

¿RESULTA APLICABLE EL ARTÍCULO 1185 BIS DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE EJECUCIONES INDIVIDUALES?

Por Luis Moisset de Espanés ⁽¹⁾ y Gabriel Anibal Fuster ⁽²⁾

Sumario: I. Introducción. II. El caso. III. La aplicabilidad del artículo 1185 bis del Código Civil en materia de ejecuciones individuales: ¿una “extrapolación impropia”? 1) ¿El artículo 1185 bis del Código Civil: ¿un régimen de excepción? 2) El primero en el tiempo y el régimen general de preferencias en el Código Civil. 3) Nuestra opinión. IV. La inscripción registral inmobiliaria: ¿constitutiva o declarativa? V. La verdadera naturaleza del instrumento privado con firmas certificadas. VI. Tercerías de dominio y de mejor derecho: 1) El concepto de “tercería”. 2) Las distintas clases de tercerías. 3) La aplicación del principio “*iura novit curia*” VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El viernes treinta y uno del mes de Julio del año dos mil nueve recibí un correo electrónico en que se me ofrecía comentar un fallo “interesante”. Abrumado por la cantidad de trabajo que tenía pendiente y no alcanzaba a atender, mi primera reacción, aun antes de leer esa sentencia, fue contestar negativamente.

Comenté el hecho a mediodía con dos de los jóvenes que concurren a las reuniones del Instituto de Derecho Comparado, para ver si alguno de ellos podía tomar a su cargo esa tarea pero no encontré respuesta favorable.

Esa tarde, sin embargo, leí el fallo y encontré dos cosas que despertaron mi interés, a saber: la mayoría, revocaba la sentencia de primera instancia, que admitía la tercería, citaba un viejo comentario mío, publicado en Jurisprudencia Argentina, mientras que la minoría afirmaba que el artículo 1185 bis, aplicable a las quiebras, no podía ser esgrimido en las ejecuciones individuales y a ello se agregaba una alusión a expresiones del fallo de primera instancia sobre el “carácter constitutivo” de la inscripción registral.

El domingo dos de Agosto de dos mil nueve escribí a quien me había solicitado el comentario preguntándole con qué plazo podía contar para hacerlo, y el lunes tres de Agosto, en la reunión semanal del Instituto de Derecho Comparado comenté estos hechos y tuve la grata sorpresa de que uno de sus miembros, con quien ya hemos trabajado en colaboración varias veces, se ofreciese a preparar un borrador.

¹ Profesor emérito de la Universidad Nacional de Córdoba.

² Abogado, notario, auxiliar docente de la Universidad Nacional de Córdoba.

II. EL CASO ⁽³⁾

Un acreedor del titular registral de un inmueble, destinado a vivienda familiar, embarga el bien raíz y el poseedor de ese mismo bien deduce una tercería de “mejor derecho” fundado en la existencia de una serie de cesiones acreditadas en instrumentos privados, con fecha cierta y firmas autenticadas por escribano público, a lo que suma el hecho de encontrarse en posesión del referido bien inmueble.

En primera instancia se rechaza la tercería deducida porque quien la interpone no es el “dueño” del inmueble, ya que la transmisión no se ha efectuado por escritura pública, ni se ha asentado en el Registro de la Propiedad Inmueble y por entender que no corresponde la aplicación del artículo 1185 bis del Código Civil en materia de ejecuciones individuales, frente a lo cual el afectado interpone recurso de apelación.

El voto de la minoría de la Cámara ⁽⁴⁾, por razones idénticas a las expuestas por el juez de primera instancia, propicia la confirmación de esa sentencia y hace hincapié en la inaplicabilidad del artículo 1185 bis del Código Civil a las ejecuciones individuales, punto sobre el que volveremos más adelante.

A su tiempo el voto de la mayoría de la Cámara ⁽⁵⁾ admite la tercería deducida y revoca el fallo de primera instancia entendiendo que el artículo 1185 bis del Código Civil es aplicable a las ejecuciones individuales tal como hemos de desarrollarlo seguidamente.

III. LA APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 1185 BIS DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE EJECUCIONES INDIVIDUALES: ¿UNA “EXTRAPOLACIÓN IMPROCEDENTE”?

1) El artículo 1185 bis del Código Civil: ¿un régimen de excepción?

En el decisorio que se anota el Tribunal señala:

“El *a quo* desechó la posibilidad de aplicación analógica del art. 1185 bis del Código Civil al caso, por entender que constituiría una extrapolación improcedente, dado el carácter constitutivo de la inscripción registral y los efectos *erga omnes* que genera (art. 2505 del Código Civil).”

En el fallo objeto del presente ensayo se puede advertir que los vocales opinantes disienten en torno a si resulta o no aplicable el artículo 1185 bis del Código Civil en materia de ejecuciones individuales.

³ C. Nac. Com., Sala C, 24 abril de 2009, autos: “*Verdoljak, Miguel Ángel c/ Fiat Auto S.A. de Ahorro para fines determinados – Tercería de Dominio*”, expediente N° 17122.09.

⁴ Voto en disidencia: Doctor Juan Manuel Ojea Quintana.

⁵ Votos de los Doctores José Luis Monti y Bindo B. Caviglione Fraga.

Sobre el particular la mayoría entiende que dicho dispositivo resulta plenamente aplicable mientras que la minoría se aparta de esta inteligencia.

Señala la mayoría:

“No se advierten obstáculos en cuanto a la aplicabilidad al caso del art. 1185 bis aludido. La situación que se ha presentado en el *sub lite* puede considerarse implícitamente incluida en dicha norma, o, en todo caso, guarda sustancial analogía con el presupuesto de hecho que ella prevé (conf. art. 16, Cód. Civil); la sola circunstancia de tratarse aquí de un acreedor singular no justifica un abandono de los principios éticos que inspiraron la sanción de aquél precepto, cuya preeminencia en el caso aparece con palmaria evidencia, en pos del mismo criterio tuitivo que gobierna esta materia (esta Sala, 25 septiembre de 2001, “Saiegh, Daniel Osvaldo s/ tercería “ en autos “Mariezcurrera, Gustavo c/ Ajon, Simón s/ ejecutivo”).”

A su tiempo la minoría expresa:

“No comparto el criterio asumido por mis distinguidos colegas en el voto que informa la mayoría, en relación con el segundo agravio de la recurrente (v.p.2.ii de los considerandos). En efecto, como ya expresé en mi voto *in re* “Inger, Mirta Carmen c/ Avino Daniel Alfredo y otros s/ tercería de dominio (por Pérez Santamarina Guillermina)” del 1 agosto de 2008, considero que la decisión apelada debe ser confirmada en punto a la inaplicabilidad del artículo 1185 bis del Código Civil en supuestos que conciernen a una ejecución individual, como el de autos.”

Y agrega la minoría:

“Si esa norma legal trascendiera del ámbito de la situación concursal, la previsión dejaría de ser una “excepción” o “modificación” en materia concursal del régimen general establecido en el artículo 2505 del Cód. Civ. para convertirse en una lisa y llana derogación de esta última, la cual no sería aplicable en el ámbito concursal, pero tampoco en el ámbito extraconcursal. De tal suerte que resultaría insólito que una norma del Código Civil derogue otra del mismo ordenamiento legal, tanto más cuanto ambas fueron introducidas por la ley 17.711. Se incurriría en autocontradicción o autoderogación parcial...”

De la lectura de los párrafos hasta aquí transcriptos surge que el problema finca en torno a la aplicabilidad del artículo 1185 bis Código Civil a las ejecuciones individuales.

Dicho dispositivo normativo reza:

“Los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe, serán oponibles al concurso o quiebra del vendedor si se hubiera abonado el

veinticinco por ciento del precio. El juez podrá disponer en estos casos que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio” (6).

Como el lector podrá advertir este artículo ha sido concebido originariamente por nuestro legislador para la materia propia de las ejecuciones colectivas, mas no para las ejecuciones individuales.

Por ello tanto en los argumentos de la mayoría, como de la minoría se advierte un punto en común: ambas posturas parten de considerar que el artículo 1185 bis del Código Civil consagra un régimen de excepción, propio de las ejecuciones colectivas. Pero luego disienten en torno a si cabe aplicar dicho dispositivo normativo en materia de ejecuciones individuales.

Intentando resumir las posturas expuestas en el fallo anotado podemos decir que la mayoría entiende que: “La situación que se ha presentado en el *sub lite* puede considerarse implícitamente incluida en dicha norma (el artículo 1185 bis del Código Civil), o, en todo caso, guarda sustancial analogía con el presupuesto de hecho que ella prevé... (...)” (lo consignado entre paréntesis nos pertenece).

A su tiempo la minoría colige que la norma bajo estudio no puede trascender el ámbito propio de la materia concursal.

Si bien es cierto que coincidimos con el resultado final de la postura de la mayoría disentimos con ambas posturas (tanto de la mayoría, como de la minoría) respecto –precisamente- de este “aspecto común” que asumen ambas.

En efecto, a nuestro entender el caso tiene solución dentro del régimen general del sistema y no en el marco de una regulación de excepción como hemos de exponerlo seguidamente.

2) El primero en el tiempo y el régimen general de preferencias en el Código Civil

Uno de los principios que se enuncia como básico en materia registral es el de prioridad.

En realidad, la prioridad no es un principio exclusivo del fenómeno registral ni del publicitario, sino que es un aspecto de las preferencias que deben establecerse cuando entran en colisión dos derechos que pretenden ejercitarse sobre la misma cosa o bien.

Cuando el orden jurídico debe optar por uno u otro de los derechos en conflicto, en unos casos atenderá a la naturaleza misma de las relaciones y en otros al tiempo en que esos derechos han nacido, dando preferencia al más antiguo.

⁶ Artículo agregado por la Ley N° 17.711 y corregido por la Ley N° 17.940.

De esta manera, en el campo de las obligaciones las preferencias reciben el nombre de privilegios, y no atienden -por lo general- al tiempo en que se constituyó la relación, sino a la naturaleza del crédito. En cambio, en el terreno de los derechos reales se prefiere de manera sistemática a la relación más antigua (*"prior tempore, potior iure"*).

Insistimos, por tanto, en que la prioridad no es un principio vinculado exclusivamente con la publicidad registral, sino un elemento que se presenta en todos los derechos reales, y también en algunas relaciones obligatorias, cuando constituyen el eslabón intermedio en la transmisión de algún derecho real (por ejemplo, en las obligaciones de dar para constituir o transferir derechos reales).

En definitiva, la prioridad es la preferencia que se acuerda al sujeto a quien primero le han transmitido, o que ha constituido con anterioridad un derecho, respecto a aquellos a quienes se pretende transmitir con posterioridad otros derechos sobre la misma cosa.

La prioridad puede ser "excluyente", cuando los derechos en pugna son incompatibles, y se acuerda ventaja al primero, desplazando totalmente a los que vienen después; o simplemente "preferente", cuando ambos derechos pueden coexistir, pero la prioridad acuerda al primero de ellos una ventaja en su ejercicio.

Nuestro Código Civil consagra como principio cardinal la adjudicación automática de preferencia a los derechos reales en razón del tiempo en que ellos han sido constituidos, solución que campea en numerosas normas, como la preferencia acordada a los acreedores hipotecarios, que se computa desde el día en que efectuó la toma de razón (artículo 3934), que puede retrotraerse a la fecha de celebración del acto si es inscripto dentro del término legal previsto en el artículo 3137.

Respecto a los derechos reales no inscribibles, es decir aquellos en los cuales la publicidad se logra por vía posesoria, el Código Civil fija también la manera de determinar la prioridad. Así, en materia de prenda, el artículo 3210 dispone que:

" ... El derecho de los acreedores sobre la cosa empeñada seguirá el orden en que la prenda se ha constituido".

Con relación a los demás derechos reales advertimos la curiosidad de que las normas que establecen la prioridad no se encuentran en el Libro Tercero del Código Civil, al tratar de los derechos reales, sino en la Sección Primera del Libro Segundo, en materia de obligaciones de dar cosas ciertas para transferir o constituir un derecho real, y concurren varios acreedores a la entrega de la cosa.

¿Quién será el sujeto que obtendrá preferencia con relación a este derecho real que debe constituirse por medio de una obligación de dar cosas ciertas para transferir derechos reales?

El Código consagra normas distintas a los inmuebles y a los muebles, distinción que parece innecesaria pues las soluciones son idénticas ya que siempre se preferirá al acreedor "cuyo título sea de fecha anterior" (artículo 593), con el único matiz de que en el caso de inmuebles ese título debe constar en "instrumento público de fecha anterior" (artículo 596).

Distingue también el Código Civil, en los artículos 592 y 594, según se haya hecho o no tradición de la cosa. Estas normas deben concordarse con lo que dispone el artículo 3269 del Código de Vélez en el título de la transmisión de los derechos en general:

"Cuando una persona ha contratado en diversas épocas con varias personas la obligación de transmitirles sus derechos sobre una misma cosa, la persona que primero ha sido puesta en posesión de la cosa, es preferida en la ejecución del contrato a las otras, aunque su título sea más reciente, con tal que haya tenido buena fe, cuando la cosa le fue entregada".

Se concede primordial importancia a la tradición, que en el sistema del Código es el modo constitutivo del derecho real y, en consecuencia, en estas hipótesis la prioridad temporal quedará fijada por el momento en que se efectuó la tradición, porque a la primera persona a quien se hizo tradición es la que ha adquirido de manera efectiva el derecho real, y tendrá preferencia sobre todos los demás, que solamente son titulares de un derecho personal.

3) Nuestra opinión

De la lectura de los dispositivos normativos referidos *supra* podemos concluir que nuestro Código Civil contempla, prevé y soluciona los conflictos de derechos que pueden presentarse en diversos dispositivos normativos ubicados -metodológicamente- en distintas partes de nuestro Código Civil.

A nuestro entender el artículo 3269 del Código Civil -ubicado en el Título Preliminar ⁽⁷⁾ del Libro Cuarto ⁽⁸⁾- es el artículo "madre" que consagra el régimen de preferencias a observarse frente a conflictos de derechos.

En función del mismo y del resto de normas -referidas *supra*- diseminadas en nuestro Código Civil el régimen a observarse consiste en dar preferencia, frente a un

⁷ Bajo el acápite: "*De los derechos reales y personales. Disposiciones comunes*".

⁸ Bajo el acápite: "*De la transmisión de los derechos en general*".

conflicto de derechos, a quien ostente la posesión o -en su defecto- a aquél cuyo título sea de fecha anterior.

En el caso se verifica un conflicto de derechos entre un adquirente por boleto de cesión de derechos y acciones que ha abonado la totalidad del precio y posee el inmueble en cuestión y un acreedor embargante.

¿A quién debe preferirse?

Sin duda alguna al adquirente por boleto toda vez que ha obtenido la posesión de la cosa -además de haber abonado la totalidad del precio- y tiene un título de fecha anterior a la del otro titular de derecho (creditorio): el acreedor embargante.

Esta es la solución que finalmente brinda la mayoría pero disintimos con el “camino” de argumentos que sigue para llegar a ese resultado.

En efecto, los votantes por mayoría resuelven admitir la vía impugnativa intentada y revocar el fallo de primera instancia apelando no al régimen general de preferencias de nuestro Código Civil sino a una norma especial y específica y aplicarla a un supuesto distinto de aquél para el que fue concebida.

Lo que a nuestro entender se impone es considerar que el caso debe resolverse en el marco del régimen general de preferencias que instaura nuestro Código Civil (artículos 594, 596, 2791, 3269 -entre otros-), sin que sea necesario apelar a normas especiales y específicas como el artículo 1185 bis.

Éste artículo fue concebido en identidad con el régimen general de preferencias de nuestro Código Civil pero para ser aplicable en materia de concursos y quiebras, es decir de procesos de ejecución colectiva de bienes, no contemplados originariamente por nuestro codificador.

Por lo tanto, su cita sirve como un argumento que refuerza la solución general del Código pero no como el único argumento que la funda, ya que ello implica extender el ámbito de aplicación del artículo 1185 bis del Código Civil a un supuesto para el que no fue concebido y que ya tenía solución -antes incluso de la reforma- en el marco general de nuestro Código.

Por ello consideramos que tanto la mayoría como la minoría se equivocan cuando entienden al artículo 1185 bis del Código Civil como una norma de excepción. Y la minoría agrega además que es -en consecuencia- de interpretación restrictiva.

Insistimos, el referido dispositivo extiende a los procesos de ejecución colectiva el régimen general de preferencias que campea en nuestro Código Civil. En fin, es una norma especial y específica **pero no de excepción**.

El yerro que se advierte en el razonamiento de los de los jueces votantes radica en haber entendido el supuesto al revés.

Parten de considerar que el artículo 1185 bis del Código Civil es una norma de excepción propia de los procesos de ejecución colectiva y que la materia propia de las ejecuciones individuales no tiene solución en el marco del resto del articulado del Código Civil y -en consecuencia- fuera de la normativa propia de los primeros.

Esto implica que los jueces intervinientes entienden que el supuesto ventilado resulta una laguna jurídica que exige ser sorteada de alguna manera

¡Nada más alejado de la realidad!

Lo que ha sucedido es todo lo contrario.

El codificador ha previsto un régimen general de preferencias sin contemplar el supuesto de los procesos de ejecución colectiva, frente a lo cual vino la reforma en su auxilio extendiendo la solución general a esta clase de procesos.

En efecto, el legislador de 1968 sancionó el artículo 1185 bis del Código Civil en la inteligencia que la misma es una norma especial y específica -pero bajo ningún punto de vista de excepción- que contempla un supuesto no previsto originalmente en el Código de Vélez pero que guarda armonía con el régimen general de preferencias que ilumina el mismo.

Por lo tanto, el artículo 1185 bis del Código Civil no es una norma de excepción sino que guarda relación con el régimen general de preferencias del Código de Vélez, mantiene su tónica y la extiende a los procesos de ejecución colectiva.

IV. LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL INMOBILIARIA: ¿CONSTITUTIVA O DECLARATIVA?

Expresa el Tribunal de Sentencia:

“El *a quo* desechó la posibilidad de aplicación analógica del art. 1185 *bis* del Código Civil al caso, por entender que constituiría una extrapolación improcedente, dado el carácter constitutivo de la inscripción registral...”

Sobre el particular es dable destacar lo desacertadas que resultan las expresiones del *a-quo*, al decir del Tribunal cuyo fallo aquí anotamos, cuando considera constitutiva la registración inmobiliaria. En efecto, la inscripción registral en materia inmobiliaria en modo alguno es constitutiva sino tan sólo declarativa.

Al respecto es dable recordar que los derechos reales nacen extra-registralmente y que su toma de razón a nivel tabular obedece a fines de oponibilidad a terceros registrales.

El párrafo transcrito *supra* demuestra la aprehensión errada por parte del a-quo, tanto de la dinámica constitutiva de los derechos reales, como del fenómeno de la publicidad registral inmobiliaria, toda vez que los derechos reales requieren de título y modo, entendido éste como el complemento fáctico indispensable para que se opere una mutación jurídica real (tradición) ⁽⁹⁾, a los fines de su constitución.

Con la sola reunión de los referidos elementos: *título* y *modo* se produce el nacimiento del derecho real, que por naturaleza es oponible *erga omnes* independientemente de la registración o no del mismo. ⁽¹⁰⁾

En fin, la registración no tiene injerencia alguna en la constitución del derecho real pero sí influye -tal como hemos de explicarlos seguidamente- en su oponibilidad respecto de terceros. ⁽¹¹⁾ ⁽¹²⁾

Así lo hemos dicho ya:

“(…) ...he criticado la postura de aquellos que ven en la inscripción registral un tercer requisito para la adquisición de un derecho real, que se sumaría al título y al modo. He sostenido, y sigo sosteniendo enfáticamente, que el derecho real se adquiere “extrarregistralmente”, con sólo título y modo, y la inscripción sólo tiene por fin la “seguridad del tráfico”, protegiendo a terceros “interesados”, que en razón de su vinculación jurídica con alguna de las partes en la transmisión, podrán actuar apoyándose en el Registro, “como si no hubiese transmisión”, si no tuvo publicidad registral... (…)”. ⁽¹³⁾

Por lo tanto, es menester enfatizar que el verdadero valor de la publicidad registral en materia de derechos reales sobre inmuebles finca en hacer a éstos oponibles ⁽¹⁴⁾ respecto del “tercero registral” (ADROGUÉ, ALTERINI ⁽¹⁵⁾, GARCÍA CONI ⁽¹⁶⁾) o -en términos de la

⁹ Gabriel B. Ventura: sus clases.

¹⁰ Quizás la teoría del título y el modo encuentre su antecedente más remoto en el texto de Paulo que -traducido- reza: “La mera tradición no transfiere el dominio si no fuere precedida de venta u otra justa causa, por cuya virtud se realice la tradición.” (Ley 31, pr. D. adq. rer. dom. 41, 1).

¹¹ Más precisamente, respecto de lo que la doctrina ha dado en llamar el “tercero registral”.

¹² Así lo reconoce la doctrina diciendo: “(…) Habíamos dicho que la ley 17.801, junto con las modificaciones que la ley 17.711 introduce al art. 2505, establece la necesidad de la registración... (…) (...) ...para la oponibilidad del derecho a terceros. (...)” (el subrayado nos pertenece) (ver Luis Moisset de Espanés en “Dominio de automotores y publicidad registral”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1981, pp. 205/206; en idéntico sentido ver página 366).

¹³ Ver Luis Moisset de Espanés en “Estudios de Derecho Civil – Cartas y Polémicas”, Dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional, Córdoba, 1982, pp. 29/30.

¹⁴ Así emerge indubitable del texto literal del artículo 2 de la Ley N° 17.801 cuando literalmente expresa: “(…) ...para su publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones de esta ley... (…)”.

¹⁵ Ver Jorge H. Alterini en “Gravitación de la reforma al art. 2505 del Código Civil”, ED, 43-1181.

¹⁶ Ver Raúl R. García Coni en “¿Qué inscriben los registros inmobiliarios?” en “Estudios de derecho civil” (Homenaje al Doctor Luis Moisset de Espanés), Editorial Universidad, Buenos Aires, 1980, p. 690.

doctrina extranjera- “tercero hipotecario” (ROCA SASTRE ⁽¹⁷⁾, CAMPUZANO Y HORMA ⁽¹⁸⁾ / MONTES ⁽¹⁹⁾), en atención a la seguridad jurídica dinámica a la que la registración debe propender. ⁽²⁰⁾ ⁽²¹⁾

En conclusión, nuestro sistema jurídico publicitario registral reviste carácter declarativo, como lo ha reconocido calificada y mayoritaria doctrina: BUSTAMANTE ALSINA ⁽²²⁾, LAVIGNE y GÓMEZ ⁽²³⁾, PEREZ LASALA ⁽²⁴⁾, ADROGUÉ ⁽²⁵⁾, ALSINA ATIENZA ⁽²⁶⁾, MOISSET de ESPANÉS ⁽²⁷⁾ -entre otros-.

V. LA VERDADERA NATURALEZA DEL INSTRUMENTO PRIVADO CON FIRMAS CERTIFICADAS

Señala el Tribunal de sentencia:

“Surge de la prueba documental obrante en autos, que el tercerista adquirió los derechos sobre el inmueble embargado mediante un perfecto eslabonamiento entre los sucesivos adquirentes, que lo hicieron a través de *boletos de cesión de derechos y acciones, cuyas firmas se encuentran certificadas por escribano público, constituyendo*

¹⁷ El referido autor define al “tercer hipotecario” diciendo: “(...) *Es el tercer adquirente por negocio jurídico, del dominio de inmuebles o derechos reales limitados sobre los mismos, que en función del registro inexacto es mantenido en su adquisición por la fe pública registral, siempre que concurren las demás circunstancias exigidas por la ley para tal protección. (...)*” (ver Ramón María Roca Sastre en “Derecho Hipotecario”, Sexta edición, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1968, p. 639)

¹⁸ Ver Fernando Campuzano y Horma en “Principios generales de derecho inmobiliario y legislación hipotecaria”, Reus, Madrid, 1925, p. 479.

¹⁹ Ver Ángel Cristóbal Montes en “El tercero registral en el derecho venezolano”, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas, 1967.

²⁰ En este sentido entendemos que no podemos sostener válidamente que la seguridad jurídica estática sea totalmente ajena a la función calificadora del registrador. Hacerlo implicaría una mutilación impiadosa de los derechos reales y exacerbar distinciones teóricas con fines metodológicos. En efecto, seguridad estática y dinámica están íntimamente relacionados. Lo que sucede es que la registración atiende directa o principalmente a la seguridad dinámica y tan sólo de manera mediata a la estática.

²¹ “(...) *Dentro del ámbito propio del Derecho inmobiliario registral es cosa obligada examinar la evolución histórica de la transferencia y gravamen de inmuebles en el Derecho romano y en germánico, y genéricamente en los demás pueblos antiguos, principalmente en el aspecto de la publicidad inmobiliaria, y dentro de ésta más bien como dispositivo de seguridad par el tráfico jurídico inmobiliario y de protección de terceros adquirentes. (...)*” (el subrayado nos pertenece) (ver Ramón María Roca Sastre, obra citada, p. 24).

²² Ver Jorge Bustamante Alsina en “Derechos reales: régimen de su constitución en materia de inmuebles” – E.D., 24-961.

²³ Ver Lavigne y Gómez, “La interpretación del art. 2505 del Código Civil de acuerdo a la reforma de la ley 17.711” – L.L., 131-1253.

²⁴ Ver José Luis Pérez Lasala, “Transmisiones inmobiliarias en la reforma de la legislación civil”, L.L., 131-1.333.

²⁵ Ver Manuel I. Adrogué, “Inscripción registral inmobiliaria”, L.L., 137-670.

²⁶ Ver Dalmiro Alsina Atienza, “Los derechos reales en la reforma del Código Civil”, J.A., Doctrina 1969, pp. 448 y 457, n° 36.

²⁷ Ver Luis Moisset de Espanés, “Publicidad Registral”, tercera edición, Zavalía, Buenos Aires, 2003, p. 91.

instrumentos públicos (Cód. civ. 979:2), lo cual los dota de fecha cierta.” (la bastardilla nos pertenece).

El instrumento público es -precisamente- la certificación notarial de las firmas pero esta calidad no puede predicarse de todo el documento. Sostener esto último sería equivocado y es -precisamente- lo que surge del párrafo transcrito del decisorio aquí anotado.

Sin duda alguna un instrumento privado por el hecho de contar con sus firmas certificadas por escribano público no deviene en instrumento público. En efecto, esta intervención notarial no muta su naturaleza privatista.

La certificación notarial de firmas por parte del notario implica que éste da fe de que la firma pertenece a quien se le atribuye y que ha sido puesta en su presencia en la fecha indicada. Esta certificación es el instrumento público, pero ello en modo alguno implica que el notario esté dando fe del contenido del documento o de lo que en él las partes han manifestado y convenido.

El distingo efectuado tiene fundamental importancia práctica para el supuesto en que alguna de las partes pretenda impugnar el documento.

Quizá un ejemplo sencillo ayude a ilustrar nuestra posición.

Supongamos que en un boleto de compraventa el vendedor dice que le vende al comprador un inmueble de su propiedad por la suma de pesos \$ 150.000. Acto seguido, y previo a firmar el documento cuyos términos las partes han acordado y redactado en consecuencia, se presentan al notario a fin de firmar en su presencia para que el mismo certifique las rúbricas plasmadas en el instrumento en cuestión.

Luego el vendedor dice que no es cierto que él dijo que vendía el inmueble sino que lo que manifestó era que se lo donaba; en ese caso ¿podrá el vendedor impugnar el boleto con firmas certificadas a través del incidente de redargución de falsedad de instrumento público (artículo 244 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, Ley N° 8465 ⁽²⁸⁾)?

Obviamente que no, pues el boleto de compraventa es un instrumento privado.

Ahora bien, si lo que el vendedor manifiesta es que el nunca firmó el boleto, del cual un notario ha certificado las firmas allí plasmadas, y sostiene que la rúbrica en cuestión no le pertenece allí sí podrá deducir el incidente de redargución de falsedad de instrumento público, pues la certificación de firmas sí es instrumento público.

²⁸ B.O. 8 de Junio de 1995.

Si admitiéramos como acertado lo que dice el Tribunal cuyo fallo anotamos acerca de que la certificación notarial de las firmas plasmadas en un instrumento privado lo convierte en instrumento público, sería procedente el incidente de redargución de falsedad cuando el vendedor manifiesta que no dijo lo que consta en el instrumento de que se trata.

Adviértase como el distinguido no es meramente teórico sino que tiene una aplicabilidad y una importancia práctica esenciales.

VII. TERCERÍAS DE DOMINIO Y DE MEJOR DERECHO

1) El concepto de “tercería”

A los fines de brindar un concepto claro y sencillo de lo que debe entenderse por “tercería” decidimos apelar a la doctrina procesalista clásica más encumbrada; más precisamente acudimos a las obras de Podetti y Alsina.

El primero, bajo el acápite “20. Concepto de tercería”, señala:

“En resumen, cuando posteriormente a la demanda o sea al ejercicio por el actor de la facultad de pedir protección jurídica, interviene otro u otros sujetos (fuera del demandado o demandados contra quienes se dirigió la demanda), substituyendo o coadyuvando o no, a/o con los sujetos principales, sostengo que hay TERCERÍA.”. ⁽²⁹⁾

A su tiempo, y bajo el acápite “1. Concepto”, Alsina expresa acerca de las tercerías lo siguiente:

“a) Hemos dicho que el proceso, en principio, vincula sólo al actor y al demandado, pero que, frecuentemente, se extiende también a terceros, que pueden encontrarse afectados de dos maneras, según se trate de un proceso de conocimiento o de ejecución. En el primer caso, el tercero defenderá su derecho interviniendo en la relación procesal para evitar las consecuencias de una sentencia desfavorable; en el segundo lo hará conservando su calidad de tercero para reclamar el dominio de la cosa embargada, o una preferencia sobre el producido de la venta de la misma para el pago de su crédito.”. ⁽³⁰⁾

Como el buen lector podrá advertir ninguno de los autores referidos *supra* conceptualiza concreta y precisamente lo que debe entenderse por tercería los que nos lleva a proponer el siguiente concepto: la tercería es la acción procesal que la ley adjetiva acuerda a un sujeto distinto de las partes del proceso en defensa de un interés propio.

²⁹ Ver J. Ramiro Podetti, “*Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral*” (*Doctrina, Legislación y Jurisprudencia*), *Tratado de la Tercería*, Ediar, Buenos Aires, 1949, p.33.

³⁰ Ver Hugo Alsina, “*Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*”, Segunda edición, V. Ejecuciones Forzadas y Medidas Precautorias, actualizado por el Dr. Jesús Cuadrao, Ediar, Buenos Aires, 1962, pp. 539/540.

Hacemos la salvedad que con el mismo no pretendemos agotar la temática ni dar una definición absoluta del instituto en cuestión, sino que tan sólo tratamos de esbozar un concepto que nos sirva de punto de partida para tratar el tema de las tercerías respecto del fallo objeto de análisis.

2) Las distintas clases de tercerías

En materia de tercerías se advierte que existen dos clases bien diferenciadas de éstas: 1) las tercerías de dominio, y 2) las tercerías de mejor derecho.

Las primeras se fundan -como su nombre lo indica- en la calidad de dueño o de titular de un derecho real del tercerista.

En cambio, las tercerías de mejor derecho pueden fundarse en privilegios o en prioridades "temporales". Éstas a su vez pueden provenir o bien de la existencia de un derecho real, o bien de la publicidad registral, o también del conocimiento efectivo por parte del nuevo acreedor de la existencia de una obligación anterior referida a la cosa que ahora se embarga.

Resulta muy ilustrativo recordar que las tercerías de mejor derecho no sólo pueden entablarse para hacer valer obligaciones dinerarias sino que -muy por el contrario- también pueden impetrarse para hacer valer obligaciones no dinerarias y obtener como pago la entrega de la cosa. ⁽³¹⁾

El problema se verifica cuando el tercerista nomina incorrectamente la tercería a través de la cual pretende hacer valer su derecho. Es decir, cuando -por ejemplo- siendo dueño plantea una tercería de mejor derecho o viceversa.

¿Qué debe hacer el Tribunal en ese caso?

En el apartado siguiente intentaremos responder este interrogante.

3) La aplicación del principio: "iura novit curia"

El problema reseñado en el apartado anterior pone sobre el tapete el tema de la aplicabilidad del principio "*iura novit curia*".

En efecto, cuando el tercerista ha invocado por error la tercería de dominio, aunque en realidad su pretensión sustancial es la de lograr que se le transmita el dominio que aún no ha adquirido, se le plantea al tribunal el siguiente dilema: ¿debe únicamente rechazar la pretensión? ¿o puede, por aplicación del principio "*iura novit curia*", apartarse de

³¹ Para mayor abundamiento ver nuestro trabajo "*Reflexiones sobre las tercerías de mejor derecho*", J.A., 1986 – II – 161.

la denominación mal elegida por la parte, y juzgar de acuerdo a los principios que rigen las tercerías de mejor derecho, ya que esta ha sido la real y efectiva intención del tercerista?

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, con muy buen criterio, ha sostenido que dar el tratamiento de "tercería de mejor derecho" a un pedido de levantamiento de embargo fundado en "dominio", no importa suplir un error de hecho del actor, ni modificar los términos en que se había trabado la litis, ni colocar a una de las partes en situación de indefensión, sino que consiste en darle la calificación jurídica correcta. ⁽³²⁾

Criterio similar ha inspirado a la Corte de la Provincia de Buenos Aires que, en fallo publicado en DJBA, T. 131 - 229, estableció la procedencia de una tercería a la cual calificó como de mejor derecho, siendo que el actor la había planteado como tercería de dominio.

Ya hemos desarrollado estos conceptos en un fallo que se vinculaba con la adquisición de un inmueble por boleto privado.

En ese caso, la Cámara había resuelto la cuestión, planteada como una "tercería de dominio", como si el adquirente por boleto fuese efectivamente propietario, frente a lo cual se planteó el recurso de revisión por contradicción con fallos de otras Cámaras que negaban la procedencia de la tercería por faltar en el actor la condición de dueño.

Seguidamente el Tribunal Superior acogió el recurso de revisión impetrado, anuló la sentencia recurrida y reenvió el expediente a la Cámara que le seguía en turno, para que, por aplicación del principio "iura novit curia", juzgara el caso como una "tercería de mejor derecho".

Por lo tanto, entendemos que cuando alguien que no es dueño de un bien intenta hacer valer su derecho echando mano del instituto de la tercería y nomina a ésta como tercería de dominio cuando en realidad lo correcto hubiera sido calificarla como tercería de mejor derecho, el juez puede -por aplicación del principio "iura novit curia"- cambiar la calificación jurídica.

VII. CONCLUSIONES

1) El artículo 1185 bis del Código Civil no es una norma de excepción al régimen general de preferencias que instaura el Código Civil, sino que es una norma especial y específica que extiende a los procesos de ejecución colectiva dicho régimen.

³² CS, 17 noviembre de 1994, Actualización de Jurisprudencia en La Ley del 27 de septiembre de 1995.

El régimen general de preferencias del Código de Vélez se encuentra consagrado en diversos dispositivos normativos, diseminados en distintas partes de nuestro Código Civil, de los cuales -a nuestro entender- la norma “madre” es el artículo 3269.

2) La registración de los derechos reales sobre inmuebles reviste carácter declarativo y no constitutivo.

3) La certificación de firmas que practique un notario respecto de un instrumento privado no hace que todo el documento se convierta en instrumento público; sólo la certificación en cuestión revestirá tal carácter.

4) El adquirente de la posesión de un inmueble mediando boleto privado es un poseedor ilegítimo de mala fe sin vicios; ello, no obstante el texto literal del párrafo agregado por la Ley Nº 17.711 al artículo 2355 del Código Civil.

5) Podemos conceptualizar a la tercería diciendo que es la acción procesal que la ley adjetiva acuerda a un sujeto distinto de las partes del proceso en defensa de un interés propio. A su vez podemos clasificarla en dos categorías: 1) las tercerías de dominio, y 2) las tercerías de mejor derecho.

6) Cuando alguien que no es dueño de un bien intenta hacer valer su derecho echando mano del instituto de la tercería, y nombra a esta como tercería de dominio cuando en realidad lo correcto hubiera sido calificarla como tercería de mejor derecho, el juez puede -por aplicación del principio “iura novit curia”- cambiar la calificación jurídica.

Por Luis Moisset de Espanés y Gabriel Anibal Fuster.