

## Terceria De Mejor Derecho Costas Principio Objetivo De La Derrota Orden Causado

### JURISPRUDENCIA

En Mendoza, a los cinco días del mes de julio

de dos mil trece, reunidos en la Sala de Acuerdo, los Sres. Jueces de esta Excma. Tercera Cámara de apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, trajeron a deliberar para resolver en definitiva los autos N° 156.286/35.007 caratulados ?RAFFO ANDREOTTI ADRIANA ETELA EN J. N° 154.674, BANCO MACRO S.A. C/ IULIANO JULIO CESAR P/ EJ. CAMB. P/ TERCERÍA?, originarios del Tercer Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas, de la Primera Circunscripción Judicial, venidos a esta instancia en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 166 contra la sentencia de fs. 157/61. Llegados los autos al Tribunal, se ordenó expresar agravios al apelan-te, lo que se llevó a cabo a fs. 230/2, quedando los autos en estado de resolver a fs. 249. Practicado el sorteo de ley, quedó establecido el siguiente orden de estudio: Dres. COLOTTO, STAIB y MASTRASCUSA En cumplimiento de lo dispuesto por los arts. 160 de la Constitución Provincial y 141 del C.P.C., se plantearon las siguientes cuestiones a resolver. PRIMERA CUESTIÓN: ¿Es justa la sentencia? SEGUNDA CUESTIÓN: Costas. SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN EL DR. COLOTTO DIJO: 1°) La sentencia de la instancia precedente glosada a fs. 157/61 hizo lugar a la tercería de mejor derecho promovida por Adriana Estela Raffo Andreotti respecto del bien inmueble departamento n° ... de la Unidad ... piso del edificio ubicado en Perú y El Parral de la Ciudad de Mendoza, ordenando por consiguiente los levantamientos de los embargos trabados en el expediente principal. También impuso costas a la actora de los principales incidentada y difirió la regulación de honorarios. 2°) El decisorio fue recurrido por el Banco Macro S.A., el que al fundar el recurso solicita en primer lugar se tenga presente que habiéndose, con posterioridad a la sentencia de tercería, dictado sentencia en autos n° 86.106, ?Raffo Andreotti Adriana Estela c/ Sucesores de Iuliano Vicente Hugo y ots. p/ Acción Posesoria? en el que se declara operada la prescripción adquisitiva a favor de la tercerista Raffo Andreotti, su parte limita su recurso a la imposición de costas y a la base regulatoria de los honorarios diferidos. Se agravia de las costas impuestas y de la aplicación del principio chiovendano de la derrota, por cuanto manifiesta, tenía razones fundadas para sostener que debía estarse a las constancias registrales ante la inexistencia de un claro encadenamiento de las cesiones que invocaba la tercerista, sumada a la inaplicabilidad del plenario Fernández. A que no había además ningún boleto a nombre de la tercerista sino una intrincada, incoherente y cortada cadena de cesiones no escritas ni mostradas. Que dijo el a quo que el embargo se trabó sobre un dominio puramente registral y no real, pero de ello no puede responsabilizarse a la apelante quien es perjudicada por los obrares del tercerista y deudor, resultando injusto cargarle el peso de las costas, a sabiendas de que al dar valor a cuestiones sin acceso registral se viola el principio del art. 2505 C.Civ. - Señala que el criterio imperante va en contra de la seguridad jurídica y el derecho de los terceros, que encarece el crédito; el acreedor ejercer su derecho en base a las constancias del Registro, el demandado calla y al tercerista que no realizó la escrituración del bien se lo exime de costas, siendo ello injusto. Informa que los antecedentes jurisprudenciales revelen que el criterio más equitativo y justo es el vencimiento recíproco para las partes, solicitando sea modificada la imposición de costas y se impongan por su orden. También se agravia de la base regulatoria de los honorarios, puesto el a quo yerra en considerar que se encuentra en juego en el proceso un inmueble, sino un embargo que afecta al mismo por un monto determinado y es el beneficio que el cliente obtiene o el perjuicio que se le evita a los fines regulatorios, que es el criterio establecido por nuestros tribunales. Concluye que encontrándose en juego un embargo que afecta un inmueble por un monto determinado, solicita se tenga en cuenta a los fines de la base regulatoria y no el valor del inmueble tal como lo establece la sentencia recurrida. Que en subsidio entiende que no puede ser tenido en cuenta el valor del inmueble en su totalidad, ya que trabó embargo por \$ ... sobre el porcentaje pro indiviso de titularidad registral de Julio Cesar Iuliano, por lo que no podrá considerarse el valor del 100% del inmueble sino sobre un porcentaje pro indiviso. Hace reserva del Recurso Extraordinario Federal. 3°) A fs. 326 contesta los agravios la tercerista, la cual manifiesta que la incidentada no se allanó al planteo, que este acompañó prueba abundante (escrituras públicas) como también y previo a contestar solicitó la remisión de los autos n° 118.227, ?Cavallotti Juan Francisco p/ suc.?, en donde en las operaciones de inventario y avaluó se incluía el derecho a escrituración que ostentaba el causante, remitiéndose a lo considerado por la a quo en dicho aspecto, solicitando el rechazo del agravio. En cuanto a la base regulatoria se allana a la misma y solicita se practique como juicio total (art. 9 inc. j LA) sobre la base del valor del embargo. 4°) Corresponde pronunciarse sobre el primer agravio. Así la parte incidentada (actora en los principales) reclaman por la forma en la que fueron impuestas las costas del juicio, sosteniendo la inaplicabilidad del principio objetivo de la derrota, solicitando sean estas impuestas en el orden causado. Debe recordarse que el art. 36 C.P.C., establece, como premisa general, la aplicación del principio chiovendano de la derrota procesal, que impone al

vencido el pago de las costas provocadas en el juicio. También se observa que admite, como excepción, la imposición de dichas costas en el orden causado cuando resulte evidente que el contrario no dio motivo a la demanda o articulación, y se allanó de inmediato haciendo entrega o depositando lo debido. Como se observa, si bien el principio sustentado, resulta poco más que estructurado, puesto que a diferencia del art. 68 del C.P.C.N, que autoriza al Juez a eximir total o parcialmente del pago de las costas al litigante vencido siempre que encontrare mérito para ello, el supuesto de nuestra ley de rito, según una interpretación gramatical de la norma, solo permitiría a modo de excepción, imponer las costas por su orden cuando existan vencimientos recíprocos o evidencia sobre la falta de motivo para la articulación (temeridad) o el allanamiento inmediato a la pretensión. Sin embargo y en una interpretación teleológica de la norma se puede establecer que existen otros tantos supuestos que permitirían la imposición en el orden causado, tales como que la cuestión tratada sea de dudosa solución o se trate de un caso novedoso, o cuando se aplica una ley nueva que motiva una interpretación encontrada o en su caso una jurisprudencia diferente a la imperante al momento de la interposición de la acción. Adviértase que si uno repasa la cuestión debatida en la jurisprudencia nacional y provincial, el resultado no siempre se ajusta a los estrictos cánones de aplicación del principio analizado. Así se observa que en el orden nacional incluso dicho tema provocó opiniones divergentes en la doctrina e incluso fallos contradictorios (v.g. Cám.Nac.Com. Sala A, 30/XII/1998, en "Carletti Héctor Desiderio y otros s/terc. de dominio en Banco de Suquía S.A. Coopwis S.A. y otros s/elec.", ver E.D. del 13/XII/1999 fallo n° 49.748; ídem, Sala E, 3/VII/1997, en Ruiz Moreno Ernesto s/terc. de dominio en Dineros Club Argentina S.A. c. Coccio Raúl otros", ver J.A. del 19/VIII/1998 n° 6103 pág. 54; S.C. de Buenos Aires, 9/II/1993, en "Club Personal Banco de Río Negro y Neuquén Bahía Blanca, terc. de dominio en Gaucchi Roberto c. Graetz Rodolfo s/ejecutivo", ver E.D. t. 153 pág. 635, con nota de Jorge H. Alterini; etc., Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Posadas, sala II - Banco de la Provincia de Misiones c. Hourcade, Roberto J. - 04/12/1997 - LLLitoral 1998-1, 667 - AR/JUR/4405/1997, Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán, sala laboral y contencioso administrativa - Alborno, Jaime J. y otro vs. Villagra, Juan J. c. Imprenta y Papelería Urueña y otro - 11/08/2005 - LLNOA 2005 (noviembre), 1340 - AR/JUR/2908/2005, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C Etchegaray, Pedro A. y otro s/tercería de dominio en: Pisani, G. c. Cruz, Daniel - 10/05/2005 - LA LEY 28/07/2005 - LA LEY 2005-D, 636, Cita online: AR/JUR/921/2005, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C - Alfarano Genaro sobre Tercería de mejor derecho en autos Loma Negra C.I.A.S.A. c. Antaco SR.L. - 14/11/2006 - La Ley Online - AR/JUR/9464/2006, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C - Banco Credicoop Coop. Ltda c. Risuelo, Stella Maris - 17/11/2006 - La Ley Online - AR/JUR/9476/2006). Incluso en el orden provincial la cuestión no ha sido pacífica. Así se ha resuelto que: "No es correcta la imposición de costas al tercerista adquirente de boleto de compraventa de fecha cierta y detentador de posesión, frente al embargante de buena fe, que en el proceso principal era un tercero y que además resultó ganador en la tercería deducida, aún cuando no fuera titular registral del inmueble embargado, siendo la solución más equitativa y ajustada a derecho que se determinen vencimientos recíprocos para las partes." (5° C.C., 10347 - "Yañez, Edgardo Armando en J. 116.747 Air Liquide Arg. S.A. c/ Oxicyu S.R.L. p/Ejecución p/Tercería? - 17/12/2007 -LS031-286). En el caso planteado se observa que si bien la tercerista resulta gananciosa con respecto a su pretensión (tercería de mejor derecho), existían razones valederas por parte de la acreedora embargante y demandada en los presentes a resistir la referida tercería, por cuanto y si bien no encuentro discusión sobre la procedencia sustancial de la acción y menos aún cuando ha recaído sentencia definitiva en los autos n° 86.106, "Raffo Andreotti Adriana Estela c/ Sucesores de Juliano Vicente Hugo y ot. p/ prescripción adquisita? (erróneamente calificado como acción posesoria), resulta menester a priori evaluar que los motivos de la resistencia resultaban absolutamente justificados, por cuanto: a) no se trataba de un supuesto específico de aplicación de la doctrina del fallo plenario dictado por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza in re 56.353, "Fernández, Angel en J: 18687/20.996 Fernández A. en j° 17.405 c/ Coviram Ltda. s/ inc. rev. s/ casación?. Así incluso fue justipreciado por la a quo, aunque la misma decide la aplicación del referido fallo porque al igual que en el plenario, en autos existe certidumbre fáctica sobre la posesión pública y pacífica del inmueble con anterioridad por parte de la tercerista. b) En tren de análisis del derecho invocado y la prueba del mismo acompañada en la tercería y en los autos que en compulsa se tuvieron a la vista, n° 118.227, "Cavallotti Juan Francisco p/ sucesión? (2° Juzgado Civil), n° 171.834, "Sarmiento Agustín Emilio c/ Bonfanti, Luis Eduardo p/ prescripción adquisitiva? (18° Juzgado Civil) y los referidos n° 86.106 (7° Juzgado Civil), no puede dejar de mencionarse que incluso el "mejor derecho invocado? en la demanda no se encontraba lo suficientemente claro y justificado, que le hubiese permitido a la apelante allanarse de inmediato a la pretensión y no sostener el embargo sobre el referido inmueble, por las siguientes razones: b. 1) si bien se adjuntó el contrato de compra venta de fondo de comercio de donde surge la adquisición por parte de Juan Francisco José Cavallotti de la referida unidad funcional sometida a PH, se observa que el mismo no se encuentra adjuntado en el expediente sucesorio cuya compulsa se ofreció como prueba (existe constancias del desglose a fs. 83/118 del sucesorio referido). b.2) en relación a lo apuntado anteriormente no obstante se advierte que "el derecho a escrituración? de la referida unidad, fue incluido en las operaciones de inventario, avalúo de los bienes del sucesorio (fs. 230/1), la

que recibió aprobación por parte del juez (fs. 263/4) y que luego a fs. 304 las herederas acordaron partición privada y adjudicación por partes iguales, correspondiéndoles 1/3 de los bienes a cada una, por lo cual el juez del sucesorio adjudicó los bienes que componían el acervo en condominio y en la proporción anteriormente indicada a favor de las herederas. b.3) en autos además se acompañó la cesión de derechos y acciones posesorios y dación en pago de la heredera Mónica Cavallotti a favor de Julio C. Raffo y por la cual aquella le cede el 50% indiviso de la unidad objeto de la tercería. Como se advierte existe divergencia y por ende razonable duda, sobre qué derechos posesorios en definitiva se encontraba cediendo la heredera a favor de Raffo, puesto que si Mónica Cavallotti había sido adjudicada como condómina en 1/3 de la totalidad de los bienes que integraban el acervo hereditario del sr. Juan Francisco José Cavallotti, cómo aparece la misma ostentado el cincuenta por ciento indiviso de la referida unidad (1/2) y transfiriendo en dicha proporción, cuando y por imperio del art. 3.270 C.Civ. (nemo plus iuris) nadie puede transferir un derecho mejor o más extenso del que gozaba. b.4) Así también se adjuntó la cesión de derechos y acciones posesorios a título gratuito del otrora cesionario del 50%, Julio C. Raffo a favor de Adriana Estela Raffo Andreotti, pero aquí sobre la totalidad del inmueble, imponiéndose las mismas dudas que se plantearon en los apartados anteriores. Si bien la tercerista argumentó que las herederas María Borasso y Ana María Cavallotti cedieron sus derechos y acciones posesorios sobre el 50% restante a favor de Héctor Dick Ulloa, a ello debe responderse con dos objeciones, que incrementan la razonable duda a resistir la pretensión de la tercerista, puesto que: a) resulta objetable que las referidas herederas transfiriesen el 50% a favor del cesionario indicado, cuando entre ambas tendrían, según el auto de adjudicación del sucesorio 1/3 cada una, es decir el 66,66% de dichos derechos posesorios; b) en ninguno de los procesos acompañados surge la referida escritura pública de cesión de derechos y acciones, por lo cual tampoco podría en un principio darse conformidad, al no haberse adjuntado la misma. b.5) Se manifestó también que ostentando el 100% de los derechos posesorios Julio Cesar Raffo y Héctor Dick Ulloa, ambos el 25/4/1999 decidieron por acuerdo privado adjudicarse al primero de los nombrados el departamento objeto de la tercería. Acuerdo que es importante mencionar, no se acompañó como prueba ni en esta tercería ni el resto de juicios venidos AEV. b.6) la a quo toma como verdaderas las constancias de las escrituras a tenor del art. 993 C.Civil y por ende entiende que gozan de plena fe hasta que sean argüidas como falsas, pero sin embargo no distinguió que en la cesión de derechos y acciones posesorios de Julio Raffo a Raffo Andreotti, los antecedentes de transferencia de dichos derechos fueron una mera manifestación del cedente y por ende carentes de la fe pública pregonada por el artículo de referencia. Así debe recordarse que por imperio del art.993 C.Civ., el instrumento resulta oponible contra terceros y hacen plena la fe en cuanto a la existencia material de los hechos que el oficial público hubiese anunciado, como cumplidos por él y que han pasado en su presencia, pero no abarca la sinceridad de las declaraciones que el oficial público consigna como hechos en su presencia y menos aún la sinceridad de las declaraciones efectuadas por las partes, por lo que respecto de éstos últimos el instrumento público se halla en un pie de igualdad con el instrumento privado, por lo que debe distinguirse los aspectos del instrumento público que están amparados por la fe pública (atacables mediante querrela de falsedad) y los que carecen de su protección (impugnables mediante prueba en contrario). Es decir que aquella manifestación realizada por el cedente en cuanto a las transferencias de los porcentuales indivisos sobre el referido inmueble, como a la adjudicación realizada, no cuentan con la calidad de instrumento público, lo que hacía necesario su acompañamiento a la causa, lo cual al no haberse cumplido en su totalidad, imponía la razonable duda a la demandada apelante en resistir la acción. c) Sin perjuicio de la validez de la sentencia y que no ha sido objeto del recurso de apelación la procedencia sustancial de la tercería (solo la discusión por costas y honorarios), pero importando el mérito de la misma a los fines exclusivos de la distribución de las costas, entiendo que también y conforme a lo expuesto anteriormente, existía en la accionada apelante y en ello coincido, la razonable duda a resistir a la pretensión de la tercería, puesto que a priori no existía constancia que se encontraba cumplido el requisito exigido por el plenario ?Fernández Ángel?, en cuanto a que la tercerista se encontraba en perfectas condiciones de subrogarse en la posición jurídica del titular registral mediante un perfecto eslabonamiento entre los sucesivos adquirentes (fallo cit., L.S.265-193). d) los acontecimientos posteriores fueron los que modificaron sustancialmente la apelabilidad del proceso, ya que al existir sentencia que hizo lugar a la demanda por usucapión planteada por la tercerista, escasa discusión merece el presente proceso, al declararse prescripto el dominio a favor de Raffo Andreotti, salvo las costas y los honorarios. Por lo tanto frente a este panorama es lo que llevó a la demandada a razonablemente a oponerse al progreso de la tercería. En dicho sentido se ha dicho que la razón valedera para litigar se asienta -en principio- en una apreciación subjetiva con respecto a los alcances de un determinado proceso, y que sólo vale para justificar la eximición total o parcial de la carga de las costas ?cuando esa valoración personal coincide con la que razonablemente podía haber hecho un tercero sobre la base de elementos prevalentemente objetivos que respalden la creencia con fundamentos serios? (Colombo "Código Procesal anotado y comentado, 4ª ed. act. Bs. As. 1975, t. I, pág. 162 y sigtes.). Es por ello que entiendo que en autos se dan esas circunstancias especiales que justifican la admisión del agravio y la imposición de las costas en el orden causado.- 5º) En cuanto a la discusión de los honorarios, su diferimiento y la base por la cual entiende la a quo deben calcularse, existió por parte del apelado

expreso allanamiento a los agravios de la apelante, corresponde hacer lugar al recurso y por ende se calculen los mismos por aplicación del art. 9 inc. j LA como juicio total y sobre la base del valor del embargo trabado en el juicio principal. Voto en esta cuestión por la negativa. A la misma cuestión, por sus fundamentos, los Dres. STAIB y MASTRASCUSA, adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN EL DR. COLOTTO DIJO: Las costas de esta instancia atento a la forma en la que se dirimieron las cuestiones planteadas entiendo también debe imponerse en el orden causado. (art. 36 del C.P.C. ). Así voto

A la misma cuestión, por sus fundamentos, los Dres. STAIB y MAS-TRASCUSA, adhieren al voto que antecede. Con lo que terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta: SENTENCIA: Mendoza, 5 de julio de 2013

Y VISTOS: El acuerdo que antecede, el Tribunal RESUELVE: 1º) Admitir el recurso de apelación interpuestos a fs. 166 por Banco Macro S.A., en contra de la sentencia dictada a fs. 157/61 de fecha 12 de octubre de 2012, la que por consiguiente se modifica en los resolutivos III y IV, los que quedarán redactados de la siguiente manera: ??III.- Imponer las costas en el orden causado (art. 36 C.P.C.). IV.- Regular honorarios profesionales a los Dres. Julio Raffo, María Leonor Etchelouz, Esteban Garcés, en la suma de pesos ... (\$ ...), ... (\$ ...) y ... (\$ ...), respectivamente. (arts. 9 inc. j Ley n° 3.641)?. 2º) Imponer las costas de Alzada en el orden causado. (art. 36 C.P.C.). 3º) Regular los honorarios profesionales en la alzada a los Dres. María Leonor Etchelouz, María Verónica Lima, Julio C. Raffo y Miguel Mateu Romero, en las sumas de pesos ... (\$ ...), ... (\$ ...), ... (\$ ...), ... (\$ ...), respectivamente (art. 15 ley 3.641). Notifíquese y bajen.

Alberto Luis STAIB Juez de Cámara Graciela MASTRASCUSA Juez de Cámara Gustavo Alejandro COLOTTO Juez de Cámara Alejandra Iacobucci Secretaria de Cámara

Correlaciones: Staiman, Alejandra c/Berro, Martín Oscar s/división de condominio; Staiman, Alejandra c/Berro, Martín Oscar s/fijación y o cobro de valor locativo - Cám. Nac. Civ. - Sala E - 17/09/2012

Cita digital: