrollado las tres alternativas procesales susceptibles de aplicación en supuestos en donde se encuentre controvertida la prioridad de derechos registrales, corresponde analizar cuál es la solución aplicable al caso concreto objeto de esta investigación.

Recapitulando, se puede decir que lo que se persigue en este punto es evaluar la legitimación del comprador en subasta pública de un inmueble ubicado en la provincia de Córdoba que, pese a haber adquirido y haberse registrado la comunicación de subasta, no ha concluido el trámite administrativo de inscripción, y cuyo bien ha sido alcanzado por un embargo trabado por un acreedor del sujeto subastado en otro proceso ejecutivo. Considerándose pertinente el amparo del adquirente en subasta, según las consideraciones vertidas en el capítulo anterior, se está en condiciones de sostener que la vía procesal idónea para esgrimir la defensa es la de la tercería de dominio.

Los fundamentos que pueden esgrimirse a favor de ésta postura giran principalmente en torno a que el adquirente ha concluido con el proceso íntegro del remate, perfeccionándolo y adquiriendo de manera ostensible el dominio del inmueble, en primer lugar por el carácter eminentemente público del proceso y, en segundo término, por que pese a no haber concluido la registración del cambio de titularidad, el juzgado interviniente ordeno la comunicación de subasta y ésta fue registrada con anterioridad a la traba de la medida cautelar. A estas pautas debe sumarse el principio rector de la buena fe, que juega un papel preponderante a la hora de analizar cuestiones relativas al dominio.

Siendo que, como se analizara precedentemente, la comunicación de subasta es un instituto al que no se le aplican las reglas de la caducidad, estando inscripta permite a ciencia cierta conocer que el acto de remate se ha efectivizado y que ha operado el cambio de titularidad del bien. En consecuencia, la defensa que el adquirente deberá plantear estará dirigida al reconocimiento de ese derecho de dominio que ejerce sobre el inmueble suspendiendo el remate e impidiendo cualquier acto que lleve a su realización.

Las razones que permiten optar por el ejercicio de la tercería de dominio en el supuesto planteado deben esgrimirse sobre la base de los siguientes argumentos:

- 1) Para considerar perfeccionado el remate se requiere cumplimentar, como se viera oportunamente, tres requisitos: que la subasta se encuentre aprobada por auto interlocutorio, que se haya abonado la totalidad del precio y se haya efectivizado la toma de posesión, en éste caso del bien inmueble.
- 2) La venta producida por el remate tiene un régimen de oponibilidad erga omnes, derivado de un especial régimen de publicidad otorgado por las publicaciones edictales previas y por el carácter público y abierto que reviste el procedimiento que en todo momento garantiza la regularidad, la legalidad y la seriedad de los actos que la conforman y que consolidan el dominio en cabeza del adquirente
- 3) Esta consolidación se lleva a cabo independientemente de la registración del cambio de titularidad, siendo requerida ésta solo a los fines de la continuidad del tracto y a modo de facilitarle al comprador la realización en el ámbito registral, de los actos de disposición que emerjan de su calidad de propietario.
- 4) Así mismo, debe considerarse también que cuando se ha inscripto la comunicación de subasta, el juez ha ordenado publicitar que el remate se ha llevado a cabo y que de ese modo el bien ha salido del patrimonio del que fuera su anterior dueño. Si a esta circunstancia se suma que en la provincia de Córdoba dicho asiento no tiene plazo de caducidad, puede considerarse entonces que el embargante ha podido conocer la mutación jurídico real.
- 5) Si tomamos en cuenta que el código civil y comercial brinda protección al adquirente de un inmueble por boleto de compraventa, estableciendo de manera categórica su prioridad respecto a terceros que hayan trabado medidas cautelares sobre el mismo bien si cumplimenta con las pautas determinadas en la norma, con más razón entonces, debe ampararse a quien ha comprado el bien raíz por subasta pública debido a que, pese a no haber registrado el cambio de titularidad respectivo, la publicidad que conlleva el procedimiento de remate es cuanto menos similar, sino mayor a la que puede derivarse de la celebración del boleto de compraventa.

Sobre la base de estas consideraciones, puede sostenerse entonces que el adquirente que vea conculcado su derecho, ya adquirido, puede defenderse mediante la interposición de una tercería de dominio. A diferencia de lo que ocurre con el supuesto del boleto de compraventa, se considera más acertada la elección de la tercería de dominio y no la de mejor derecho motivado en que, en el caso de la subasta el comprador adquiere efectivamente el dominio del bien con el perfeccionamiento del remate. La normativa es categórica en este sentido, porque no requiere de la inscripción de manera constitutiva, sino solo a los efectos de la oponibilidad del acto respecto de los terceros, obstáculo éste que podría considerarse cumplimentado con la inscripción de la comunicación subasta ordenada por el juez.

En consecuencia, al tercerista solo le restará acreditar su calidad de dueño mediante la incorporación al expediente del acta de remate, del auto interlocutorio que la apruebe, del recibo de pago del precio de venta, del oficio mediante el cual se ordene la toma de posesión del bien y del asiento que haga constar la anotación de la comunicación de subasta, siempre considerando que sea de fecha anterior a la traba de la medida cautelar; persiguiendo así la suspensión de la ejecución y la restitución del pleno ejercicio de su derecho real de dominio.

3.6 Conclusión

Habiéndose entonces planteado el supuesto de prioridad registral del adquirente en subasta cuyo trámite de inscripción no ha concluido frente a la pretensión del embargante acreedor del ejecutado, se descarta entonces la vía del levantamiento liso y llano del embargo y de la tercería de mejor derecho, optando como remedio procedente el de la tercería de dominio para la protección íntegra de su derecho.

Si bien podría impetrarse el reclamo, como primer medida, por la vía del levantamiento liso y llano del embargo, es importante destacar al respecto que el interesado dependerá exclusivamente de las constancias arrimadas a la solicitud, no pudiéndose abrir la causa a prueba. Sin embargo, si la sentencia denegara el pedido, el adquirente podrá interponer tercería de dominio dentro de los diez días posteriores a la notificación de la resolución desestimatoria. Más aún, podrá el mismo juez disponer la conversión de oficio además de poder hacerlo a petición de parte.

Y ¿cuál sería la razón para la interposición de una tercería de dominio y no una de mejor derecho? El fundamento de la elección sería que, como se dijera, el comprador en subasta ha adquirido con la aprobación del remate por auto interlocutorio, sumada a la cancelación del precio y al otorgamiento de la posesión; el dominio del inmueble y consecuentemente está en condiciones de defenderlo mediante la interposición de la tercería referida. Si bien el código civil y comercial dispone una tutela específica para los compradores por boleto de compraventa, es claro que el derecho del adquirente en remate es mayor que el que pueda invocar el comprador por boleto. Éste instrumento privado constituye un título suficiente pero para adquirir la posesión del inmueble, para la transmisión del dominio el comprador necesitará, además, el instrumento público. Tiene un derecho jurídicamente protegido pero es independiente al dominio del bien raíz, motivo por el cual solo tiene expedita la vía de la tercería de mejor derecho que le permite solicitar una preferencia sobre el producido del bien, sin suspender la ejecución.

Resulta claro entonces que en caso de tratarse de un adquirente en subasta, verdadero titular dominial del bien, la vía adecuada es aquella que le permita suspender la ejecución y la restitución del ejercicio de su derecho real de dominio.

Sentadas estas pautas se analizará en el capítulo siguiente los fundamentos jurisprudenciales que respaldan estas consideraciones.

Capítulo 4:
Análisis Jurisprudencial

Análisis Jurisprudencial.

Cuando se investigan alternativas ante situaciones jurídicas que resultan controvertidas, se considera importante analizar la jurisprudencia existente referida a la temática. Se recuerda que ante el cuestionamiento de si es posible en la Provincia de Córdoba que frente a un embargo posterior el adquirente en remate pueda invocar la prioridad de su derecho, se considera que aún cuando no se haya culminado con el trámite de inscripción en el registro pertinente, perfeccionado el remate, es decir, con la probación del mismo por auto interlocutorio, la cancelación del precio y el otorgamiento de la posesión al adquirente, sumada a la inscripción de la comunicación de subasta por orden del juzgado interviniente, opera la transmisión del dominio en cabeza del adquirente y en consecuencia el bien inmueble queda excluido del patrimonio del titular registral no pudiendo ser embargado por acreedores de éste.

A fin de dar sustento a la hipótesis de trabajo referida se analizarán diversos fallos, que pese a ser todos anteriores a la reforma del código civil y comercial, resuelven la cuestión planteada y otras de similares características con diversos fundamentos que pueden ser de utilidad a la finalidad de este trabajo. Es igualmente importante recalcar que, si bien se hace hincapié en sentencias dictadas en la provincia de Córdoba, por la especial regulación del instituto de la comunicación de subasta efectuada por la ley de registro provincial, también se toma en cuenta un fallo dictado en las provincia de Mendoza, donde pese a no contar con la reglamentación referida, se falla a favor de la hipótesis sostenida.

A continuación se esgrimen sintéticamente los datos relevantes de cada uno de las sentencias examinadas, encontrándose los sumarios de cada una de ellas en el anexo I de este trabajo.

El criterio de presentación escogido es el cronológico, razón por la cual, las sentencias se esgrimirán desde aquellas que datan de una fecha anterior para continuar con las resoluciones más actuales, encontrando un punto de coincidencia en el hecho de que todas han sido dictadas durante la vigencia del antiguo código civil. Posteriormente, se efectúa un análisis comparativo de los fallos, destacándose cuáles son los fundamentos utilizados por la jurisprudencia para sostener la defensa de una u otra parte en este tipo de contiendas.

4.1. Determinación de casos objeto de análisis.

Si bien los fallos completos y los sumarios realizados obran incorporados en el anexo I de este trabajo, ordenados de manera cronológica, puede efectuarse en éste acápite la siguiente síntesis de cada uno de ellos:

- 1- Autos: “PAILOS JUAN E. C/ JALIL HNOS SAICA S/ DDA RECURSO DE CASACION” (En adelante fallo Pailos). La sentencia dictada en el año 2007 por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba resuelve a favor del adquirente en subasta, pero con algunos fundamentos esgrimidos a favor del embargante en el voto en disidencia de una de sus vocales. Hechos: El inmueble objeto de la medida fue subastado judicialmente el día 13 de noviembre de 2000, con antelación al decreto que ordena la ejecución de sentencia (2003). La propiedad pasó al comprador en remate mediando óptima fe y entrega de posesión, según acta labrada por el oficial de justicia y la publicidad registral quedó configurada por la comunicación del juzgado federal que consta en el asiento del dominio subastado. No se culminó con el trámite de inscripción. El embargante posterior interpone recurso de casación por considerar que la resolución que ordenó la cancelación de la medida cautelar solicitada y puso fin al trámite de subasta anterior agravia su derecho.
- 2- Autos “SAHADE SILVANA A. v MILOTICH HECTOR Y OTROS S/ DECLARATIVO – TERCERIA DE DOMINIO – DOMINIO DE TARIF RAMON A. – YAZDE AZIZE – EXPTE. 199.850/36, (En adelante fallo Sahade), dictado por la Cámara 4ta de Apelaciones en lo Civil y comercial de Córdoba en el año 2008, en donde también se falla favor del tercerista adquirente en subasta. Hechos: El inmueble objeto de juicio, inscripto a nombre del señor Rubén W. López, es embargado por la actora en autos principales, señora Silvana Sahade. Comparecen los recurrentes y oponen contra la demandante tercería de dominio derivada de su condición de herederos del titular dominial, comprador en subasta y poseedor del inmueble embargado, pero no titular registral del mismo por no haber culminado el trámite de inscripción; manifestando además la antelación de su derecho respecto a la anotación de la medida cautelar, oponiéndose a la subasta del bien y pretendiendo el levantamiento del embargo.

- 3- Autos: “PEREZ LEONARDO DAVID Y OTS. EN J° 149.225/34.426 RAMELLA JUAN MARCOS EN J° 131.161 ZEBALLOS PEDRO D. C/ TORRIGLIA CARLOS A. P/CUMPL. DE CONTRATO P/TERCERÍA S/ INC. CAS.” (En adelante fallo Pérez) en donde un juzgado de Primera Instancia de Mendoza, resuelve en el año 2008 a favor del tercerista, siendo éste el adquirente en una primera subasta respecto a otro adquirente en subasta posterior. Hechos: El inmueble objeto de juicio se ha subastado dos veces al mismo titular registral, Sr. Carlos Torriglia, la primera de ellas en el año 1995, resultando el señor Ramella, hoy tercerista, el adquirente. En el año 1996, se aprueba la subasta ordenándose la publicidad noticia, en el año 1999 el actor solicita se comunique al registro el resultado de la subasta, otorgándosele la posesión del inmueble pero sin que opere en ningún momento la registración definitiva del cambio de titularidad. Posteriormente, se traban los embargos que traen aparejada la segunda subasta contra el titular, aprobándose la misma y ordenándose la entrega de posesión. Luego, el comprador cede los derechos y acciones derivados de la adquisición, haciéndoseles entrega de la posesión a los cesionarios. El Tribunal ordena la inscripción a nombre de los éstos, no existiendo constancia de ello. En septiembre de 2006 se incoa la tercería del señor Ramella, persiguiendo se declare la nulidad del segundo remate llevado a cabo sobre el inmueble.
- 4- Autos “BANCO DEL SUQUIA S.A. -HOY BANCO MACRO- S.A. C. LOZA ROBERTO GASPAR – EJECUCION HIPOTECARIA” (En adelante fallo Banco Suquía), en donde la Cámara 7ma de Apelaciones en lo Civil y comercial de Córdoba falló a favor de la petición del adquirente en subasta en la ejecución hipotecaria contra el posterior comprador por escritura pública de venta del inmueble subastado. Hechos: El registro de la propiedad de la provincia ordenó mediante resolución no registrar ninguno de los dos documentos ingresados para su inscripción y elevar las actuaciones al TSJ, a fin de resolver la de situaciones jurídicas superpuestas. Una, la llevada a cabo en la ejecución hipotecaria aprobada y cuyo cuerpo de inscripción se presentó en el registro de la propiedad, encontrándose el mismo en trámite al momento de la sentencia y la otra, la posterior escritura de venta del inmueble subastado, documento que también tuvo ingreso en el registro, pretendiéndose hacer valer la escritura labrada por sobre la subasta practicada y aprobada en autos, la cual ya estaba publicitada mediante comunicación.

- 5- Autos: “BELTRAMO CLEDI LIA C/ TIENDA STIFF Y OTROS S/ ORDINARIO – DESPIDO – RECURSO DE CASACION” (En adelante fallo Beltramo), en el cual el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, sentencia en el año 2010 a favor del adquirente en subasta, haciendo lugar a la tercería por él interpuesta, pero en donde el voto en minoría argumenta fundamentos a favor del embargante. Hechos: El adquirente en subasta interpone en su calidad de tercerista recurso de casación, después que la Sala Primera de la Cámara de Trabajo constituida como sala unipersonal, resolviera rechazar la tercería de dominio deducida.
- 6- Autos: “CASTAÑO NORMA S/ TERCERIA DE DOMINIO EN AUTOS: CUADERNILLO DE EJECUCION DE SENTENCIA EN: MEDINA AUTORA DEL VALLE C/ HEREDEROS DE CARLOS ALBERTO ISORNI Y/U OTROS S/ SUELDOS IMPAGOS ETC – CASACION CIVIL” (En adelante fallo Castaño), en donde el Tribunal superior de Santiago del Estero, resuelve en el año 2011 admitir la tercería pero de mejor derecho interpuesta por el adquirente por boleto de compraventa con posesión acreditada del inmueble, frente al posterior acreedor ejecutante y adquirente en subasta. Cabe aquí destacar la importancia que tiene el fallo respecto a la vía procesal idónea para plantear la defensa en casos de controversias como las planteadas en este trabajo. Hechos: La actora interpone recurso de casación contra la sentencia en segunda instancia que hace lugar a la tercería de mejor derecho interpuesta por la señora Norma Castaño. La tercerista, que demostró en la causa la transferencia sucesiva entre distintas personas de los derechos sobre el inmueble subastado, desde el titular registral Alfredo Carlos Isori hasta su padre, el señor Néstor Pascacio Castaño, quien tomó posesión del inmueble el 23.03.1981; persigue que se le reconozca su mejor derecho respecto del inmueble subastado frente al acreedor ejecutante y adquirente en subasta, señalando que la posesión referenciada es anterior al embargo trabado.
- 7- Autos “CAPRIA FRANCISCA C/ RODRIGUEZ ALICIA Y OTROS S/ TERCERIA DE DOMINIO”, dictada en el año 2013 por la Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, en donde se resolvió revocar la sentencia de primera instancia y acoger la tercería de dominio, ordenando el levantamiento del embargo trabado en los autos principales. Hechos: Con fecha 12 de marzo de 1994 la señora Francisca Capria compró a las señoras Martha Bressani y Andrea Fernanda Quadrini un

departamento ubicado en la ciudad de Mar del Plata, mediante escritura pública de dominio N° 22, la cual, pese a dos inscripciones provisionales efectuadas, no logró inscribirse de manera definitiva en el registro de propiedad correspondiente. Con fecha 13 de abril de 1999, las actoras del proceso principal lograron trabar embargo a efectos de garantizar el cobro de sus acreencias por honorarios en contra de las señoras Bressani y Quadrini. Ante esta circunstancia, la señora Capria promueve tercería de dominio contra las señoras Alicia Rodríguez y Virginia Vázquez, en su carácter de embargantes del inmueble de su propiedad.

4.2. Análisis comparativo de los fallos seleccionados

Como se manifestara en los capítulos anteriores, esta investigación ha tomado como punto de partida el supuesto que se da cuando, en la Provincia de Córdoba, un adquirente compra un inmueble en subasta pública, se aprueba la misma, se cancela el precio, se le otorga la posesión del inmueble al adquirente y el juzgado ordena y se inscribe la comunicación de subasta pero, aún así, no se concluye con el trámite administrativo de inscripción definitiva del cambio de titularidad en el registro respectivo. Frente a esta situación, encontramos un acreedor de quien era el propietario anterior, quien es aún el titular registral del bien que, para garantizar el cobro de su acreencia, traba embargo sobre el mismo inmueble, produciéndose así una situación conflictiva que gira en torno a la prioridad registral de los derechos invocados por cada parte.

Diversos fundamentos se desarrollaron para sostener que una vez perfeccionado el remate e inscripta la comunicación de subasta, puede el adquirente en subasta invocar la prioridad de su derecho por sobre el del embargante, que fundamenta su pretensión en la falta de registración definitiva del cambio de titularidad operado con la subasta.

Cabe ahora analizar, que repercusiones ha tenido en la jurisprudencia la temática esgrimida y destacar cuales han sido las pautas sobre las que se basan los fallos a favor y en contra de la hipótesis de trabajo señalada. Es importante destacar que se toman en cuenta diversas situaciones conflictivas de prioridad registral pretendida por un embargante, frente al derecho de un comprador en subasta, como así también frente al derecho de un adquirente por boleto de compraventa, cuando dichas adquisiciones no se asentaron en el registro pertinente.

También se comprara con la situación que se da en caso de que el inmueble objeto de juicio sea subastado dos veces al mismo titular registral.

Se han escogido siete sentencias diferentes, cuatro dictadas en la provincia de Córdoba, dos de ellas por el Tribunal Superior de Justicia; un fallo de primera instancia en la ciudad de Mendoza, uno del Tribunal Superior de Justicia de Santiago del Estero y el último dictado por una Cámara Civil de la ciudad de Mar del Plata.

Se resalta que en todas las sentencias expuestas se falla a favor del tercerista, que en algunas ocasiones son adquirentes en subasta, en otros compradores por boleto de compraventa, y en otras adquirentes por escritura pública. El punto de coincidencia en todos es sin duda, la falta de registración o de finalización del trámite de inscripción definitiva en el registro pertinente, que permite a los posteriores embargantes tomar como propietarios de los inmuebles a quienes aún figuran como titulares registrales del bien en los asientos respectivos. Pese a la búsqueda no se ha encontrado sentencia alguna que resuelva a favor del embargante. Aún así, pueden resaltarse en fallos Pailos y Beltramo, ambos del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, los argumentos vertidos en disidencia por la Vocal Blanc de Arabel, donde se sostiene enfáticamente la protección del pretendiente posterior que busca el amparo de su derecho fundado en la falta de culminación del trámite administrativo de inscripción.

¿Cuáles son entonces las líneas argumentativas que se esbozan a favor del embargante y cuales a favor del tercerista? El amparo minoritario al embargante encuentra apoyo en los fundamentos vertidos minoritariamente en las dos resoluciones referidas donde, después de tres años, la vocal Blanc de Arabel mantuvo su postura a favor del embargante, fundamentalmente basada en el sistema de adquisición de dominio de inmuebles preceptuado por el art. 2505 del C.C. que reformado por la ley 17.711, en aquel entonces determinaba un sistema con doble cause; requiriendo título y modo suficientes. Ese modo, según su criterio, estaba dado por la tradición para Vélez Sarsfield y por la inscripción registral, luego de la reforma de la ley referida, para que se juzgara perfeccionada y fuera oponible a terceros. Así mismo se distinguió que el art. 2505 C.C. reformado, incorporó el requisito de la publicidad registral al imponer la inscripción del respectivo título en los registros inmobiliarios, para que el negocio jurídico sea oponible *erga*

omnes, destacando la magistrada también que con el hecho de que se le haya hecho entrega de posesión al adquirente en subasta no se cumplimenta con esa publicidad exigida.

Señala, así mismo, que el art. 2 de la ley de registro nacional, dictada para complementar la normativa sustancial, dispone que para su publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones de esa ley, en los mencionados registros se inscribirán o anotarán, según corresponda, los siguientes documentos: a) Los que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles. b) Los que dispongan embargos, inhibiciones y demás providencias cautelares y que en el caso al no completarse el trámite de inscripción definitiva, no se ponía en duda quien era el titular del bien, debido a que el dominio nunca alcanzó a modificarse.

Es claro entonces, como para cierto sector de la jurisprudencia cobra relevancia la publicidad registral toda vez que, celebrado el negocio jurídico y efectuada la tradición del inmueble el acto se torna válido entre las partes pero no frente a terceros interesados que podrán reclamar la inoponibilidad del acto si no se encuentra finalizado el trámite de registración.

Es en el fallo Capria en donde, también en minoría, se esgrimen argumentos a favor del embargante, no solo en cuanto a lo que conforma la materia registral del caso, sino también en cuanto a la vía procesal idónea para plantear la defensa por parte del tercerista, punto éste que se analizará más adelante. El juez marplatense que vota por la minoría concuerda con que el derecho real de dominio no es oponible a terceros hasta que se cumpla la inscripción registral, debido al carácter declarativo que reviste el asiento. Considera el magistrado también que el derecho real preexiste al registro, por no ser éste constitutivo y que la funcionalidad de la inscripción se halla entonces en la publicidad y oponibilidad respecto de terceros. Por último, destaca que si se deja vencer una inscripción provisional interrumpiéndose el tracto entre la inscripción definitiva y la anotación provisoria y su eventual prórroga, desaparecerá la retro prioridad adquiriendo virtualidad la nueva presentación posterior en el registro, resaltando que la anotación registral solo guardará prioridad y garantizará la inmutabilidad de la situación registral durante el plazo de vigencia. Esto se traduce en que si el tercerista de algún modo tuvo acceso a la publicidad registral, deberá asumir las consecuencias de la falta de culminación del trámite respectivo.

Sintetizando, la protección del embargante se fundamenta entonces, en el régimen de oponibilidad que establecía el art. 2505 del viejo código requiriendo la inscripción para que el negocio jurídico tuviera efectos frente a terceros. También en la necesidad de inscripción que establece el art. 2 de la ley 17.801 y la asunción de consecuencias por parte del adquirente que su actuar negligente provoca.

En la posición contraria, se encuentran las opiniones mayoritarias que, con el afán de rebatir las postulaciones anteriores, recurren a las siguientes razones. En primer lugar que la inscripción que preveía el art. 2505 no era perfeccionadora cuando la adquisición del inmueble se produce por subasta pública, puesto que para que se considere transferido el dominio, solo se requiere aprobación del remate por auto interlocutorio, pago total del precio y entrega de posesión. Éste extremo es puesto de manifiesto en causas Pailos, Pérez, Beltramo y Capria. Como consecuencia de ello, en la causa Pailos se sostiene también que el carácter de la inscripción es meramente declarativo, motivo por el cual la falta de culminación de los trámites administrativos no puede menoscabar la transferencia cierta del dominio, operada ya al perfeccionarse la subasta. En Pérez se efectúa incluso, el paralelo entre el auto aprobatorio de subasta con la escritura pública de venta y el otorgamiento de la posesión con la tradición, perdiendo en tal caso todos los derechos que sobre el inmueble tenía su propietario anterior y adquiriéndolos el titular del bien. Cuando ni la contraparte ni el propio tribunal ponen en duda la existencia de título y modo, aceptan el derecho de dominio adquirido por el comprador en remate.

En párrafo aparte conviene desarrollar los argumentos vertidos a favor de la implementación del asiento de comunicación de subasta. Si bien en causa Pailos se menciona, es en fallos Sahade y Banco Suquía donde se profundiza más sobre la cuestión, y en causa Capria donde se hace referencia a cuestiones similares pero referidas a la publicidad que deriva de una inscripción provisional.

Volviendo al instituto de la comunicación de subasta, se ha dicho en este trabajo como la ley de registro cordobesa y la resolución general número 1/2008, regulan de manera novedosa el instituto que adquiere plena vigencia y aplicación en la provincia. Se ampara en esta específica regulación también la jurisprudencia y ello queda plasmado en los dos fallos cordobeses referidos en el párrafo precedente. En Sahade se pone de manifiesto que si bien no se inscribió de

manera definitiva el cambio de titularidad derivado del remate, si se encontraba inscrita la comunicación de subasta. Señala así mismo que dicho asiento no tiene plazo de caducidad, salvo el de diez años previsto por la legislación común y que el mismo no corresponde sino a un plazo de prescripción. Destaca que los plazos de caducidad deben estar fijados expresamente por la ley quedando fuera del alcance de la voluntad de las partes y de las autoridades del registro y que dentro de las caducidades expresamente establecidas en el art. 37 de la ley 17.801, no se incluye plazo para el asiento de caducidad. En idéntico sentido se manifiesta la Cámara de Apelaciones en lo Civil en fallo Banco Suquía, donde se determina que en la ley registral cordobesa la anotación de remate realizado no tiene plazo de caducidad y por lo tanto sería indistinto si el registro deniega o concede alguna prórroga en el plazo de inscripción definitiva, debido a que por estar expresamente contemplado en la ley, el asiento conservará su validez y efectos hasta tanto se sustancie el trámite judicial.

Restaría observar el criterio adoptado en otras provincias respecto a situaciones que tengan que ver estrictamente con cuestiones de prioridad en adquisiciones de inmuebles por subasta, ya que los demás casos contemplados, si bien se presentan cuestiones similares, las mismas son referidas a compras por boleto de compraventa o mediante escritura pública que no han tenido la debida inscripción.

Otro punto a tener en cuenta en el análisis es el tratamiento que se le otorga al principio de buena fe. Dentro de las sentencias anexadas, el principio de buena fe es tratado con mayor intensidad en fallo Castaño y en fallo Beltramo. Habiendo efectuado en el capítulo dos de esta investigación la comparación entre la protección brindada en conflictos de prioridad a los adquirentes de inmuebles en subasta respecto al amparo del art. 1170 del código civil y comercial, otorgado a los compradores por boleto de compraventa, se destaca en este análisis jurisprudencial las líneas argumentativas vertidas en el fallo Castaño, en donde el Tribunal Superior de Justicia de Santiago del Estero se manifiesta a favor del tercerista ordenando el levantamiento del embargo. Si bien, ha operado respecto a la fecha de la sentencia la reforma del articulado referido, cabe analizar los presupuestos tenidos en cuenta por el Tribunal a efectos de compararlos con las consideraciones efectuadas precedentemente en esta investigación.

Así entonces, debe partirse de los presupuestos exigidos por la norma y que el tribunal consideró cumplimentados, a saber: pago de precio, fecha cierta, buena fe del comprador y crédito del adquirente anterior al del embargante. También considera el juzgador que si bien el art. 1185 bis se refería a la oponibilidad del boleto en caso de concurso o quiebra del vendedor, nada obstaba a que pudiera la defensa esgrimirse en cualquier otro proceso ejecutivo, en tanto se encontraran cumplimentados los recaudos recién mencionados.

Por último cabe destacar que, en el caso, la defensa interpuesta por el adquirente fue ejercida mediante una tercera pero de mejor derecho, expresando el tribunal al respecto que el boleto constituye un título suficiente para adquirir la posesión aunque falte el instrumento público que la ley exige para la transmisión del dominio, y que aún así, para el ordenamiento civil constituye un derecho jurídicamente protegido, con independencia del dominio, manifestándose entonces a favor de la legitimación del tercero adquirente en el ejercicio de ese tipo de tercera.

Respecto a la consideración del principio de buena fe efectuada en el fallo Beltramo, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba sostuvo que debía ligárselo al principio de publicidad registral, toda vez que a través del mismo se pretende poner a disposición del público la posibilidad de conocimiento sobre determinadas situaciones jurídicas que afecten inmuebles. La importancia que cobra para el juzgador en este caso el principio de la buena fe, radica en la relevancia que adquiere cuando se invoca falta de información. Para el sentenciante la letra del art. 2505 no debe habilitar a cualquier tercero a desconocer un hecho real porque por no culminar el trámite de inscripción, la subasta no tuvo plena oponibilidad. Este aspecto se encuentra relacionado en este caso con la publicación de edictos, pero puede relacionarse también con el asiento de la comunicación de subasta, ordenada en otros supuestos por el juzgado interviniente.

Por último, cabe hacer una consideración a dos aspectos relevantes surgidos del fallo Capria y que no habían sido tomados en cuenta hasta ahora en esta investigación. El primero de ellos está relacionado con el principio de simple legitimación recogido por el registro inmobiliario argentino que implica que la repartición presume *iuris tantum* y nunca *iure et de iure* que los derechos inmobiliarios se encuentran inscriptos y corresponden a su titular registral, pero no garantiza al tercero de una manera absoluta, la exactitud de las constancias registrales, quedando en consecuencia el afectado autorizado a probar lo contrario, corroborando el desacuerdo de la

realidad extra registral que en ciertas circunstancias puede provocar la mutación de la situación registral que le ha ocasionado el perjuicio.

El segundo, y que de algún modo deriva del principio recién referido, tiene que ver con la carga de la prueba ya que en este fallo el tribunal considera que es indudable que debe liberarse de la misma al titular registral, manteniéndose entonces en cabeza del titular del dominio no inscripto la obligación de acreditar la inexactitud de los asientos que sostiene, debiendo probar indefectiblemente que adquirió el derecho real con anterioridad a la traba de la medida cautelar. Producida esa prueba, enfatiza el juzgador, no puede desconocerse un derecho legítimamente constituido, con fundamento en que es inoponible al tercero, ya que si éste alega su buena fe, no podrá ésta basarse solamente en haber confiado en las constancias registrales, recalcando que el error de derecho no es excusable.

4.3 Conclusión

Con la finalidad de encontrar paralelos jurisprudenciales a los puntos de investigación desarrollados en el presente trabajo, se ha volcado el análisis de siete fallos, dictados por tribunales de diferentes provincias en donde se ha decidido la protección de adquirentes de inmuebles que por no haber concluido el trámite de inscripción en el registro pertinente, han visto conculcado su derecho viéndose en la obligación de recurrir al órgano jurisdiccional solicitando su reconocimiento.

El objetivo principal de este acápite consiste en identificar las líneas argumentativas judiciales utilizadas y compararlas con las vertidas en los capítulos uno, dos y tres, donde se ha analizado el régimen de adquisición de derechos reales en general y del dominio en particular, el sistema de publicidad adoptado en nuestro país, la manera en que juega el principio de prioridad ante situaciones conflictivas, dadas no solo entre adquirente en subasta y embargante, sino también entre dos adquirentes en subastas distintas o entre un adquirente por boleto de compraventa y un embargante. También es propicio resaltar los criterios tomados en cuenta para el perfeccionamiento de la subasta y el régimen de su comunicación, considerados en el capítulo dos, que coincidentemente son los aplicados por los jueces en estos decisorios. Por último, si bien se ha analizado el nuevo régimen implementado por el código civil y comercial para la

oponibilidad el boleto de compraventa en su art. 1170, no se ha podido plasmar el criterio judicial a seguir por no encontrarse fallo alguno que lo resuma. En consecuencia, si bien se han podido determinar los argumentos tenidos en cuenta bajo la implementación del viejo art. 2505, se han puesto de manifiesto los mismos por ser coincidentes con las consideraciones desarrolladas en el último punto del capítulo dos.

Para finalizar no puede dejar de destacarse que de manera similar a las manifestaciones jurisprudenciales, la elección de la vía de la tercería de dominio como camino procesal idóneo para plasmar la defensa del adquirente en subasta, debe primar por sobre la de mejor derecho, por considerarse que cumplimentados los requisitos de perfeccionamiento del remate, el adquirente se transforma en el titular dominial del bien.

No se han detectado, pese a su intensa búsqueda, fallos dictados a favor del embargante y sentencias que hayan resuelto la cuestión planteada bajo la luz de la regulación del código civil y comercial vigente. Pese a ello, se ha decidido desarrollar el análisis efectuado, por considerarse que pese a la nueva normativa, los criterios son de todos modos, coincidentes, oportunos y plenamente aplicables.

Conclusión final.

Cuando un sujeto se cuestiona si en la provincia de Córdoba, frente a un embargo posterior al remate ¿puede el adquirente invocar la prioridad si se registró la comunicación de subasta pero no se finalizó el trámite de inscripción?, se plantea claramente un problema de prioridad registral. Ante ello, las respuestas pueden ser diversas. Una hipótesis abarca la protección del embargante que, amparada estrictamente en el sistema de registración establecido por el ordenamiento jurídico argentino, determina la necesidad de la publicidad de los actos que provoquen mutaciones jurídicas sobre el inmueble, logrando de ese modo la oponibilidad a terceros exigida por el actual art. 1893 del código civil y comercial. En otro extremo, la hipótesis diametralmente opuesta y amparada en la buena fe, pretende dar protección a quien en los hechos resulta ser el titular dominial del bien, es decir, aquel que reúne los requisitos de título y modo pero que no logra el reconocimiento registral de su derecho por no haber culminado el trámite de inscripción respectivo.

La finalidad principal de este trabajo consiste en determinar bajo que supuestos y con qué fundamentos quien se dice dueño de un inmueble, por haberlo adquirido en remate, puede repeler una medida cautelar ordenada contra el mismo bien en un proceso ejecutivo seguido contra quien es aún el titular registral.

Para dar respuesta a esta hipótesis, primero se deja en claro las premisas sobre las cuales el ordenamiento jurídico argentino considera que una persona adquiere o no el dominio de un inmueble. Así se concluye que por disposición del art. 1893 del código civil y comercial el ordenamiento jurídico argentino requiere título y modo y que solo a los efectos de lograr oponibilidad del acto frente a terceros, se requiere de la registración (según el caso), motivo por el cual queda claro que el sistema de inscripción, para el caso de los inmuebles solo tiene un carácter meramente declarativo.

Así mismo, en el supuesto de adquisición por subasta pública se considera que los requisitos de título y modo se cumplimentan con el dictado el auto interlocutorio aprobatorio de la misma y con la entrega de posesión ordenada por el juzgado interviniente, previo pago total del precio.

Se destaca también el régimen diferenciado de publicidad que goza la subasta, en un primer momento mediante de la publicación de edictos y, con posterioridad, con el asiento de la comunicación de subasta realizada, ordenado por el mismo tribunal que llevó adelante el proceso.

Debe resaltarse indefectiblemente la importancia que cobra el instituto de la comunicación de subasta a efectos de tornar oponible la adquisición frente a terceros, aún cuando no se haya efectuado la registración del cambio de titularidad. El asiento permite obtener una publicidad noticia que determinaría la necesidad de, al menos, indagar con anterioridad a la traba de la nueva medida cautelar, si el remate efectivamente concluyó y si ha operado el cambio de titularidad que la adquisición conlleva. Más aún, se precisa que el asiento de comunicación tiende a lograr el desapoderamiento jurídico del bien, equiparando lo que en materia de bienes muebles se logra con el secuestro. Córdoba es considerada pionera en la reglamentación de este instituto, por lo que cada vez se profundiza más el requerimiento por parte de la doctrina y la jurisprudencia, respecto a la necesidad de implementar a nivel nacional un sistema que resulte similar.

Pero además del régimen especial establecido para la subasta, ¿en qué otro argumento se encuentra apoyo a la protección del adquirente en remate? Claramente en el amparo brindado al comprador por boleto de compraventa, que el código civil y comercial ha ampliado con la implementación del actual art. 1170.

La normativa vigente establece un sistema de oponibilidad especial mediante el cual se le otorga prioridad al poseedor de buena fe por boleto de compraventa, frente a un acreedor embargante, siempre que dé cumplimiento a los requisitos establecidos, a saber: que haya obrado de buena fe, que haya contratado con el titular registral o pueda subrogarse en los derechos de éste, que haya pagado al menos el veinticinco por ciento del precio, que el instrumento haya sido dotado de fecha cierta y que la adquisición tenga publicidad suficiente, sea registral o posesoria. Cabe entonces cuestionarse ¿como si se brinda amparo a quien tiene solo un derecho personal de exigir la escrituración correspondiente frente a la agresión de un acreedor que pretende embargar el inmueble adquirido, no se puede entonces proteger a quien ya es el titular dominial del bien, por haber cumplimentado con los requisitos de título y modo suficientes, aún cuando no lo haya inscripto?

Está claro entonces que por las consideraciones vertidas en el segundo capítulo, la protección al adquirente en subasta, debe nuevamente prosperar y esto es así debido a que en la subasta es un juez el que otorga el título, en un proceso publicitado de manera amplia, que finaliza con el dictado de un auto interlocutorio de aprobación como instrumento de carácter público y que, además, debe ser considerada como un acto jurisdiccional oponible erga omnes por su especial naturaleza. Consecuentemente, cuando el mismo juzgado ordena la inscripción del asiento de comunicación de subasta el requisito de la publicidad registral se encuentra cumplimentado con creces. Además, a efectos de que pueda considerarse publicidad suficiente en los términos previstos en el art. 1893, deberá tenerse en cuenta también la toma de posesión ordenada por el juez mediante oficio y que, ejercida por el adquirente de manera pública, hará ostensible aún más la adquisición a su favor.

Habiendo fundado la postura a favor del comprador en subasta, resulta oportuno enfatizar la importancia de elegir a la tercería de dominio como vía procesal idónea para invocar dicha defensa. A tal fin, se compara la solicitud de levantamiento liso y llano del embargo, la tercería de mejor derecho y la tercería de dominio, concluyendo que al tener el adquirente en subasta un derecho real de dominio consolidado en su persona por el reconocimiento judicial efectuado, no queda margen de duda que la vía procesal a través de la cual se debe solicitar su amparo, es ésta última. El efecto que provoca una sentencia favorable es el reconocimiento del tercerista tendiente a determinar que el bien embargado ya no pertenece a deudor, sino que mediante un procedimiento público el nuevo titular ha adquirido de manera ostensible el dominio del inmueble, pudiendo requerir el auxilio jurisdiccional en caso de que el mismo se vea afectado.

Resulta preponderante destacar, como la postura asumida en este trabajo encuentra sustento jurisprudencial para sostener cada uno de los extremos invocados. Así entonces, se analizan siete fallos que ampliando el espectro de situaciones fácticas, al incluir no solo adquisiciones en remates no inscriptas, sino también compras por boletos o mediante escrituras públicas no registradas, permitieron identificar las coincidencias de criterios aplicados, argumentando principalmente la necesidad de conjugar el principio de prioridad registral con el de buena fe y destacando que la falta de culminación del trámite administrativo no puede menoscabar la transferencia cierta del dominio, admitiéndose ampliamente la protección del comprador, sea mediante la interposición de una tercería de dominio cuando ha adquirido por

subasta o escritura no inscripta, sea mediante tercería de mejor derecho, cuando el título de su adquisición ha sido un boleto de compraventa.

Se considera oportuno por último resaltar la necesidad propiciada por la doctrina, de que la ley nacional de registro adapte su normativa a las innovaciones introducidas por la ley cordobesa en materia de comunicación de subasta y de la falta de caducidad del asiento respectivo.

Anexo I:
Jurisprudencia

Jurisprudencia

6.1 Fallo Pailos.

6.1.1 Sumario.

CAUSA: “PAILOS JUAN E. C/ JALIL HNOS SAICA S/ DDA. RECURSO DE CASACION”

AÑO: 2007

TRIBUNAL: TRIBUNAL SUPERIR DE JUSTICIA CORDOBA

ACTOR: PAILOS JUAN E

DEMANDADO: JALIL HNOS SAICA

ADQUIRENTE EN SUBASTA: VECCHIETTI

HECHOS: El inmueble objeto de la medida fue subastado judicialmente el día 13 de noviembre de 2000, con antelación al decreto que ordena la ejecución de sentencia (2003). La propiedad pasó al comprado en remate mediando óptima fe y entrega de posesión, según acta labrada por el oficial de justicia y la publicidad registral quedó configurada por la comunicación del juzgado federal que consta en el asiento del dominio subastado. No se culminó con el trámite de inscripción. El embargante posterior interpone recurso de casación por considerar que la resolución que ordenó la cancelación de la medida cautelar solicitada y puso fin al trámite de subasta anterior agravia su derecho.

FALLO SEGUNDA INSTANCIA: Ordena la cancelación de los embargos trabados sobre un lote de terreno en autos, ordenando poner fin al trámite de subasta anterior, por considerar que mediando óptima fe, entrega de posesión y configurada la comunicación de subasta por el juzgado federal, la propiedad pasó al comprador en remate público.

FALLO TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA: Resuelve declarar formalmente inadmisibile el recurso de casación interpuesto, argumentando que, en principio, el levantamiento de una medida cautelar de acuerdo a las normas procesales de aplicación no es revisable en casación. El presentante no concreta un perjuicio actual y definitivo que derive directamente de la resolución

atacada, no evidencia una privación de justicia que afecte se derecho de defensa ni justifica por que hacer efectivo el cumplimiento de la sentencia sería imposible, ilusorio o al menos improbable.

Sin embargo, en opinión de la Sra. Vocal Dra. Mercedes Blanc de Arabel: se esgrimen argumentos que fundamentan la protección del embargante por sobre el adquirente en subasta, manifestando que la decisión del a quo carece de respaldo legal.

FUNDAMENTOS: A favor del adquirente en subasta: Hubo óptima fe, entrega de posesión según acta labrada por el oficial de justicia y la publicidad registral que quedó configurada por la comunicación del juzgado federal que consta en el asiento de domino subastado. En consecuencia la falta de culminación de los trámites administrativos no puede menoscabar la cierta transferencia del dominio.

- a) Opinión de Blanc de Arabel: Es necesario destacar, obviando el escollo formal que provoca la inadmisibilidad de la impugnación que la decisión del a quo carece de respaldo legal. Ello porque se sustentó en la compra del inmueble en subasta judicial... y en la publicidad registral a su juicio verificada por la posesión del bien constatada en el acta del oficial de justicia.
- b) Conforme el derecho argentino la adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, se estructura en base a un sistema con doble cause; se requiere título y modo – tradición (para Vélez Sarsfield) e inscripción registral (luego de la reforma de la ley 17.711) – para que se juzgue perfeccionada y sea oponible a terceros. El art. 2505 CC reformado por dicha ley incorporó el requisito de la publicidad registral al imponer la inscripción del respecto título en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que correspondiere, para que el negocio jurídico seo oponible erga omnes.
- c) La ley 17.801 fue dictada para complementar las normas pertinentes de la materia. Así el art. 2 de la ley 17.801 reza: “De acuerdo a lo dispuesto por los arts. 2505; 3135 y concordantes del código civil, para su publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones de esta ley, en los mencionados registros se inscribirán o anotarán, según corresponda, los siguientes documentos:
 - a) Los que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles.
 - b) Los que dispongan embargos, inhibiciones y demás providencias cautelares.

- d) El incidentista pide la cancelación del embargo por que adquirió el inmueble en subasta, anotada provisoriamente por orden del juzgado... pero no se determinó que el trámite se hubiese completado. De tal modo es de toda certeza que no estaba en juego aquí quien es el titular del bien, desde que el dominio no alcanzó a modificarse, aspectos en los que las partes están contestes.
- e) Así la concusión del tribunal referida a que pasó la propiedad al comprador en remate público carece de respaldo argumental. Otorgarle valor a la posesión del bien para con ello considerar que existe suficiente publicidad registral, no es adecuado a la normativa vigente, desde que si bien la el negocio jurídico y la tradición torna válida la transmisión entre partes y ante terceros extraños, conforme lo anteriormente dicho, ello no es suficiente para que tenga efectos contra terceros interesados, en el caso, el actor embargante en autos.
- f) Era necesario analizar a los fines de decidir el levantamiento de la cautelar, si al tiempo de su anotación por orden del a quo, la inscripción provisoria estaba vigente o había caducado por el transcurso de los 180 días -y sus eventuales prórrogas- , previstos por las resoluciones del organismo respectivo.

6.2 Fallo Sahade.

6.2.1 Sumario.

CAUSA: SAHADE SILVANA A. v MILOTICH HECTOR Y OTROS S/ DECLARATIVO – TERCERIA DE DOMINIO – DOMINIO DE TARIF RAMON A. – YAZDE AZIZE – EXPTE. 199.850/36

TRIBUNAL: CAMARA 4TA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE CORDOBA.

AÑO: 2008

ACTOR: SILVINA A. SAHADE

DEMANDADO: RUBEN LOPEZ

TERCERISTA: RAMON TARIF – YAZDE AZIZE

FALLO PRIMERA INSTANCIA: Resuelve no hacer lugar a la tercería.

FALLO SEGUNDA INSTANCIA: Ordena revocar fallo de primera instancia haciendo lugar al recurso de apelación y en consecuencia receptor sustancialmente a la pretensión, haciendo lugar a la tercera.

FUNDAMENTOS:

- a) Si bien no se hizo constar la realización de la subasta y el posterior cambio de titularidad, se encuentra aprobado el remate y se ha puesto en posesión del inmueble al adquirente.
- b) La doctrina señala que la anotación misma del remate no tiene plazo de caducidad, salvo el de diez años, previsto por la legislación común.
- c) Los plazos de caducidad tienen que estar fijados expresamente por la ley, y no pueden ser creados ni por la voluntad del embargante, ni por las autoridades administrativas del registro, y ni siquiera por los magistrados. El art. 37 de la ley 17.801 que regula las caducidades establece que las caducidades que operan de pleno derecho contemplando solo las del inciso a) referidas a la hipoteca y las mencionadas en el art. 2 del mismo cuerpo referidas a los embargos, inhibiciones y demás providencias cautelares, no contemplándose la comunicación de subasta entre ellas.
- d) La vigencia del asiento está supeditada a la duración del expediente de aprobación del remate. Cuando el trámite finaliza con el auto de aprobación de la subasta y esa resolución se encuentra firme e inatacable ¿Qué plazo tiene el adquirente para petitionar su inscripción en el registro? Ese plazo es el que la jurisprudencia fija para la actio res iudicata, que no prescribe hasta los diez años de la resolución y no se trata de un plazo de caducidad sino de prescripción, motivo por el cual no puede ser declarada oficiosamente requiriendo el planteo de parte interesada en la primera oportunidad procesal.

6.3 Fallo Pérez.

6.3.1 Sumario.

CAUSA: “PEREZ LEONARDO DAVID Y OTS. EN J° 149.225/34.426 RAMELLA JUAN MARCOS EN J° 131.161 ZE-BALLOS PEDRO D. C/ TORRIGLIA CARLOS A. P/CUMPL. DE CONTRATO P/TERCERÍA S/ INC. CAS.”.

TRIBUNAL: PRIMERA INSTANCIA – PROVINCIA DE MENDOZA

AÑO: NOVIEMBRE DE 2008

ACTOR: ZEBALLOS PEDRO

DEMANDADO: TORRIGLIA CARLOS

ADQUIERENTE EN SEGUNDA SUBASTA: ENRIQUE NUÑEZ (CEDE DERECHOS A LEONARDO, ANA CAROLINA Y MARIANO ALEJANDRO PEREZ).

TERCERISTA: JUAN CARLOS RAMELLA

HECHOS: El inmueble objeto de juicio se ha subastado dos veces al mismo titular registral, Sr. Carlos Torriglia, la primera de ellas en el año 1995, resultando el señor Ramella, hoy tercerista el adquirente. En el año 1996, se aprueba la subasta ordenándose la publicidad noticia, en el año 1999 el actor solicita se comunique al registro el resultado de la subasta, otorgándosele la posesión del inmueble el 06 de noviembre del año 2000, sin que opere en ningún momento la registración definitiva del cambio de titularidad. En diciembre del año 2000 y agosto de 2011, se traban los embargos que tren aparejada la segunda subasta contra el titular registral realizada el día 30 de septiembre de 2003, siendo el adquirente el Sr. Núñez, aprobándose la misma el día 9 de diciembre de 2003, ordenándose la entrega de posesión el día 12 de febrero de 2204. Luego, el señor Núñez cede los derechos y acciones derivados de la adquisición a Leonardo, Ana Carolina y Mariano Alejandro Pérez, quienes solicitan la posesión efectiva del bien, otorgándose las el día 22 de noviembre de 2004. En febrero de 2005 el Tribunal ordena la inscripción a nombre de los adquirentes, no existiendo constancia de ello. En septiembre de 2006 se incoa la tercería del señor Ramella, persiguiendo se declare la nulidad del segundo remate llevado a cabo sobre el inmueble.

FALLO PRIMERA INSTANCIA: Hace lugar a la tercería de dominio incoada y en consecuencia, declara nula la segunda subasta realizada sobre el inmueble, como así también los actos posteriores que le han precedido dependientes de aquella. Costas por el orden causado.

FUNDAMENTOS:

- a) Facultad que posee el pretor de calificar jurídicamente la pretensión, haciendo uso del viejo brocárdico iuria novit curia, dejando de lado las alegaciones de derecho expuestas por las partes

y dirimir el conflicto litigioso poniendo su criterio jurídico, vale decir, subsumiendo la realidad fáctica en la norma o normas jurídicas que entienda aplicables.

- b) Se considera innecesaria la publicidad registral de la subasta judicial como condición de oponibilidad. La subasta judicial se perfecciona después de la resolución aprobatoria de la misma, mediante el pago del precio y la entrega de la posesión.
- c) El art. 2505 del código civil con el texto de la ley 17711 introdujo como principio general del sistema de la publicidad registral de los títulos inmobiliarios como condición de oponibilidad a terceros que ostentan un interés legítimo, ello a los fines de que la publicidad y oponibilidad de la situación registral de esa certeza y seguridad jurídica a las operaciones inmobiliarias, publicidad que ya estaba en los ordenamientos públicos provinciales. Esa publicidad debe otorgar prioridades, de lo contrario sería inútil.
- d) La inscripción registral prevista por la nueva redacción del art. 2005 del C.C. no se extiende a la adquisición de un inmueble en pública subasta... Tal inscripción no es perfeccionadora, pues el derecho real adquirido en la subasta se ha perfeccionado extra registral, apareciendo aquella por la necesidad del tracto sucesivo, sirviendo para dar continuidad a la cadena de transmisiones.
- e) Cuando la compra acontece en un remate judicial, el auto aprobatorio sustituye a la escritura y el otorgamiento de la posesión es el equivalente a la tradición, perdiendo en tal caso todos los derechos que sobre el inmueble tenía su anterior propietario y adquiriéndolos el comprador del bien.

6.4 Fallo Banco Suquía.

6.4.1 Sumario.

CAUSA: “BANCO DEL SUQUIA S.A. -HOY BANCO MACRO- S.A. C. LOZAROBERTO GASPAR – EJECUCION HIPOTECARIA”

TRIBUNAL: CAMARA 7MA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE CORDOBA.

AÑO: 2009

ACTOR: BANCO SUQUIA – HOY BANCO MACRO- S.A.

DEMANDADO: ROBERTO G. LOZA

ADQUIRENTE EN SUBASTA: GUISI S.A. (NO TERCERISTA)

HECHOS: El registro general de la provincia de Córdoba ordena por resolución no registrar ninguno de los dos documentos ingresados para su inscripción, resolviendo elevar las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia para su remisión a la Cámara Civil y Comercial que por turno corresponda a fin de resolver el conflicto suscitado respecto a un inmueble del señor Loza, en virtud de situaciones jurídicas superpuestas. Una, la llevada a cabo en la ejecución hipotecaria con fecha 20-12-2001, aprobada el 05-03-2007 y cuyo cuerpo de inscripción se presentó en el registro de la propiedad el 06-12-2007, encontrándose el mismo en trámite al momento de la sentencia. Otra, la posterior escritura de venta del inmueble subastado... documento que también tuvo ingreso en el registro el día 01-06-2007. Se pretende entonces, hacer valer la escritura labrada por sobre la subasta practicada y aprobada en autos, la cual ya estaba publicitada mediante comunicación.

FALLO SEGUNDA INSTANCIA: Se resuelve revocar la resolución del registro general y acoger la petición del adquirente en subasta disponiendo la inscripción del bien a nombre de Guisi S.A.

FUNDAMENTOS:

- a) La comunicación de subasta no caduca y recién prescribe a los diez (10) años colocando en situación de mala fe a quien transfiere y a quien adquiere en conocimiento de la subasta, en virtud del art. 35 de la ley provincial 5771.
- b) En la ley registral cordobesa la anotación de remate realizado no tiene plazo de caducidad y en nada influye para ello el que el registro conceda o niegue prórrogas, ya que por imperio de la ley ese asiento conservará su validez y efectos mientras se substancie el trámite judicial.
- c) Las comunicaciones de subastas no caducan y este acto jurídico registral tiene como finalidad noticiar a los terceros acerca de la realización del acto de subasta con un sentido preventivo.

6.5 Fallo Beltramo.

6.5.1 Sumario.

CAUSA: “BELTRAMO CLEDI LIA C/ TIENDA STIFF Y OTROS S/ ORDINARIO – DESPIDO – RECURSO DE CASACION”

TRIBUNAL: TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CORDOBA

AÑO: 2010

ACTOR: CLEDI LIA BELTRAMO

DEMANDADO: TIENDA STIFF Y OTROS

TERCERISTA: GERARDO PEDRIDO

HECHOS: El adquirente en subasta interpone como tercerista recurso de casación, después que la Sala Primera de la Cámara de Trabajo constituida como sala unipersonal, resolviera rechazar la tercería de dominio deducida por el señor Gerardo Pedrido, con costas por el orden causado.

FALLO SEGUNDA INSTANCIA: Sala primera de la Cámara del Trabajo constituida como sala unipersonal resuelve rechazar la tercería de dominio deducida por el señor Gerardo Pedrido, con costas por el orden causado.

FALLO TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA: Resuelve admitir el recurso interpuesto por el señor Pedrido y casar el pronunciamiento de la Cámara haciendo lugar a la tercería de dominio interpuesta. Costas por el orden causado atento la disidencia en los votos.

FUNDAMENTOS:

MAYORIA: (DRES RUBIO Y GARCIA ALLOCCO)

- a) La falta de culminación del trámite administrativo no debe menoscabar la transferencia cierta del dominio.
- b) El principio de publicidad registral debe conjugarse con el de buena fe. Aquel tiene como fin lograr la seguridad en el tráfico de los derechos reales, poniendo a disposición del público la posibilidad de conocimiento sobre determinadas situaciones jurídicas... exigir formalidades para dar por conocido un acontecimiento del que ya se tiene noticia excede el objetivo de la ley.

- c) La letra del art. 2505 del C.C. no debe habilitar a cualquier tercero a desconocer un hecho real porque no ha alcanzado plena oponibilidad por falta de inscripción. Su interpretación debe armonizarse con el principio de buena fe, el cual cobra relevancia cuando se invoca ausencia de información. Y este aspecto se encuentra íntimamente relacionado con la publicación de edictos en la subasta judicial, permitiendo anoticiarse del remate a todos los terceros eventualmente interesados
- d) Además se cae en el absurdo de negar el derecho de dominio del tercerista cuando el propio tribunal y la contraparte no ponen en dudas la existencia de título y modo.

MINORIA: (DRA. BLANC DE ARABEL)

- a) Conforme el derecho argentino la adquisición y transmisión de derechos reales sobre inmuebles se estructura con base en un sistema de doble cause; se requiere el título y el modo – tradición (para Vélez Sarsfield) e inscripción registral (luego de la reforma de la ley 17.711) para que se juzgue perfeccionada y sea oponible a terceros.
- b) El art.2505 del C.C. reformado por dicha ley incorporó el requisito de la publicidad registral al imponer la inscripción del respectivo título en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que correspondiere, para que el negocio jurídico tenga efecto erga omnes.
- c) El art. 2 de la ley nacional 17.801 reza: De acuerdo por lo dispuesto por el art. 2505 y 3135 y concordantes del C.C., para su publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones de esta ley, en los mencionados registros se inscribirán o anotarán según corresponda, los siguientes documentos: a) los que constituyan, transmitan, declaren modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles b) los que dispongan embargos, inhibiciones y demás providencias cautelares.
- d) El incidentista adquirió el inmueble en subasta, anotada provisoriamente por orden del juzgado respectivo en el registro de la propiedad. No se determinó que el trámite se hubiese completado. De tal modo es de toda certeza que no estaba en juego aquí quien era el titular del bien, desde que el dominio no alcanzó a modificarse.
- e) Considerar que existió adecuada publicidad registral, no es adecuado a la normativa vigente... el negocio jurídico y la tradición torna válida la transmisión entre partes y ante terceros extraños, mas ello no es suficiente para que tenga efectos contra terceros interesados, en el caso, el embargante en autos.

6.6 Fallo Castaño.

6.6.1 Sumario.

CAUSA: “CASTAÑO NORMA S/ TERCERIA DE DOMINIO EN AUTOS: CUADERNILLO DE EJECUCION DE SENTENCIA EN: MEDINA AUTORA DEL VALLE C/ HEREDEROS DE CAARLOS ALBERTO ISORNI Y/U OTROS S/ SUELDOS IMPAGOS ETC – CASACION CIVIL”

TRIBUNAL: TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE SANTIAGO DEL ESTERO

AÑO: 2011

ACTOR: MEDINA AURORA DEL VALLE

DEMANDADO: HEREDEROS DE CARLOS ALFREDO ISORNI

TERCERISTA: CASTAÑO NORMA

HECHOS: La actora interpone recurso de casación contra la sentencia en segunda instancia que hace lugar a la tercería de mejor derecho interpuesta por la señora Norma Castaño. La tercerista, que demostró en la causa la transferencia sucesiva entre distintas personas de los derechos sobre el inmueble subastado, desde el titular registral Alfredo Carlos Isori hasta su padre, el señor Néstor Pascacio Castaño, quien tomó posesión del inmueble el 23.03.1981; persigue que se le reconozca su mejor derecho respecto del inmueble subastado frente al acreedor ejecutante y adquirente en subasta, señalando que la posesión referenciada es anterior al embargo trabado.

FALLO SEGUNDA INSTANCIA: Admiten la tercería de mejor derecho interpuesta por la accionante imponiendo las costas de ambas instancias al perdidoso.

FALLO TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA: Hace lugar parcialmente al recurso de casación incoado por la actora, en la cuestión atinente a la imposición de costas a la tercerista, confirmando en los demás puntos la sentencia de la Cámara Civil y Comercial que admitió la tercería de mejor derecho interpuesta.

FUNDAMENTOS:

- a) Se denomina tercería a la pretensión en cuya virtud una persona distinta de las partes interviene en un determinado proceso, reclama el levantamiento del embargo trabado en dicho proceso sobre un bien de su propiedad, o el pago preferencial de un crédito con el producido de la venta del bien embargado... Este Tribunal se ha pronunciado sobre la materia a favor de la legitimación del tercero adquirente por boleto de compraventa... el boleto de compraventa constituye un título suficiente para adquirir la posesión aunque falte el instrumento público que la ley exige para la transmisión del dominio. Es de allí que dentro de la hermenéutica actual de nuestro ordenamiento civil, la posesión adquirida por tradición y en cumplimiento de un título suficiente, constituye un derecho jurídicamente protegido, con independencia del dominio.
- b) En este contexto... acreditado el pago del precio... la fecha cierta... y la buena fe del adquirente que debe presumirse pues no ha sido cuestionada en legal forma... y que el crédito del comprador es anterior al del embargante... están dados así, respecto del tercerista, los presupuestos exigidos por la norma.
- c) El hecho de que el artículo 1185 bis del código civil, se refiere al caso del concurso o quiebra del vendedor, pues no se advierte razón alguna que impida que lo mismo pueda ocurrir frente al acreedor de un proceso ejecutivo, en tanto queden acreditados los extremos de la norma y el crédito del comprador (tercerista) sea anterior al del embargante.
- d) Imponer a la tercerista las costas que corresponden a las actuaciones producidas en los autos principales con posterioridad al vencimiento de dicho término, en función de su presentación extemporánea y en orden a lo normado por el art. 100 del C.P.C.C. Ello es así porque la tercería fue interpuesta fuera de los primeros diez días en que la tercerista debió tener conocimiento del embargo de sus bienes.

6.7 Fallo Capria.

6.7.1 Sumario.

CAUSA: “CAPRIA FRANCISCA C/ RODRIGUEZ ALICIA Y OTROS S/ TERCERIA DE DOMINIO”

TRIBUNAL: SALA 1RA. EXMA. CAM. DE APELAC. CIVIL Y COM. MAR DEL PLATA

AÑO: NOVIEMBRE 2013

ACTOR: ALICIA RODRIGUEZ Y VIRGINIA VAZQUEZ

DEMANDADOS: MARTHA BREZAN – ANDREA FERNANDA QUADRINI

TERCERISTA: SRA. FRANCISCA CAPRIA

HECHOS: Con fecha 12 de marzo de 1994 la señora Francisca Capria compró a las señoras Martha Bressani y Andrea Fernanda Quadrini un departamento ubicado en la ciudad de Mar del Plata, mediante escritura pública de domino N° 22, la cual, pese a dos inscripciones provisionales efectuadas, no logró inscribirse de manera definitiva en el registro de propiedad correspondiente. Con fecha 13 de abril de 1999, las actoras del proceso principal lograron trabar embargo a efectos de garantizar el cobro de sus acreencias por honorarios en contra de las señoras Bressani y Quadrini. Ante esta circunstancia, la señora Capria promueve tercería de dominio contra las señoras Alicia Rodríguez y Virginia Vázquez, en su carácter de embargantes del inmueble de su propiedad.

FALLO CAMARA APELACION CIVIL Y COM. MAR DEL PLATA: Hace lugar, por mayoría, al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, revocando la sentencia de primera instancia y en razón de ello acogiendo la tercería de dominio promovida por Francisca Capria contra Alicia Rodríguez y Virginia Araceli Vázquez, ordenando el levantamiento del embargo trabado en autos principales. Impone las costas de ambas instancias por el orden causado.

FUNDAMENTOS:

MINORIA: (DR. GÉREZ)

- a) La tercería de dominio es la pretensión de que se vale una persona distinta de la actora y demandada que intervienen en un determinado proceso, a fin de reclamar el levantamiento de un embargo decretado en él sobre un bien de su propiedad, en tanto la integridad del mismo se encuentre afectada como consecuencia de un embargo... En el caso de autos, la demandante ha promovido una tercería de dominio, pretensión que tiene por finalidad la demostración de que su derecho de propiedad es oponible al embargante, provocando el levantamiento de la medida cautelar erróneamente trabada.

Repárese que en ningún tramo de su escrito la demandada expone como pretensión alternativa o subsidiaria la tercería de mejor derecho, circunstancia que... posee especial relevancia.

- b) El derecho real de dominio no es oponible a terceros hasta el momento en que se cumpla la inscripción registral... en el sistema adoptado por el ordenamiento fondal, el asiento registral reviste un carácter declarativo. El derecho real preexiste al registro, en tanto al no ser éste constitutivo, la funcionalidad de la inscripción radica en la publicidad y oponibilidad respecto de terceros.
- c) Se descarta de plano éste último argumento (conocimiento de la inscripción provisoria por parte de las embargantes) desde que su oponibilidad a ellas no puede asentarse en que luego de trabada la medida hayan podido constatar que en la historia que surge del folio real existiera la mentada inscripción provisoria, sino únicamente en la vigencia de ésta al momento en que se trabó el embargo... Si se interrumpe el tracto entre la inscripción o anotación provisoria y su eventual prórroga, desaparecerá la retro prioridad y no habrá más tutela registral que la proveniente de una nueva presentación. Así las cosas, el documento registrado mediante un asiento provisional guardará su prioridad y garantizará la inmutabilidad de la situación registral durante el plazo de vigencia.
- d) La tercería de dominio de inmuebles se funda en un derecho de propiedad incompatible y excluyente del derecho que pretende ejercer el acreedor embargante, de modo que tal dominio debe acreditarse fehacientemente por el tercerista y como nuestro derecho positivo exige el cumplimiento de los requisitos de escritura pública, tradición e inscripción del respectivo título en el registro inmobiliario de la jurisdicción que corresponda, si falta cualquiera de éstos el tercerista no puede ser considerado domine , pues la cosa para terceros no ha salido del patrimonio del deudor y puede ser ejecutada por los acreedores... si el tercerista tuvo acceso a la publicidad registral... deberá asumir las consecuencias producidas en virtud de la falta de conclusión del trámite de inscripción del documento en cuestión.

MAYORIA: (DRES. LOUSTAUNAU Y VALLE)

- a) Los requisitos que el derecho argentino, inspirado en el derecho romano y en las ideas de Freitas, exige para la transmisión de los derechos reales que se ejercen por la posesión, son el título y modo suficientes... una escritura pública cuya autenticidad y validez no ha sido cuestionada,

constituye título suficiente emanado del propietario para enajenar, a favor de una persona capaz para adquirir, que tiene por finalidad transmitir el dominio y está revestido de las formas que exige la ley... en la misma escritura se dejó sentado que la adquirente tenía la posesión material del bien por la tradición que con antelación a este otorgamiento le hicieran los vendedores, con lo que se configuró el modo suficiente, que consiste en la entrega y recepción material y voluntaria de la cosa... no hay duda de que al momento de anotarse el embargo, la señora Capria ya era dueña del inmueble.

- b) La vía incoada es la correcta, pues la tercerista reúne los requisitos legales como titular del dominio del inmueble lo que la releva de esgrimir un mejor derecho que las demandadas.
- c) El acto de registración es válido y sobre todo debe quedar en claro que no se viola ley alguna por la falta de registración del derecho real referido. Solo se pierde la oportunidad de oponerlo – hacerlo eficaz – frente a terceros. Pero ello no implica que se pueda acreditar en juicio que el derecho real efectivamente existe y que fue adquirido con anterioridad al derecho personal que pretende resguardar el tercero con la medida cautelar.
- d) La inscripción registral inmobiliaria es declarativa y no constitutiva de derechos, se inscriben títulos y no derechos, por lo que sin duda alguna, el derecho real es preexistente a su inscripción.
- e) El adquirente por boleto no es titular del dominio, la Sra. Capria si lo es -nadie lo ha discutido- y en tal carácter no tenía porque plantear una tercería de mejor derecho.
- f) Un registro declarativo como el organizado por la ley Argentina admite que puedan existir derechos reales no inscriptos fuera de su órbita, máxime cuando la inscripción es no convalidante (art. 4 de la ley 17.801) y la ley no consagra el principio de fe pública registral a favor de terceros registrales. En cuanto a la necesidad de publicidad el código adoptó para los derechos reales en general, un sistema de publicidad material basado en la posesión, y como excepción, para la hipoteca, la publicidad formal para del registro.
- g) El registro inmobiliario argentino recoge el principio de simple legitimación, lo cual implica que presume iuris tantum –nunca iure et de iure- que los derechos reales inmobiliarios se encuentran inscriptos y corresponden a su titular registral, pero no garantiza al tercero, de manera absoluta, la exactitud de las constancias registrales, dado que el afectado podrá, probando lo contrario (es

decir el desacuerdo de la realidad extra registral) y rente a determinadas circunstancias provocar la mutación de la situación registral en perjuicio de aquel.

- h) Es indudable que desde el punto de vista procesal, al titular inscripto se lo libera de la carga de la prueba, ya que el onus probando está en cabeza de quien sostiene la inexactitud registral, por ello el titular del dominio no inscripto debe probar que adquirió el derecho real con anterioridad a la traba de la medida cautelar. Producida fehacientemente esa prueba, no puede desconocerse un derecho legítimamente constituido, con fundamento en que es inoponible al tercero, quien por otra parte, si alega su buena fe (que se presume) no podrá basarse solamente en haber confiado en las constancias registrales ya que la ley dice no confíe ciegamente y el error de derecho no es excusable.
- i) La buena fe consiste en el desconocimiento de la inexactitud del registro, ya que en nuestro sistema la buena fe registral se aprecia según pautas subjetivas, el tercero interesado es de buena fe cuando tiene la convicción o creencia de obrar conforme al ordenamiento jurídico y desconoce la existencia del derecho no inscripto preferente al suyo, por una causa no imputable a la falta de diligencia que las circunstancias del caso exija.
- j) En el certificado de dominio agregado por las aquí demandadas ... en base al cual las letradas solicitaron la traba del embargo, ya constaba una inscripción provisional... regulada por el art. 9 de la ley 17.801, que debió indicarles que se había presentado un documento con defectos subsanables que instrumentaba un contrato de compraventa del inmueble... No desconozco que las sucesivas inscripciones provisionales estaban vencidas cuando se anotó el embargo, pero tampoco puedo obviar que debieron servir para noticiar a profesional de que había un acto jurídico en la esfera extra registral otorgado sobre el inmueble.
- k) (En otra causa citada) No es razonable entender que por la circunstancia de haber elevado a escritura pública la promesa de venta y restando su inscripción, el comprador vea menguada la protección jurídica que poseía cuando era simple titular de una promesa de venta.
- l) La oponibilidad no se pierde por la existencia de una transmisión imperfecta por ausencia de asiento en el registro pertinente, puesto que en nuestro orden jurídico tal inscripción es declarativa, sino que se debilita en relación a ciertos terceros que ostentan públicamente un interés particular... el art. 2505 del C.C. no habilita a cualquier tercero integrante de la

comunidad para desconocer un derecho real que no ha alcanzado la plena oponibilidad por falta de inscripción registral. La interpretación contraria permitiría el absurdo de que el adquirente civil que cuente con tradición y título no inscripto, carecería de acción para defender su derecho real frente a cualquier intruso.

Bibliografía.

7.1 Doctrina.

7.1.1 Libros

* Abella A. y Mariani de Vidal M. (2016) *Derechos reales en el Código Civil y Comercial*. 1° Ed. Buenos Aires: Zavalía.

* Alterini J. (2015). *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*. 1° Ed. Buenos Aires: La Ley.

* Kipper C. (2016). *Tratado de derechos reales*. 1° Ed. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni.

* Lorenzetti R. (1999) *Tratado de los contratos*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni.

* Lorenzetti R. (2004). *Tratado de los contratos*. 1° Ed. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni.

* Mariani de Vidal M. (2004) *Derechos reales*. 7° Ed. Actualizada. Buenos Aires: Zavalía.

* Moisset de Espanés. (2003). *Publicidad Registral*. Córdoba: Advocatus.

* Vénica H. (1998). *La subasta judicial en Córdoba*. Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba.

* Yuni J. y Urbano C. (2006) *Técnicas para investigar y formular proyectos de investigación*. Córdoba. Brujas.

7.1.2 Revistas

* Berizonce R. (2006). Subasta judicial, derechos del adquirente y nulidad de proceso. *Revista de derecho procesal*. Rubinzal Culzoni (2006 – 1)

* Font D. (2006). Aspectos procesales vinculados con la publicidad y la registración de la subasta de bienes inmuebles. *Revista de derecho procesal*. Rubinzal Culzoni (2006.1).

* Highton E. (2003) Compraventa de inmuebles en subasta. *Revista de derecho privado y comunitario*. Rubinzal – Culzoni. (2003 -1).

* Kaminker M. (2006). Reflexiones sobre subastas y transmisión del dominio de inmuebles. *Revista de derecho procesal*. Rubinzal Culzoni (2006 – 1)

* Moisset de Espanés L. y Fuster G. (2009). La comunicación de subasta. *Revista Abeledo Perrot Córdoba*. (2009 - 1).

* Vallejos J. (2006) ¿Tercería de dominio o de mejor derecho? *Revista de derecho procesal*. Rubinzal Culzoni (2006 – 2).

* Ventura G. (2006). La comunicación de subasta y el tercero registral. *Lexis Nexis Córdoba*. (2006/octubre).

7.1.3 Ponencias

* Fuster G. y Moisset de Espanés L. (2009). *Cláusulas con vocación registral inmobiliaria. Situaciones jurídicas registrables*. XV Congreso Nacional de Derecho Registral “Oscar Eduardo Sarubo”.

7.2 Legislación.

7.2.1 Leyes Nacionales

* Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación. 2014.

* Ley 17.801. Registro de la Propiedad Inmueble. 1968.

7.2.2 Leyes Provinciales

* Ley N° 5.771. Registro General de la Provincia. (Córdoba)

7.2.3 Estatutos, Convenios y Resoluciones

* Resolución General Número 1, Año 2008, del Registro General de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Córdoba.

7.3 Jurisprudencia.

* T.S.J. Córdoba. “Pailos” S n° 48 (2007). SAJJ: FA07982073

* Cámara Cuarta de Apelaciones Civil y Comercial de Córdoba. “Sahade”. (2008) La Ley On Line, 70044357/2008.

* Juzgado Civil y Comercial N° 5 de Mendoza. “Pérez Leonardo”. (2008). Citada en <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=2660478112>

* Cámara Séptima de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba. “Banco Suquía”. (2009). La ley On Line 70058410/2009.

* T.S.J. Córdoba. “Beltramo”. (2010) La Ley On Line 70065558/2010.

* S.T.J. Santiago del Estero. “Castaño”. Resol. Serie “A” N° 17. (2011). Citada en <http://www.jussantiago.gov.ar/jusnueva/fallosSTJ/marzo/24833.html>

* Sala Primera Excma. Cámara de Apelaciones en lo civil y Comercial. Mar del Plata. “Capria”. (2013). SAIJ: FA13010395.

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	NOCETTI MARIA SOLEDAD
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	29.312.557
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	LA COMUNICACIÓN DE SUBASTA Y LA PRIORIDAD REGISTRAL EN LA PROVINCIA DE CORDOBA. UN ANALISIS DE SITUACIONES CONTROVERTIDAS RESPECTO AL TERCERO REGISTRAL
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	solenoce@yahoo.com.ar
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i>	SI
Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	SI

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: _____

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

^[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:
_____certifique la
tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado