

General Roca, 07 mayo de de 2020.

AUTOS Y VISTOS: Para dictar sentencia en las presentes actuaciones caratuladas "HUIQUILAF LILIANA ALEJANDRA EN AUTOS: AMORUSO DE MUÑOZ SALVATRICE C/ DIVANO FAUSTO S/ ORDINARIO S/ TERCERÍA DE MEJOR DERECHOS" (N-2RO-10-C9-17), de los que

RESULTA: A fs. 27/31 se presenta Liliana Alejandra Huaiquilaf, mediante apoderada y adjuntando la documental de fs. 3/26, iniciando demanda de tercería de mejor derecho en los autos "AMORUSO DE MUÑOZ SALVATRICE C/ DIVANO FAUSTO S/ ORDINARIO" (34144-JC9-11), contra Salvatrice Amoruso de Muñoz y Fausto Divano, a los efectos se declare a su crédito como de mejor derecho que el del ejecutante, suspendiéndose la ejecución y/o subasta del bien designado catastralmente como 04-1-B-948-24, inscripto bajo matrícula n° 04-2464, sito en calle Chubut n° 834 de la ciudad de Allen.

Solicita también, se ordene el levantamiento del embargo trabado sobre dicho lote.

Relata que en los autos principales a solicitud de la sra. Amoruso de Muñoz, se trabó embargo sobre el bien inmueble designado como 04-1-B-948-24, inscripto en el RPI bajo el T° 861, F° 47, finca 127788, y ha solicitado la subasta del bien, lo cual tomó conocimiento debido al mandamiento de constatación diligenciado.

Sostiene que dicho terreno lo compró por boleto de compraventa de fecha 19/05/1997 al sr. Giovanni Marcelo Scarlata, adquiriendo la posesión el mismo día, contando dicho documento con fecha cierta con el sellado de la Dirección General de Rentas en 03/04/1998.

Comenta el precio de venta y forma de pago pactada, afirmando que se encuentra totalmente cancelado.

Alega que el sr. Scarlata se presentó como legítimo dueño, transfiriéndole la posesión del terreno, comprometiéndose a escriturar, una vez cancelado el precio y habiéndose firmando el boleto de compraventa en la escribanía de María Angélica Domingo de Allen.

Describe que se trataba de un terreno y que presentó los planos para su aprobación en el municipio, solicitando los servicios de luz, agua y gas; dice que edificó la vivienda que se encuentra en el lote y que desde agosto de 1997 vive en el lugar, como legítima dueña, ejerciendo la posesión animus domini, sin haber sido jamás molestada ni reclamada con relación al inmueble.

Invoca su posesión pública, pacífica y continua, de buena fe, siendo el inmueble

embargado su única vivienda, en la que habita junto a su familia.

Deduca frente a la pretensión de la ejecutante en los autos principales, la oponibilidad por ser el boleto de compraventa causa de la adquisición legítima y de buena fe, anterior al embargo.

Cita de jurisprudencia y legislación que dice aplicable al caso, haciendo incapié en que el boleto de compraventa cuenta con fecha cierta anterior al embargo.

Concluye que en el caso se dan todos los requisitos, la buena fe de los adquirentes, la fecha cierta del boleto anterior al embargo, la publicidad posesoria y el pago del 25% del precio, solicitando el levantamiento de embargo.

Ofrece prueba, efectúa reserva del caso federal, funda en derecho y peticona.

A fs. 40/2 se presenta Salvatrice Amoruso de Muñoz, con patrocinio letrado, contestando el traslado respecto de la acción de tercería de mejor derecho, efectuando un desconocimiento de la totalidad de la documentación acompañada por la actora.

Destaca que el convenio de regularización de la deuda de Aguas Rionegrinas acompañado, fue suscripto el 27/07/2017 luego que se efectuara la constatación en el inmueble, comprendiendo el período no prescripto entre el 6° bimestre de 2011 y a la fecha de inicio de la citación efectuada, presumiendo que el período anterior al prescripto tampoco fue abonado por quien dice tener un mejor derecho sobre la propiedad a subastar.

Respecto a los hechos, sostiene que vislumbra una connivencia entre la tercerista (Huaiquilaf) y el demandado en la causa principal (Divano), restándole importancia al boleto acompañado, el cual emanó de Giovanni Scarlata, a quien no conoce y resulta un tercero ajeno al propietario del inmueble.

Asimismo, se pregunta si el boleto de compraventa fue confeccionado en una escribanía, por qué no se certificaron las firmas e identidad de los mismos, considerado improponible procesalmente la situación planteada por la tercerista, quien pretende justificar su mejor derecho supeditándola a la presentación de documentación altamente sospechosa y dudosa, que es atribuida a terceros, omitiendo considerar que la titularidad de los inmuebles a subastar surge de los informes del respectivo registro, los cuales tienen efectos frente a terceros.

Sostiene que la tercerista deberá efectuar su reclamo al sr. Divano quien es responsable de las eventuales consecuencias dañosas que en su perjuicio le genere la subasta del bien, sosteniendo que pretende sacar rédito de su propia torpeza.

Concluye solicitando se disponga la inmediata venta del bien a subastar, salvo que la

tercerista ofrezca caución real por el monto de la planilla adeudada en los autos principales.

Ofrece prueba, funda en derecho y peticiona.

A fs. 45 se decreta la rebeldía de Fausto Divano, obrando su notificación a fs. 46.

A fs. 50 se fija audiencia preliminar, la que es celebrada según constancias de fs. 57, donde se instó a las partes a conciliar y ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, se fija el plazo y los hechos sujetos a prueba.

Se produjo la siguiente prueba: 1) Por la parte actora: a) Documental: fs. 4/26; b) Informativa: fs. 107/8 Edersa; fs. 81/6 Aguasrionegrinas S.A.; fs. 97/104 Municipalidad de Allen; fs. 60/6 Colegio Notarial de la provincia de Río Negro; fs. 92/4 Registro de la Propiedad Inmueble; c) Pericial caligráfica: fs. 195/209; d) Confesional: fs. 134 constancia de incomparecencia de Fausto Divano; e) Testimonial: fs. 134 de Raquel Cristina Coliñir, Angélica D´Angelo y Selva Mariela Chacón; fs. 158 María Angélica Domingo. Por la demandada: a) Informativa: fs. 112/3 Agencia de Recaudación Tributaria; fs. 114/6 Municipalidad de Allen; fs. 117/22 Aguasrionegrinas; b) Testimonial: fs. 158 María Angélica Domingo.

A fs. 212 se clausura el término probatorio, poniéndose a alegar a fs. 219.

A fs. 229 se ordena glosar documentación original, los alegatos (fs. 222 de la demandada y fs. 223/6 de la actora) y se llaman autos para sentencia.

CONSIDERANDO: I) En primer lugar, refiero que en la presente causa nos encontramos prácticamente ante una situación con similitudes a las planteadas en los autos "FWORESKI TEÓFILO EN AUTOS: AMORUSO DE MUÑOZ SALVATRICE C/ DIVANO FAUSTO S-ORDINARIO" (N-2RO-6-C9-16), que tramitó ante éste juzgado, por lo que, sin perder de vista las particularidades de cada caso, se seguirá una misma línea argumentativa.

II) En dicho contexto, resulta oportuno aclarar que en derecho no existen hechos, circunstancias, casos en sí, que tengan una solución absoluta y determinada, sino que cada caso o circunstancia ha de ser valorada y reconocida con sus características particulares para arribar a una justa decisión.

Es decir que para poder concluir en una "justa decisión judicial" tendré que valorar los distintos elementos jurídicos y fácticos, que fueron planteados inicialmente separados, que deberé integrar o fusionar para dar solución al conflicto particular. Ello en razón de la importancia de valorar todos los "derechos" que están inseparablemente entretreídos con las normas constitucionales, no como meras proclamaciones sino con todos los

recursos jurídicos exigibles para su defensa y, por tanto, puestos bajo la tutela del juez. Este es el deber que como juez nos impone el vigente art. 3 del CCCN, que como indicara LORENZETTI, el espíritu fue imponer a los jueces el deber de seguir un proceso argumentativo susceptible de control judicial; es decir, la razonabilidad en el modo de resolver.

III) Hecha la precedente aclaración, continuaré efectuando un repaso de las circunstancias que determinaron el inicio del presente expediente. Debo referirme a que en los autos "AMORUSO DE MUÑOZ SALVATRICE C/ DIVANO FAUSTO S/ ORDINARIO" (34144-11), luego de dictada la sentencia definitiva en fecha 21/05/2014 (fs. 274/9) que condenara a Divano a abonar a Amoruso de Muñoz determinada suma de dinero, se ordenó la subasta de distintos bienes inmuebles, inscriptos a nombre de Divano.

En tal contexto, se efectuó mandamiento de constatación en fecha 19/11/2015 (fs. 392 vta.), surgiendo que el inmueble NC 04-1-B-948-24, que corresponde al domicilio Chubut n° 834, donde el oficial de justicia ad-hoc informó que concurrió al inmueble en distintos días y horarios y no respondió persona alguna, por lo que ingresó al predio observando que el lugar se encontraba en estado de abandono, describiendo la existencia de la construcción de una vivienda precaria, la cual dice se encontraba desocupada y cerrada. Informa también que al consultar a los vecinos, manifestaron que desconocen la identidad del propietario y que la vivienda es ocupada transitoriamente por inquilinos, pero hace un tiempo considerable no habita nadie.

IV) Se ha conceptualizado a la tercería de mejor derecho, como "la que ejerce el titular de un crédito, alegando privilegio o preferencia sobre el crédito del ejecutante en el juicio principal; es un conflicto que se suscita entre dos acreedores de un deudor común, esto es, el ejecutante en el juicio principal y el que ingresa al proceso en virtud de la tercería" (Arazi-Rojas, C.P.C. y C. Com. y Anot. T. I pag. 459).

Asimismo, del régimen derogado, eran de aplicación los arts. 1185 bis y 2355, como forma de protección a los derechos del señalado comprador, que daban una respuesta positiva a la procedencia de la tercería, pues la posesión adquirida por boleto de compraventa de manera pública, legítima y ejercida de manera pacífica e ininterrumpida confería al comprador de buena fe, derechos suficientes para oponerse a la acción del acreedor del titular, que intentaba agredir el bien inmueble objeto de la venta.

De tal modo se consideraba a la posesión legítima, oponible a terceros y a los acreedores del titular registral, quienes carecían de facultades para ejecutar el inmueble

que había sido enajenado por boleto de compraventa, debiendo considerar el valor de la publicidad posesoria y su oponibilidad al acreedor - ejecutante del vendedor.

V) Por lo tanto, considero de vital importancia referir acerca del peso de la publicidad posesoria, frente a la registración formal y su oponibilidad hacia terceros.

"En las Octavas Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en La Plata en 1981, se concluyó que ´cuando entran en colisión la publicidad posesoria y la publicidad registral inmobiliaria triunfa la primera en el tiempo, siempre que sea de buena fe.´ Si la publicidad posesoria es primero en el tiempo y de buena fe debe primar a la registral. Este punto también fue abordado en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la ciudad de San Miguel de Tucumán en octubre de 2011 con análogo resultado" (artículo citado de Palacio de Caeiro, Silvia B.).

Cuestión diferente es cuando el acreedor privilegiado o quirografario concreta una medida precautoria (embargo, inhibición, anotación de litis), con anterioridad a la entrega de la posesión por el propietario al adquirente por boleto de compraventa. Pero en el caso de autos se ha acompañado un boleto de compraventa el cual adquirió fecha cierta el 03/04/1998, con el timbrado impuesto por la Dirección General de Rentas.

En todo momento la sra. Huaiquilaf manifiesta haber actuado de buena fe, fundándose en que el sr. Scarlata (quien le vendiera el lote) se presentaba como legítimo propietario y le entregó la posesión del mismo.

Si bien Scarlata no resulta titular registral del lote (fs. 92/4), puede observarse de la presente causa, como de la ya resuelta n° 34.144, que la familia Scarlata se comportaba como tal y pudo haber creado la certeza que lo eran a los compradores.

Lorenzetti ha reconocido que "la oponibilidad del boleto de compraventa a terceros embargantes o frente a la quiebra o concurso del enajenante es un problema cuya solución requiere equilibrar dos aspectos: Por un lado la protección del adquirente, que ha confiado en obtener un bien y no una indemnización, y es por ello que la tendencia evolutiva ha sido proteger este derecho admitiendo la oponibilidad si se trata de un comprador serio, en el sentido de que ha pagado una parte del precio, ha tomado la posesión. Inicialmente se protegió con mayor rigor la compra con destino a vivienda, aunque luego el criterio se generalizó. Como contrapartida, hay que prever que un boleto así protegido y directamente oponible, puede dar una herramienta para que el deudor ´fabrique´ boletos en perjuicio de sus acreedores. Para evitarlo se requiere que haya sido inscripto, o bien que exista posesión" (LORENZETTI, Ricardo, "Tratado de los Contratos", Rubinzal-Culzoni editores, edición 1999, Santa Fe, t. 1, p. 345 y ss.).

En tal sentido, distintas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales otorgan primacía al comprador y poseedor de buena fe, como disponía el art. 1185 bis del Código Civil derogado que prescribía la oponibilidad del boleto de compraventa al concurso o quiebra del vendedor si se hubiera abonado el veinticinco por ciento del precio.

Dichas conclusiones que consagró la aplicación del art. 1185 bis del Cód. Civil derogado, tuvieron influencia en los arts. 1170 y 1171 del Cód. Civil y Comercial de la Nación.

VI) Tengo entonces un boleto de compraventa, con fecha cierta, que otorgó posesión a la sra. Huaiquilaf del lote en cuestión, y teniendo en cuenta las circunstancias particulares que se presenta, con un antecedente verificado en éste juzgado, me llevan a analizar detalladamente el caso, realizando un amplio análisis de las normas y derechos en juego, sin excederme en un rigorismo formal a fin de no vulnerar derechos fundamentales que se encuentran involucrados.

En tal sentido, la tercerista pretende que se proteja la posesión de buena fe, declarándose oponible dicho boleto a la ejecutante, por ser aquel anterior al embargo y sus reinscripciones, existiendo de su parte, posesión pública y pacífica.

Al respecto, se ha acompañado un boleto de compraventa, cuya fecha cierta resulta 03/04/1998, y donde se identifica el inmueble objeto de la misma, que resulta coincidente con el que las sra. Amoruso de Muñoz pretende subastar.

Además de ello, analizada la totalidad de la prueba producida en autos, puedo evidenciar que existen medios probatorios que me llevan a concluir con un alto grado de certeza, que Huaiquilaf ha adquirido el bien inmueble y lo ha ocupado con ánimo de dueño, ejerciendo actos posesorios en tal carácter desde el año 1997.

Las declaraciones de los testigos, han sido totalmente convincentes en tal sentido, sin dejar margen de duda al respecto.

La sra. Selva Mariela Chacón, declaró que la sra. Huaiquilaf vive en Barrio Patricios, en calle Chubut al 800. Dijo que compró el terreno en abril del año 1997 y en agosto se fue a vivir al lugar.

Afirmó que Huaiquilaf y su hermano empezaron a construir una vivienda en el terreno, la cual describió como de ladrillo con una cocina, living y una habitación, sobre un terreno grande, y que le colocó el piso en el año 2016 aproximadamente.

Expuso que la sra. Huaiquilaf vivió en el lugar hasta que en el año 2008 se casó y se mudó a otro barrio de Allen y que regresó en el año 2016; y en el año 2017 se va a vivir con ella, su hijo, la nuera y su nieto. Dijo que mientras no vivió en el lugar, Huaiquilaf

alquilaba la vivienda. Concluye afirmando que es su casa.

La testigo Raquel Cristina Coliñir coincide en que Huaiquilaf vive en el barrio Patricios y que compró el terreno en 1997 y que empezó a vivir pronto en el lugar. Coincide también en que la construcción fue realizada por ella y que vive con su hijo, nuera y nieto.

Igualmente, Angélica del Carmen D'angelo, testificó que la sra. Huaiquilaf vive en la calle Chubut del barrio Patricios de Allen. Declaró también que cuando se casó la actora se fue a vivir con su marido y mientras alquiló la casa, y luego volvió cuando se separó. Han sido coincidentes los testigos en que la actora adquirió el terreno y se mudó al lugar luego de construir la vivienda, aproximadamente en el año 1997.

Si bien nos encontramos ante un caso donde claramente la demandada se opone al avance de la pretensión de la actora, por resultar embargante de un bien cuya titularidad se encuentra a nombre de su deudor (Sr. Divano) pretendiendo hacer valer el derecho que le asiste por la publicidad registral, he de adelantar que considero que en principio la publicidad registral y la publicidad posesoria resultan derechos de igual rango, pero en el presente caso y dada las particularidades del mismo, claramente puedo concluir que la publicidad posesoria del actor prevalece sobre la del demandado por ser anterior.

Otro punto importante a tener en cuenta, es que la presente acción ha sido iniciada con el principal motivo de evitar la subasta del inmueble que ha sido solicitada en el expediente principal. Como se puede observar lo que figura a nombre del demandado de los autos principales "Divano" es el terreno, y en la actualidad en el terreno existe una construcción y los testigos han sido coincidentes al declarar que Huaiquilaf construyó allí su vivienda, residiendo en el lugar y realizando actos posesorios visibles. Asimismo, cuando no habitaba la vivienda, la alquiló a terceros, lo cual resulta un acto posesorio.

De la documentación obrante en el expediente 34144-11 (principal), a fs. 405/6 obra informe de condiciones de dominio emitido por RPI en fecha 17/02/2016, donde consta que el sr. Fausto Divano adquirió el inmueble NC 04-1-B-948-24 mediante escritura n° 153 f° 365 del 10/11/1986. La tercerista alega haber adquirido y tomado posesión del mismo con posterioridad, y que el embargo, que solicita no le sea oponible, se efectivizó luego que ejerciera la posesión que le da el derecho a la propiedad desde el año 1997. Ello acompañado también por un boleto de compraventa, cuya fecha cierta resulta del año 1998.

Por otro lado, cuento con los informes de las prestadoras de servicios públicos y organismos del estado municipal, donde figura la sra. Liliana Alejandra Huaiquilaf

como titular del servicio o responsable del pago.

Así lo informó Edersa a fs. 107; y Aguas Rionegrinas detalló que la conexión del servicio en el lote fue realizada el 02/03/1999 y del estado de cuenta que adjunta, consta el servicio a nombre de Huaiquilaf (fs. 97/104).

La municipalidad de Allen informó a fs. 100/1 que en el año 2006 la sra. Huaiquilaf firmó un plan de pagos y la Dirección de Catastro Municipal informó que datos que obran en dicha repartición, el inmueble se encuentra inscripto a nombre de Divano Fausto y como adquirente sin dominio a la sra. Huaiquilaf, acompañado incluso una copia del boleto de compraventa.

No resulta ajustado a derecho sobreponer, en el caso, la facultad del acreedor embargante de subastar el inmueble de su deudor, cuando aparece un tercero de buena fe, con posesión pública de larga data y que ha efectuado mejoras sobre el inmueble que han elevado su valor, viéndose perjudicado en mayor medida. Ante la necesidad de balancear los distintos derechos en puja de las partes, no parece correcto perjudicar al tercero que ha acreditado publicidad posesoria y se ha comportado como dueña del inmueble.

Por lo que considero que no corresponde admitir la subasta del bien, porque claramente el bien a subastar, en su conjunto, no resulta de propiedad de Divano, por las mejoras realizadas y los actos posesorios públicos efectuados por la tercerista.

VII) Asimismo y en este estado, considero también importante remarcar que mas allá de los derechos económicos que hay en juego en el presente caso, existen derechos constitucionales que me veo en la obligación de resguardar , tal es así que se encuentra comprometido el derecho a la "vivienda" y considero que por un rigorismo formal manifiesto no corresponde obviar estos derechos reconocidos por los pactos internacionales que se han de respetar.

VIII) Contando entonces con un boleto de compraventa, con fecha cierta, y habiéndose reunido elementos consistentes, que brindan cierta seguridad temporal en la oponibilidad del boleto, como en el caso que de las constancias de la causa se impone la veracidad de la operación (registros, autorizaciones y boletas de pago de organismos públicos y privados, testigos, mejoras en el inmueble) acompañada de una publicidad posesoria, se puede advertir la existencia del acto de compraventa.

Existe una certidumbre fáctica: la posesión pública y pacífica de la actora. Certeza de que su posesión ha sido anterior a la traba de embargo; que ha obrado de buena fe; y que prima facie se advierten algunos de los presupuestos necesarios para usucapir el

inmueble. Todo ello sin perjuicio de la acción que deberá iniciar a tales efectos, cumplimentando todos los recaudos para su procedencia.

IX) Respecto al codemandado Fausto Divano, habiendo sido citado mediante cédula y no compareciendo a juicio, se declaró su rebeldía a pedido de la tercerista, con constancia de notificación de dicha declaración.

Asimismo, al ser citado a absolver posiciones, no se presentó a la audiencia que se celebró según constancias de fs. 134, teniéndoselo por confeso en forma ficta, lo que será valorado en ésta oportunidad.

En tal sentido el artículo 60 del CPCCRN, dispone los efectos de las rebeldía declarada y firme, eximiendo a quien obtuvo la declaración "de la carga de acreditar los hechos invocados, los que se tendrán por ciertos salvo que fueran inverosímiles; ello sin perjuicio de las facultades que otorga al Juez el artículo 36, inciso 2".

Referido a tal disposición la Cámara de Apelaciones local tiene dicho que: "Y al respecto cabe resaltar que con la modificación operada al Código Procesal por la ley 4142, la rebeldía amplía sus efectos. Deja de constituirse en una simple presunción de veracidad de los hechos consignados en la demanda, pues conforme el nuevo texto, sin perjuicio de las facultades que acuerda al Juez al art. 36 inc. 2, ´exime a quien obtuvo la declaración de la carga de acreditar los hechos invocados, los que se tendrán por ciertos salvo que fueran inverosímiles´. Comentando la reforma ha expresado el Dr. Arazi: ¿d) Se regula debidamente el proceso en rebeldía, dando seguridad y terminando con la ambigüedad de la redacción actual respecto de los efectos de la rebeldía? (Arazi, Roland. El Nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Río Negro. Publicado en: SJASJA 14/3/2007, JAJA 2007-I-834. Cita Online: 0003/013096). Agregándose en la obra ´Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Río Negro. Anotado y concordado con el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación´ (de autoría del nombrado y del Dr. Jorge Rojas, publicado por Editorial Rubinzal-Culzoni): ¿Es importante la reforma introducida por ese artículo al régimen tradicional que tenía la rebeldía, en virtud de las previsiones que contiene el artículo 356 del Código, ya que la falta de respuesta de los hechos invocados por la parte actora era considerada como una admisión sobre la veracidad de aquellos, que desde luego quedaba sujeta a la eventual prueba en contrario que se pudiera llegar a producir en el proceso. Aquí la situación cambia radicalmente, pues la rebeldía una vez declarada y firme, provoca la eximición de la acreditación por parte del actor de la verosimilitud de los hechos que invocó, con un límite que fijó puntualmente el legislador y que está

representado por la posibilidad de que esos hechos resulten inverosímiles, es decir que no resulten creíbles por sus características o sus particularidades?."(AMULEF SEBASTIAN C/ MARSICO GUSTAVO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario)" A-2RO-763-C5-15 -se. n° 6 del 06/02/2019).

Respecto de la confesión ficta, se reúnen los requisitos exigidos por el art. 417 del CPCCRN, que reza "Si el citado no compareciera a declarar dentro de la media hora de la fijada para la audiencia o si habiendo comparecido rehusare responder o respondiere de una manera evasiva, el juez, al sentenciar, lo tendrá por confeso sobre los hechos personales, teniendo en cuenta las circunstancias de la causa y las demás pruebas producidas. En caso de incomparecencia del absolvente, aunque no se hubiere extendido acta se aplicará lo establecido en el párrafo anterior, si el ponente hubiere presentado oportunamente el pliego de posiciones y el absolvente estuviere debidamente notificado", debiendo considerar entonces los efectos de su ausencia injustificada establecida en el artículo transcrito, reforzándose las consecuencias derivadas de la rebeldía del demandado.

Sobre el tema el STJ ha dicho "Puntualmente en relación a la absolución de posiciones, debe recordarse que por tratarse de una confesión ficta y carecer de carácter absoluto, su valor probatorio está vinculado a aquellos hechos que se hallen corroborados por otros elementos de juicio que obran en el proceso (conf. STJRNS1- Se. N° 49/08, in re: 'G., N.´) y que la presunción desfavorable puede ser destruida por los demás elementos obrantes en la causa, pues el valor de la ficción no puede ser mayor que la realidad y nada obsta que el perjudicado por ella la destruya mediante prueba en contrario (conf. STJRNS1- Se. N° 97/10, in re: 'H., D. I.´)" ("ALUSA S A Y OTROS C / MR. JONNHY S A S/ ORDINARIO" CS1-120-STJ2016 - 47 - 02/08/2016 - INTERLOCUTORIA).

En ese mismo sentido se ha expedido la Cámara de Apelaciones local en los autos "PEÑA ROSA Y OTRO C/ PEÑA JUAN CARLOS S/ ORDINARIO (DAÑOS Y PERJUICIOS)" (765-11 se. 1 del 04/02/2015) donde expresó que "Siguiendo la línea de exposición trazada e ingresando entonces en la confesional, si bien es cierto que el tratamiento de la confesión ficta es distinto al de la confesión judicial expresa, en tanto el alcance de aquella es mucho más relativo y debe apreciarse ´teniendo en cuenta las circunstancias de la causa y las demás pruebas producidas´, la norma que así lo consigna (art. 417 del CPCyC) dispone que bajo tal recaudo al sentenciar el juez lo tendrá por confeso...De lo no que cabe sino otra interpretación que en la confesión ficta

debe tenerse por ciertas las posiciones en tanto versaren sobre hechos pertinentes que fueren del conocimiento personal del absolvente, excepto que surgiere lo contrario de la prueba producida y restantes elementos de la causa".

Por lo tanto, mas allá del análisis efectuado de la prueba obrante en autos, con la cual se puede concluir acerca del derecho de la tercerista, considero que la actitud asumida por Divano contribuye a reafirmar las conclusiones referidas en los considerandos precedentes.

X) En cuanto a las costas, entiendo que al mediar incertidumbre fáctica y argumentos jurídicos que razonablemente justificaban la resistencia a la pretensión del tercerista, debe dejarse a un lado la regla objetiva de la derrota, haciéndolas soportar en el orden causado (arts. 68 y 69 CPCC).

XI) Por los fundamentos expuestos y la normativa citada,

SENTENCIO:

1) Hacer lugar a la demanda de tercería de mejor derecho interpuesta por la sra. Liliana Alejandra Huaiquilaf contra los Sres. Salvatrice Amoruso de Muñoz y Fausto Divano, declarando la oponibilidad del derecho de la actora contra el embargo y subasta ordenados en los autos "AMORUSO DE MUÑOZ SALVATRICE C/ DIVANO FAUSTO S/ ORDINARIO" (34144-11), respecto del inmueble ubicado en la ciudad de Allen e identificado catastralmente como DC 04-1-B-948-24.

2) Imponer las costas en el orden causado.

3) Regular los honorarios de la dra. María Cecilia Evangelista en la suma de \$ 22.000,00 y los del dr. Daniel Ernesto Cuomo en la suma de \$ 20.000,00. (MB: \$ 179.229,70 por aplicación art. 35 ley G. 2212).

4) Regular los honorarios del perito calígrafo Patricio R. Roldán en la suma de \$ 12.720,00 (art. 18 Ley 5069).

Se deja constancia que en la merituación de los honorarios se ha tomado en cuenta fundamentalmente la calidad de la actuación profesional, la extensión, complejidad y etapas cumplidas de la causa y el resultado obtenido a través de aquélla, de conformidad a lo establecido por la ley de aranceles Ley G 2212.

5) Cúmplase con la ley 869.

6) Regístrese e infórmese en la lista de despacho, sin que ello implique notificación a las partes, la que deberá efectuarse en debida forma en el momento oportuno. (Acordada N° 14/20 del STJ , art. 3).

VERONICA I.HERNANDEZ
JUEZ