Comodoro Rivadavia, de mayo de 2009.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados**: "S., J. O. y OTROS en autos caratulados: "F. S.A. C/ A. S. S.A. s/ EMBARGO PREVENTIVO" Expte. N° 384/05 s/ TERCERIA DE MEJOR DERECHO", Expte. N° 58/ 2008**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia Civil y Comercial N° 2, (Expte. N° 86/2008), por haber interpuesto la actora – tercerista- a fs. 190, recurso de apelación contra la sentencia de fs. 186/189 que, desestima la demanda.

En su memoria de fs. 193/194, la recurrente sostiene que el fallo es nulo porque se ha dictado contra legem e ignorando expresas constancias de la causa. Afirma que los rubros que integran el monto reclamado se encuentran acreditados en autos. Manifiesta que dichos créditos tienen privilegio sobre otros acreedores e invoca la aplicación del art. 268 de LCT. Alega que la falta de prueba de la actora es consecuencia de la declaración de la cuestión como de puro derecho que impidió a su parte producir la prueba ofrecida. Señala que dicha contradicción del tribunal transforma la sentencia en arbitraria. Solicita se declare la nulidad de la sentencia.

A fs. 197/201, contesta el traslado la contraria solicitando en primer lugar que se declare desierto el recurso y, en su defecto, el rechazo de los agravios. En subsidio pide que se resuelvan las cuestiones que no fueron tratadas en la instancia de grado. Hace reserva del caso federal.

I- En relación a la suficiencia técnica del recurso, es dable recordar que esta Sala ha sostenido invariablemente un criterio de interpretación morigerado de las estrictas formas del recurso. Ello, en atención a las graves consecuencias que sufriría el derecho de la parte en caso de ser declarado desierto el recurso. Por ello y, habiendo la actora tercerista individualizado sus agravios, corresponde el rechazo de la petición de la demandada de declarar desierto el recurso.

II- La cuestión sometida a debate se enmarca dentro del campo de la tutela del crédito. Concretamente, los acreedores laborales se han presentado a la ejecución individual, a través de una tercería de mejor derecho, pretendiendo hacer valer un privilegio para ser pagado con preferencia al litigante que intenta cobrar al deudor común, en perjuicio suyo.

El privilegio invocado es especial y huelga señalar que la vía normal par la defensa de estos privilegios es la adoptada –tercería de mejor derecho-.

Ahora bien, el tercerista debe probar la existencia del crédito y del privilegio o preferencia que invoca de conformidad con las disposiciones procesales comunes a los juicios de conocimiento (conf. Alsina, Hugo “Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial”. Ed. Buenos Aires, 1962 T. V, p. 539 y ss.; ídem Palacio); y justamente el argumento medular de la resolución impugnada es la falta de prueba de tales extremos.

La recurrente insiste en la acreditación de tales extremos. Puntualmente, sostiene que los convenios celebrados con en sede administrativa fueron homologados por la Subsecretaría de Trabajo de la Provincia del Chubut y, además, de las planillas que la misma demandada (actora embargante en autos principales) adjuntara al contestar el traslado.

Al cotejar las constancias de la causa, se observa que a fs. 66/147 vta., obran las resoluciones dictadas en el Expte no. 1.2926/08, por la Subsecretaría de Trabajo de la Provincia del Chubut, Delegación Comodoro Rivadavia, homologando los acuerdos celebrados entre los trabajadores y empleador que obviamente, han dado verosimilitud a la admisibilidad de la tercería. Ahora bien, conforme resulta del propio texto de dichas resoluciones, éstas se integran con los respectivos convenios y Anexo I en los que se detallan los rubros objeto de transacción, estos documentos no fueron agregados por la actora al promover la demanda y tampoco en la etapa procesal oportuna. Por supuesto, ello obsta a la acreditación de la existencia plena y efectiva del derecho de quienes han promovido la tercería.

No impide esta conclusión la agregación a estos autos por parte de F. S.A. de las planillas obrantes a fs. 162/164, en las que se consigna el detalle de los rubros e importes correspondientes a cada trabajador, que da como resultado final el monto global objeto de cada una de las transacciones que fueran homologadas con posterioridad por la autoridad administrativa. Ello por cuanto siguen faltando documentos que se han declarado parte integrantes de las resoluciones homologatorias (verbigracia los convenios celebrados con cada uno

de los trabajadores).

Tempranamente ha dicho el Tribunal Superior de Justicia de nuestra provincia que “En la tercería de mejor derecho se pretende un derecho preferente para cobrarse de los fondos resultantes del embargo, por la existencia de algún privilegio. El tercerista debe probar la existencia del crédito y del privilegio o embargo preferente que invoca. No es indispensable que el crédito esté reconocido, sí que sea líquido y exigible” (fallo del 29/7/1976, en autos “Alesso, Armando O. S/Deduce Tercería de Mejor Derecho en autos: Club Germinal c/ Silva,Miguel Angel s/ Ejecutivo”; elDial - ASB13).

Este criterio ha sido corroborado en posteriores pronunciamientos en los que se ha sostenido que: “Sin perjuicio de la prueba inicial a la que el art. 98 del CPCC supedita la admisibilidad de cualquier tercería, es el tercerista el que debe acreditar durante el período probatorio la plenitud del derecho invocado a fin de hacer valer su petición” (fallo del 13-10-1997, autos: “Azzem, Raúl Salim c/Provincia del Chubut y/o Bco. de la Provincia del Chubut s/Tercería de Mejor Derecho”,elDial - ASC9F).

Por lo demás, las resoluciones expresamente prevén el depósito de las cuotas pactadas en la Subsecretaría de Trabajo, de modo tal que a los fines de la acreditación de la exigibilidad del crédito no basta con agregar una fotocopia certificada de la resolución homologatoria sin que ni siquiera conste la notificación de las mentadas resoluciones al empleador, en el caso deudor común.

Con base en lo expuesto, corresponde el rechazo del agravio.

Repárese que al contestar el traslado de la tercería, F. SA (acreedor embargante en los autos principales) expresamente desconoció: la deuda, que la ejecutada -A.P. S. S.A- no haya cumplido con las cuotas convenidas, que el crédito sea exigible e incluso que, haya quedado expedita la vía ejecutiva. De modo tal que tales extremos eran hechos controvertidos, por ende, su comprobación y acreditación se encuentran sujetas al despliegue de la actividad probatoria de los litigantes.

La falta de contestación de la demanda por parte de AP S. SA no relevaba a la tercerista del deber de acreditar los extremos que hacen a la fundabilidad de la pretensión. En definitiva, como se señala desde la doctrina la

contienda entre el que pretende ser preferido al pago de su acreencia sobre los demás deudores que concurren a cobrar tiene lugar entre los que niegan el privilegio y los que lo alegan; el deudor nada tiene que hacer pues todo son su acreedores a quienes está obligado a pagar (conf. Kelmelmajer de Carlucci, Aída, comentario al art. 3875 en Código Civil Comentado, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2006, p. 24).

Además, sabido es que la carga de la prueba recae sobre la parte que alega o afirma un hecho sobre el que no existe conformidad entre los litigantes, por dicha razón, es del interés del tercerista.

Concluyendo el exiguo plexo probatoria conformado en autos no autoriza a declarar el mejor derecho que se invoca. No se ha demostrado la configuración de un supuesto que desplace la vigencia del principio de la paridad de crédito (*par conditio creditorum)* por el cual no se presume la existencia de una preferencia y que obliga, conforme lo ya expuesto, al tercerista a justificar la existencia del crédito y del privilegio o preferencia que invoca (conf. Highton Elena y Arean Beatriz A., comentario al art. 98 en Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 599).

La crítica relativa a la declaración de la cuestión como de puro derecho no puede prosperar porque tal decisión ha adquirido firmeza, por lo tanto el agravio es producto de una reflexión tardía.

Los motivos expresados son dirimentes respecto a las cuestiones sometidas a debate, es que la falta de acreditación de la existencia del crédito privilegiado sella el debate.

Por todo lo expuesto, se rechaza el recurso de la actora tercerista y en consecuencia, se confirma la resolución de fs. 186/189.

Atento el modo en que se resuelve la cuestión, las costas se imponen al recurrente vencido. Se regulan los honorarios por la actuación en la alzada teniendo en cuenta el mérito de la misma, celeridad procesal, éxito obtenido y, etapa procesal, fijando los de los Dres. F.L.G., N.L.d E. y G.B., en forma conjunta, en la suma de $ 1100,00 y los de la Dra. M.F. en la suma de $ 650,00 (arts. 6,7,34, 14 y 47 leu 4335 t.o).

Por ello, la Sala **A** de la Cámara de Apelaciones de la

Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia,

RESUELVE:

1º) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por los terceristas, a fs. 190, y en consecuencia, se confirma la sentencia de primera instancia obrante a fs. 186/189 en cuanto fuera materia de recurso.

2º) Costas de la alzada al recurrente vencido. Regular los honorarios profesionales de los Dres. N.L.d E., F.L.G. y G.B., en forma conjunta, en la suma de pesos un mil cien ($1.100,00) y los correspondientes a la Dra. M.F. en la suma de pesos seiscientos cincuenta ($650,00), en ambos casos con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

3º) Tener presente la reserva del caso federal de fs. 200 vta.

4°) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia es firmada por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara, Dr. Julio Antonio Alexandre y concordar en la solución del caso (arts. 1, 2, 3 y 5 de la Ley 4550, modif. de la Ley 1130).

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2009

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS