

Salta, 22 de junio de 2016

_____ **Y VISTOS:** Estos autos caratulados: “**YAPURA SLY**, Ricardo Evaristo vs. **GONZÁLEZ**, Juan José s/Ordinario: Reivindicación; anotación de litis; medida de no innovar”, Expte. N° 369.836/11 del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de 2da. Nominación; **Expte. N° 369.836/11/16 de esta Sala Tercera**, y _____

_____ **CONSIDERANDO** _____

_____ *La Dra. Nelda Villada Valdez*, dijo: _____

_____ D) El demandado, con el patrocinio letrado del doctor Rodolfo M. Sebastián Lazzareschi, a fs. 298, interpone recurso de apelación en contra de la sentencia de fs. 294/297, que hizo lugar a la demanda de reivindicación a favor del señor Ricardo Evaristo Yapura Sly. A fs. 329/336, mantiene su planteo revisor alegando, en primer lugar, la falta de motivación del fallo por carecer de una derivación razonable de los hechos y del derecho. A su criterio, el sentenciante omite considerar que su parte es poseedor de buena fe durante 21 años con un boleto de compraventa que fue reconocido por el Juez Penal en la causa tramitada en dicho fuero, y por el Juez Civil que intervino en el proceso de Interdicto. Dice que tampoco se ha tenido en cuenta en el fallo, la doctrina y lo dispuesto en el Código Civil de Vélez en cuanto a que vence el titular del boleto si entró en la posesión con anterioridad a la escritura pública realizada a favor de otro pues, aunque medie inscripción registral, el tercero debió conocer su posesión anterior. Considera el apelante que la sentencia lo agravia cuando se afirma que el poder de Ángela Luisa Barboza estaba vigente porque el boleto de compraventa no era idóneo para transmitir la propiedad. Alega que si dicho instrumento se utilizó para celebrar la venta, que era uno de los actos a los que se la facultaba sobre el único bien inmueble, entonces la Escritura Pública efectuada con el actor 15 años después, es nula. Expresa que el accionante, fuera de la colocación del candado y de la declaración del jardinero que admitió que se le había entregado la llave para limpiar el terreno, no ha acreditado ningún acto posesorio sobre el inmueble en cuestión. Por otra parte, manifiesta que la posesión por él ejercida equivale a la publicidad que

se requiere para que el boleto de compraventa sea oponible a terceros. Se queja además, de que el sentenciante no haya hecho lugar a la prejudicialidad planteada pues, sostiene, si se demuestra la connivencia entre las señoras Barboza y el actor, habría una maniobra ardidosa. Advierte que de la escritura de venta, que fue argüida de falsedad por su parte, surge un precio vil de \$ 20.000 cuando, de la pericia de autos, emerge que, en abril de 2010, el valor del inmueble ascendía a \$ 89.250. Señala que en el fallo tampoco se tuvieron en cuenta la impugnación de la prueba pericial, las tasaciones de fs. 216 y 217 y lo expresado a fs. 254. Acota que la contraria desde mayo de 2010 no realiza actividad alguna en las causas penales contra quien, supuestamente, le vendió algo que no podía enajenar y que, al absolver posiciones ha reconocido no haberse constituido como querellante ni actor civil ni haber denunciado a la señora Barboza. Sin embargo, indica el recurrente, es contra su parte contra quien hace más de cinco años que el actor realiza demandas. Tampoco se habrían meritado las testimoniales de fs. 186 vta., in fine; 188/189 y 190/191, de las que surge que los testigos se conocen entre sí hace más de 40 años y se relacionan tanto con el actor como con la señora Barboza. Considera que existe una indudable vinculación entre la presente causa y la penal cuyo objeto es determinar si se configuró una estafa, lo que resulta la base fáctica del reclamo de autos. Al respecto, indica que, con posterioridad a la sentencia en crisis, la Sala I del Tribunal de Impugnación, en la causa iniciada por el actor en contra de la señora Ángela Luisa Barboza, se resolvió no hacer lugar al recurso de apelación, confirmar el auto de procesamiento en contra de la mujer y modificar la calificación jurídica por la de desbaratamiento de derechos acordados refiriéndose a los hechos de esta causa._____

_____ A fs. 340/347, el actor, con el patrocinio letrado de la Dra. Susana A. Urrestarazu, solicita se declare la deserción del recurso articulado. Manifiesta que la contraria no ha realizado una crítica concreta y razonada del fallo en los términos del artículo 255 del Código Procesal, sino una reiteración de argumentos, además de nuevas alegaciones. Subsidiariamente, replica diciendo que el apelante no puede agravarse de cosas que en la sentencia no se han dicho. Considera que el recurrente tergiversa los hechos, forzándolos y

señala que el boleto no está registrado además de que ha quedado demostrado que el demandado no ha poseído de manera pública y pacífica. Destaca que en ningún momento se ha agraviado porque su boleto no ha sido considerado justo título ni tampoco porque no se hizo lugar a la excepción de prescripción. Agrega que las acciones en sede penal y civil son de distinta naturaleza por lo que las sentencias que se dicten en ambos procesos nunca podrían ser contradictorias. Sin perjuicio de ello, señala que una de las excepciones de la prejudicialidad se configura cuando la dilación del procedimiento penal provoque, en los hechos, una frustración efectiva del derecho a ser indemnizado. _____

_____ II) A fs. 348 se llaman autos para sentencia, providencia que se encuentra consentida. Atento a que se ha cuestionado la suficiencia del memorial de agravios, recordaremos que, de manera reiterada, se ha sostenido que al efectuarse el mérito de la consideración de la suficiencia o no de la expresión de agravios, debe seguirse un criterio amplio sobre su admisibilidad, ya que es éste el que mejor armoniza con un escrupuloso respeto del derecho de defensa tutelado por la Constitución Nacional, a fin de no limitar la más amplia y completa controversia de los derechos de los litigantes, ya que un mero defecto técnico podría conducir a injustas soluciones en perjuicio de los litigantes quienes recurren en procura de Justicia, buscando ser oídos y que se les brinde la posibilidad de ejercer así su legítimo derecho de defensa en juicio (CSJN, Fallos 306:474; CJS, T. 44:1109/1113). Tal criterio también ha sido receptado por esta Sala en numerosos precedentes, entendiendo que en caso de duda sobre los méritos exigidos para la expresión de agravios, debe estarse a favor de su idoneidad (CApel. CC. Salta, Sala III, t. 1993, f° 901; t. 2001, f° 415; t. 2003, f° 232); y aunque el escrito adolezca de defectos, si contiene una somera crítica de lo resuelto por el juez, suficiente para mantener la apelación, no corresponde declarar desierto el recurso (CNFed., Sala Cont. Adm., L.L. 121-134; id., L.L. 127-369; CApel. CC. Salta, Sala III, t. 2003, f° 49; t. 2005, f° 100, 502 y 576); por lo que si la apelante, como sucede en el presente, individualiza, aún en mínima medida, los motivos de su disconformidad con el fallo que impugna, no corresponde aplicar la grave sanción que comporta la

deserción del recurso (CApel. CC. Salta, Sala III, t. 1997, fº 129; t. 1999, fº 741). Y aún en caso de duda sobre si el escrito de agravios reúne o no los requisitos para tenerlo por tal, ha de estarse por la apertura de la segunda instancia, que implica una garantía más para el que tiene un derecho legítimo para hacer valer en justicia (Falcón, Enrique M.: *Código Procesal Civil y Comercial*, t. II, pág. 427; CApel. CC. Salta, Sala III, t. 1998, fº 298; t. 1999, fº 358 y 741; t. 2000, fº 358; t. 2001, fº 153/163)._____

_____ De allí que, en orden al criterio amplio expuesto, se procederá al análisis de los agravios expresados. _____

_____ III) El demandado se queja porque no se hizo lugar a su planteo de prejudicialidad. Indica que existe una indudable vinculación entre la presente causa y la penal, cuyo objeto es determinar si se configuró una estafa, lo que resulta la base fáctica del reclamo de autos. Además, alega que, con posterioridad a la sentencia en crisis, la Sala I del Tribunal de Impugnación, en la causa iniciada por el actor en contra de la señora Ángela Luisa Barboza, se resolvió confirmar el auto de procesamiento en contra de ella y calificar su conducta como desbaratamiento de derechos acordados refiriéndose a los hechos de esta causa. Por su parte, el actor manifiesta, al contestar el memorial -pues nada dijo al replicar el planteo originario-, que las sentencias que se dicten en ambos procesos nunca podrían ser contradictorias y señala que una de las excepciones de la prejudicialidad se configura cuando la dilación del procedimiento penal provoque, en los hechos, una frustración efectiva del derecho a ser indemnizado. _____

_____ Hernando Devis Echandía (*“Nociones generales de derecho procesal civil”*, Ed. Aguilar, España, 1966, pág. 611) enseña que la prejudicialidad es aquella característica de la cuestión sustancial autónoma que constituye un necesario antecedente lógico-jurídico de la resolución que debe adaptarse en la sentencia, y que es indispensable resolver previamente por otra sentencia o providencia que haga sus veces, en proceso separado, con valor de cosa juzgada, ante el mismo despacho judicial o en otro distinto, para que sea posible decidir sobre lo que es materia del juicio, sea civil o penal, razón por la cual éste debe ser suspendido hasta cuando aquella decisión se produzca. El

artículo 1.775 del Código Civil y Comercial de la Nación -en sentido análogo al principio consagrado en el artículo 1.101 del Código Civil, aunque con algunas modificaciones-, dispone: “si la acción penal precede a la acción civil, o es intentada durante su curso, el dictado de la sentencia definitiva debe suspenderse en el proceso civil hasta la conclusión del proceso penal, con excepción de los siguientes casos: a) si median causas de extinción de la acción penal; b) si la dilación del procedimiento penal provoca, en los hechos, una frustración efectiva del derecho a ser indemnizado; y c) si la acción civil por reparación del daño está fundada en un factor objetivo de responsabilidad”. Por su parte, el artículo 1.776 del nuevo Código de fondo establece los efectos de la prejudicialidad penal en sede civil, en cuanto a la existencia del hecho principal en debate y a la culpa del condenado. De esta forma, no todas las manifestaciones vertidas por el Magistrado que entiende en la causa penal tendrán relevancia en el proceso de daños, sino únicamente aquellas vinculadas con la existencia del delito y la responsabilidad penal del autor (Kemelmajer de Carlucci, en *“Código Civil y Leyes complementarias, comentado, anotado y concordado”*, obra dirigida por Belluscio y coordinada por Zannoni, 1.994, T V, pág. 305). Finalmente, el artículo 1.777 establece que si la sentencia penal decide que el hecho no existió o que el sindicado como responsable no participó, estas circunstancias no pueden ser discutidas en el proceso civil. _____

_____ Es evidente que el fin de las normas transcriptas es evitar el dictado de sentencias contradictorias. Más allá que los objetivos de una u otra acción son, obviamente, distintos -una persigue el interés particular del damnificado mientras que la otra tiene en vista una sanción del tipo represiva-, la realidad es que, la presente causa y la tramitada en sede civil, tienen relación entre sí, pues se refieren al mismo hecho como origen de posibles responsabilidades a determinarse en ambos fueros. Es decir, si en el fuero penal se concluyera que el hecho de la doble venta existió o no existió, o que la señora Ángela Luisa Barboza (que es la denunciada penalmente) participó efectivamente o no participó de la misma, ello haría cosa juzgada en esta sede civil. Los efectos de la sentencia penal no se restringirían únicamente a la acusada penalmente

en dicha jurisdicción, sino que tendrían incidencia también respecto de la señora Gloria Estela Barboza, eventualmente responsable en sede civil, quien no podría discutir la existencia o inexistencia del hecho principal ni la absolución o culpa de la autora. De allí que, al contrario de lo sostenido por el Señor Juez de Primera Instancia, la cuestión penal tiene, en este caso, la característica de ser prejudicial, aunque con la particularidad que en este proceso no fue parte la señora Barboza. _____

_____ De este modo, resta verificar si el caso encuadra o no en alguna de las tres excepciones del artículo 1.775 del Código Civil y Comercial -de aplicación plena en la presente- que fueron transcriptas precedentemente y que estipulan supuestos en los cuales pese a estar pendiente la acción punitiva, el Magistrado civil puede expedirse sobre la pretensión invocada en la esfera de su jurisdicción. _____

_____ Si bien no median causas de extinción de la acción penal (inciso a), ni tampoco se trata de una acción por reparación del daño fundada en un factor objetivo de responsabilidad (inciso c), la causa encuadra en el supuesto de demora no razonable del proceso penal prevista en el inciso b) del artículo 1.775 del Código Civil y Comercial. _____

_____ En ese contexto, se ha dicho que ingresa en conflicto el principio del artículo 1.101 del Código Civil velezano (actual 1.774 del Código Civil y Comercial), y los que surgen del artículo 18 de la Constitución Nacional en remisión directa con el artículo 8° del Pacto de San José de Costa Rica, que dispone que toda persona tiene derecho dentro de un plazo razonable, a que se determinen sus derechos y obligaciones de orden civil, y que por los artículos 75, inciso 22 y 31 de la Constitución Nacional esta norma tendría prevalencia sobre el artículo 1.101 citado (conf. Miguel Piedecabras “Incidencia de la sentencia penal en relación con la sentencia civil” en Revista de Derecho de Daños 2002-3, “Relaciones entre la responsabilidad civil y la penal”, pág. 102). Por otra parte, es oportuno señalar como efecto no deseado derivado del artículo 1.101 aludido, la posibilidad de que se provoque una efectiva paralización del proceso durante un tiempo prolongado al no poder dictarse pronunciamiento hasta que exista sentencia en sede penal. Como se puede

colegir, la norma internacional citada que establece la razonabilidad del plazo para el dictado de la sentencia civil tiene mayor jerarquía que las que contenía el Código Civil, lo cual implica reconocer que, aún antes de la vigencia del actual Código, la tesis judicial que declara la inoperancia de la prejudicialidad penal, cuando la misma se torne en un obstáculo que no pueda ser removido en un plazo prudente, ya tenía pleno fundamento en la ley y no era una mera especulación doctrinaria. Pascual E. Alferillo, en el comentario al artículo 1.775 en la obra “Código Civil y Comercial Comentado”, dirigida por Jorge H. Alterini (Ed. La Ley, Bs. As., 2015, T. VIII, pág. 422), advierte que en el Código Civil y Comercial la determinación de la razonabilidad de la demora en el dictado de la sentencia penal será una labor exclusiva de la jurisdicción civil, quien examinará las particularidades de cada caso, principalmente el momento en que acaeció el hecho dañoso y el estado del trámite del proceso criminal. En palabras de la ley, la prejudicialidad penal no será operativa cuando la dilación del procedimiento penal provoca en los hechos, una frustración efectiva del derecho a ser indemnizado. De allí que, aún cuando en primera instancia no se haya planteado esta demora injustificada, un debido control de convencionalidad, obliga a su apreciación de oficio (conf. CIDH, caso “Aguado Alfaro y otros vs. Perú”). _____

_____ En el sub iudice, la demanda reivindicatoria se ha iniciado el 17 de noviembre de 2011, mientras que la causa penal tuvo origen con la denuncia realizada el 28 de abril de 2010. Es decir, esta última lleva más de seis años de tramitación, habiéndose recientemente confirmado por la Sala I del Tribunal de Impugnación, el 11 de noviembre de 2015, el procesamiento de Ángela Luisa Barboza como probable autora responsable del delito de desbaratamiento de derechos acordados (fs. 164/169 del Expte. N° 113.716/10), sin que se haya producido alguna otra actuación que permita avanzar el proceso hasta la fecha. En consecuencia, aún cuando existe prejudicialidad entre ambas causas, se verifica la existencia de una de las excepciones normativas que es la consagrada en el inciso b) del artículo en comentario ya receptada con anterioridad por la jurisprudencia, en particular, en el *leading case* “Ataka” (del 20/11/73, La Ley 154-85, reafirmado en Fallos

321: 1124), en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación aseguró: "...la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial debe pronunciarse sin supeditar su fallo "hasta tanto recaiga pronunciamiento en sede penal" pues si existen demoras en ese trámite -mas de cinco años- la dilación ocasiona agravios a la garantía constitucional del derecho de defensa..." _____

_____ De allí que, no corresponde proceder a la suspensión del presente proceso, más aún si se tiene en cuenta que en estos autos no se han negado las ventas realizadas por la señora Barboza a los señores González y Yapura Sly.

_____ IV) Sentado ello, debe destacarse que los actos cuestionados en estos autos: la celebración del boleto de compraventa y la escritura pública, se constituyeron con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo código. Además, la legitimación activa que se encuentra discutida, es también una cuestión referida a la constitución del derecho. En consecuencia, corresponde aplicar al caso las previsiones del Código Civil de Vélez. _____

_____ En la sentencia dictada a fs. 294/297, se hace lugar a la acción reivindicatoria instaurada por Ricardo Evaristo Yapura Sly contra Juan José González, condenando a este último a restituir al actor el inmueble Matrícula 87.814, Sección S, Manzana 234, Parcela 6 a, Departamento Capital, en el término de diez días y bajo apercibimiento de lanzamiento, con costas. Se resuelve de esa forma el conflicto suscitado entre el reivindicante, como adquirente por escritura pública inscripta pero sin que se le haya hecho tradición de la cosa ni que haya tomado efectivamente la posesión, y el demandado, como comprador-poseedor en base a un boleto de compraventa sin registrar y, en principio, de fecha anterior. Entendió el señor Juez de Primera Instancia que el poder para vender otorgado por la titular registral a la señora Ángela Luisa Barboza no se ejerció al suscribir el boleto de compraventa con el demandado; que este instrumento no es título suficiente para transmitir el derecho real de dominio aún mediando tradición del inmueble, y que sólo origina el nacimiento de derechos y obligaciones recíprocas entre los contratantes. Por otra parte, con sustento en doctrina que cita, concluyó que el actor se encuentra legitimado para reivindicar como cesionario implícito de la acción, aun sin haber tomado posesión del lugar. _____

_____ 1.- El artículo 2.758 del Código Civil, disponía que “la acción de reivindicación es una acción que nace del dominio que cada uno tiene de cosas particulares por la cual el propietario que ha perdido la posesión la reclama y la reivindica contra aquel que se encuentra en posesión de ella”, persiguiendo la restitución de la cosa con todos sus accesorios. _____

_____ El Código Civil y Comercial en el Capítulo II del Título XIII, al que se hace referencia a los fines conceptuales pues, a diferencia del Código anterior, define las defensas del derecho real, establece, en el artículo 2.247, que “las acciones reales son los medios de defender en juicio la existencia, plenitud y libertad de los derechos reales contra ataques que impiden su ejercicio”. Entre las acciones reales, legisla la acción reivindicatoria, precisando que es la que “tiene por finalidad defender la existencia del derecho real que se ejerce por la posesión y corresponde ante actos que producen el desamparamiento” (artículo 2.248). _____

_____ El ejercicio de la acción lo tienen todos los titulares de derechos reales que se ejercen por la posesión y la lesión que lo habilita es el desamparamiento de la cosa objeto del derecho real, esto es “cuando los actos tienen el efecto de excluir absolutamente al poseedor o tenedor” (cf. artículo 2.238 del Código Civil y Comercial). Tratándose de un juicio petitorio, la controversia versa sobre derechos, a diferencia del posesorio, que tiene por fin, el hecho en sí de la posesión (Papaño, Kiper, Dillon, Causse - *Derechos Reales*, Editorial Depalma, año 1990, t. III, pág. 141). _____

_____ Para que la acción reivindicatoria tenga lugar resulta necesaria la concurrencia de los requisitos que surgen de la citada normativa legal: a) que el reivindicante sea el propietario de la cosa a reivindicar, que sea titular de un derecho real de aquellos que se ejercen por la posesión, ya que se trata de una acción que nace del dominio; b) que la acción se intente contra el poseedor o tenedor; y c) que el titular haya realmente perdido la posesión de la cosa, es decir que haya sido desposeído contra su voluntad; por el contrario si hubo un desprendimiento voluntario de la posesión, la acción no sería procedente. _____

_____ Por otra parte, el artículo 2.774 del Código Civil establecía: “La acción no compete al que no tenga el derecho de poseer la cosa al tiempo de la

demanda...”, es decir que quien acciona por reivindicación debe tener “derecho de poseer”, ser un poseedor legítimo en los términos del artículo 2.355 del Código Civil, “ser titular de un derecho real que se ejerce por la posesión” (Claudio Kiper, *Código Civil Comentado*, Rubinzal-Culzoni Editores, año 2004, t. II, pág. 536). En este sentido se ha dicho “la acción reivindicatoria en su condición de acción real se otorga sólo a los titulares de derechos reales (anotación a los artículos 2.756 a 2.757) específicamente a los ejercitables por la posesión, es comprensible la preocupación legal por imponer que se justifique la existencia del derecho real a través de la prueba del “derecho de poseer” (Alterini, Jorge Horacio, *Acciones Reales*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, año 2.000, pág. 61) y “es insoslayable la prueba del derecho de poseer del accionante extremo que resulta difícil discutir en presencia de la claridad del texto del artículo 2.774. No puede llevar adelante la acción de reivindicación quien no acredite su condición de titular de algún derecho real ejercitable por la posesión, tanto es así que el artículo 2.774 es rigurosamente estricto al requerir el derecho de poseer “al tiempo de la demanda” y al “tiempo de la sentencia” (Alterini, ob. citada, p. 63). _____

_____ La necesidad de acreditar el título condice con el principio que consagraba el artículo 2.363 del Código de Vélez que decía: “El poseedor no tiene obligación de producir su título a la posesión, sino en el caso de que deba exhibirlo como obligación inherente a la posesión...”. _____

_____ Pero, en el juicio de reivindicación, aún cuando el actor debe justificar su título de dominio o de algún derecho real, no necesita “demostrar que ha recibido la posesión del inmueble al cual se aplica su título” (Papaño, Kiper, Dillon, Causse, ob. citada, tomo III, pág. 142; Claudio Kiper, *Código Civil Comentado*, Rubinzal-Culzoni Editores, año 2004, tomo II, pág. 584). _____

_____ Además, el reivindicante debe probar que su título es de fecha anterior a la posesión del demandado, lo que es carga suya, conforme al artículo 2.789 del Código de Vélez que decía “Si el título del reivindicante que probase su derecho a poseer la cosa fuese posterior a la posesión que tiene el demandado, aunque éste no presente título alguno, no es suficiente para fundar

la demanda”. Y, ello por cuanto si a la fecha del título, la cosa era poseída por otros, no habría adquirido el derecho real, pero el adquirente puede recurrir a los títulos de sus antecesores en el dominio hasta llegar a alguno cuya fecha sea anterior a la posesión del reivindicado (artículo 2.790). Alterini considera que “el artículo 2.790 además de presumir implícitamente la adquisición posesoria en el pasado por el autor, al presumir su propiedad presume también que al tiempo de otorgar el título era el poseedor de la cosa” (Alterini, ob. cit. pág. 105).

_____ En este sentido se ha dicho: “Si alguno de los títulos de dominio del reivindicante o de sus antecesores que se hubiere presentado al juicio fuese anterior a la posesión del reivindicado, se presume la preexistencia de la posesión desde la fecha del título y el demandante puede ampararse en ella para reivindicar el bien de quien lo detenta sin título. Cuando se ostenta por el reivindicante título de los antecesores para deducir la acción reivindicatoria contra quien no lo posee, no es menester que al reivindicante se le haya hecho tradición de la cosa, pues le sirven para su acción la de sus predecesores (SCBA, 15/11/2000, JA, 2005-III, síntesis)”; y que “La presunción de posesión que la ley le acuerda al reivindicante con título sólo cede si el reivindicado acredita que ninguno de los anteriores en el dominio -y no sólo quien presenta el título- tuvieron la posesión del inmueble” (CCiv. y Com. Quilmes, Sala 2º, 29/9/2005, Lexis N° 1/1025972; ambos precedentes citados en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Julio César Rivera, Graciela Medina – Directores, Thomson Reuters La Ley, año 2014, pág. 960). Claudio Kiper, dice “El actor que presenta títulos de propiedad de quienes lo precedieron, remontándose hasta alguno que es anterior a la posesión del demandado, vencerá en la acción de reivindicación aunque nunca haya sido poseedor, ya que las escrituras que acreditan el dominio de sus antecesores hacen presumir que éstos tuvieron la posesión y lo autorizan a accionar en su propio interés, aún cuando no medie cesión expresa, pues va implícita en cada acto de enajenación” (Claudio Kiper, *Código Civil Comentado*, ob. citada, t. II, pág. 596).

_____ 2.- Entrando al análisis del fondo de la cuestión, y en orden a los

elementos que se han indicado, debe verificarse la legitimación del actor. Ello es, evaluar si ha acreditado ser titular de un derecho real del inmueble a reivindicar y haber perdido la posesión de la cosa contra su voluntad. _____

_____ En efecto, quien deduce una acción reivindicatoria en relación a un inmueble, debe indispensablemente invocar un título que justifique un mejor derecho que el del demandado, a la posesión de dicho bien. La carga de la prueba de este extremo pesa sobre el accionante. Además, como ya se adelantara, en el artículo 2.774 del Código Civil (como así también el artículo 2.249 del Código Civil y Comercial), se exige que para el progreso de las acciones reales la titularidad del derecho exista al tiempo de la demanda y subsista al tiempo de la sentencia. Al respecto, Jorge Horacio Alterini, enseña: “Creemos que para el éxito de la acción reivindicatoria es insoslayable la prueba del “derecho de poseer” del accionante, extremo que resulta difícil discutir en presencia de la claridad del texto del artículo 2.774. No puede llevar adelante la acción reivindicatoria quien no acredite su condición de titular de algún derecho real ejercitable por la posesión, tanto es así que el artículo 2.774 es rigurosamente estricto al requerir el “derecho de poseer” al tiempo de la demanda y al tiempo de la sentencia...” (Jorge Horacio Alterini, *Acciones reales*, Abeledo Perrot Buenos Aires, año 2.000, pág. 62). _____

_____ El artículo 2.790 del Código de Vélez disponía, respecto de la prueba en la reivindicación de cosas inmuebles, que si el reivindicante presentare títulos de propiedad anterior a la posesión, y el demandado no presentare título alguno, se presume que el autor del título era el poseedor y propietario de la heredad que se reivindicaba. _____

_____ Distinta es la solución en el caso de que el accionante no pruebe un título que justifique un mejor derecho a la posesión de la cosa, en cuyo caso el demandado que invoca ser poseedor no puede ser privado de ella, aún cuando no demuestre o ni siquiera tenga derecho sobre ella y le basta con acreditar su posesión. _____

_____ En el *sub lite*, el apelante ha presentado un título a su favor, escritura pública de compraventa de fecha 27 de abril de 2010, otorgada por ante el Escribano Federico Raúl Alurralde (fs. 2/3), en la que se dice textualmente

“La parte adquirente manifiesta estar en posesión real del inmueble objeto de ésta, por la tradición verificada”. Kiper advierte que dicha declaración es insuficiente y debe ser completada por la realización de otros actos que revelen la efectiva entrega de la cosa. No alcanza la mera voluntad del tradens, pues se trata de un acto bilateral y porque además del consentimiento se necesita la realización de actos materiales (a excepción de los casos especiales de la traditio brevi manu y el constituto posesorio). Durante la vigencia del Código de Vélez se consideraba que dicha práctica muy común en los contratos, era inoponible frente a terceros e inválida para las partes. Actualmente el nuevo ordenamiento de fondo dispone en la parte final del artículo 1.924 que las declaraciones no suplen los actos materiales con relación a terceros, de modo que, entre las partes, podrían tener plenos efectos (aut. cit., *Tratado de los Derechos Reales*, T I, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, pág. 154).

_____ En conclusión, para iniciar una acción real se necesita ser titular del derecho real que se invoca. Como es sabido, con excepción del derecho de hipoteca y de algunas servidumbres, en el sistema del Código la adquisición derivada de derechos reales sobre inmuebles por actos entre vivos requiere el concurso del título y del modo suficiente, que es la tradición. De tal forma que el que cuenta con título suficiente pero a quien no se le hizo aún la tradición, no es titular del derecho real. El bien puede encontrarse en poder del vendedor y, en este caso, el comprador puede ejercer en su contra la acción que nace del contrato que es de naturaleza personal. Sin embargo, la naturaleza de la acción que le cabría ejercer en el supuesto en que la tradición de la cosa no fuera posible por encontrarse en poder de un tercero, no ha sido una cuestión pacífica en la doctrina.

_____ En autos no se ha controvertido que la antecesora del actor ha detentado la posesión del inmueble con anterioridad al título que presenta, sin embargo, lo que deberá analizarse es si ésta se ha desprendido de tal posesión quince años antes, entregándosela voluntariamente al demandado. En su declaración testimonial, obrante a fs. 132 del Expte. penal N° 113.716/10 que se tiene a la vista, la Sra. Gloria Estela Barboza responde que “sí” a la

pregunta b) -segunda- del pliego inserto en el exhorto de fs. 130, que expresamente dice: “Si tiene conocimiento que el terreno situado en la localidad de San Luis, provincia de Salta, identificado como Matrícula 87.814... fue vendido primero al Sr. Juan José González en fecha 27 de febrero de 1995 por la imputada Ángela Luisa Barboza con poder otorgado por la Sra. Gloria Estela Barboza... y luego, en fecha 27 de abril de 2010, al Sr. Ricardo Evaristo Yapura...con el mismo poder otorgado por ella, vigente a la fecha de su firma.” Más adelante, a fs. 141/144 de tales autos, la señora Ángela Luisa Barboza admite haber firmado con el demandado un boleto de compraventa por el inmueble en cuestión. En su indagatoria de fs. 41, manifiesta que, como el señor González no le canceló el saldo del precio, consideró en virtud de lo pactado en la cláusula tercera, que tenía derecho a rescindir el contrato por lo que, sin intimación, y previo a pagar el impuesto inmobiliario, lo vendió de nuevo y por escritura pública al señor Yapura Sly. _

_____ Es decir que, en la cadena de transmisiones del derecho real, nos encontramos con un poseedor a quien voluntariamente le fue entregada la posesión con anterioridad a la venta invocada por el actor. La discusión sobre que el boleto tiene fecha cierta posterior es inconducente si se demuestra que hubo efectiva posesión del bien por parte del señor González anterior a la escrituración, lo que desde ya adelante, se encuentra probado. _____

_____ El Código Civil estableció un sistema en cuya virtud, sobre la base del juego de determinadas presunciones, el reivindicante no necesita probar que ha tenido la posesión del inmueble, sino que le alcanza con la demostración de que cuenta con un mejor derecho que el poseedor actual. Así, cuando el enfrentamiento se produce a causa del desdoblamiento entre el título y el modo de adquisición del dominio (como en el caso de autos), por contar con título sólo el reivindicante (comprador por escritura pública) y no así el demandado (el boleto de compraventa no constituye título suficiente), quien a la vez ejerce la posesión sobre el inmueble, la clave del éxito para aquél se encuentra en su título. _____

_____ De allí que el título presentado por el actor tendrá aptitud para coronar con éxito su pretensión, cuando sea de fecha anterior a la posesión del

demandado (artículo 2.789 del Código Civil). Esta solución es lógica, ya que si la posesión del demandado es anterior al título del reivindicante, resulta obvio que a este último nunca se le hizo tradición del inmueble, no pudiendo por tal motivo, adquirir el dominio del bien (artículo 577 Código Civil). Ello, a menos de que, como ya se dijera, el reivindicante invoque el título anterior de su autor o el de algún otro antecesor, hasta dar con uno de fecha anterior a la posesión de su oponente sin título pues juega en favor del primero la presunción de que el autor del título anterior era propietario y poseedor del inmueble, pudiendo, por ende, reivindicarlo (artículo 2.790 Código Civil). _____

_____ Y esta presunción no se ve alterada porque al reivindicante no le haya sido transmitida en ningún momento la posesión de la cosa, por cuanto en virtud de la cesibilidad de la acción reivindicatoria (artículo 1.444 Código Civil), la misma se considera tácitamente cedida en cada acto de la cadena transmisiva, sin requerirse para ello la tradición del bien. _____

_____ Pero si, como sucedió en el presente, la vendedora (o algún otro antecesor), en forma previa a la instrumentación por escritura pública de la compraventa celebrada con el reivindicante, se hubiera desprendido voluntariamente, por medio de un boleto de compraventa, de la posesión del inmueble en favor del demandado, no puede tener lugar la cesión de la acción real, puesto que el primero ya no contaba con ella, y por lo tanto, no podía transmitírsela al segundo ni siquiera tácitamente (conf. Edmundo Gatti y Jorge H. Alterini, *"Prehorizontalidad y boleto de compraventa"*, pág. 52; CNCivil, Sala C, sent. del 7-9-1976, ED 72-381). _____

_____ Corolario de ello es que si el inmueble de autos hubiera sido vendido sucesivamente a dos personas distintas, en sendos contratos, uno formalizado por escritura pública y el otro por instrumento privado, y con anterioridad a la suscripción de la escritura, se le hiciera tradición del bien al adquirente por boleto, éste resulta el vencedor en la reivindicación, siempre que sea de buena fe, por haber adquirido legítimamente la posesión (artículo 2.355 Código Civil). _____

_____ Paralelamente, no puede soslayarse que la posesión del comprador por boleto torna imposible la transmisión del dominio sobre el inmueble al

comprador por escritura, pues la vendedora no podrá hacerle tradición de un bien cuya posesión ya no ejerce. Además, tampoco puede operarse la cesión de la acción reivindicatoria en favor del comprador por escritura, puesto que su transmitente (o algún otro antecesor) ya se había desprendido de la posesión del inmueble. _____

_____ Leandro S. Picado (al comentar el artículo 2.355 del "*Código Civil Comentado - Derechos Reales*" dirigido por Claudio Kiper, Ed. Rubinzal Culzoni, Tomo I, pág. 183/184), señala que la mayor parte de la doctrina sostiene que, en virtud de lo reglado por los artículos 594, 595, 2.791 y 3.269 del Código velezano, vence el titular del boleto si hubiese entrado en la posesión (anterior a la escritura). En contra, se ha manifestado Kiper ("*Acción reivindicatoria*", J.A. 1983-IV-328) sosteniendo, con pie en los artículos 2.789 y 2.790 del Código Civil, que el reivindicante triunfará trayendo al juicio los títulos de sus antecesores, remontándose a uno que tenga fecha anterior a la posesión del accionado, al mediar una implícita cesión de la acción reivindicatoria. Tal solución no es compartida por Gatti y Jorge H. Alterini, para quienes el vendedor no puede ceder implícitamente una acción real con la que ya no contaba, toda vez que se había desprendido voluntariamente de la posesión en favor del adquirente por boleto. Por su parte, en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en La Plata en 1981, se concluyó dar prevalencia al poseedor con boleto, puesto que la publicidad posesoria, si es primera en el tiempo y de buena fe, debe primar a la registral. Asimismo, es considerado de mala fe el ulterior adquirente por escritura pública porque, aunque medie inscripción registral, debió conocer la posesión anterior del titular del boleto. Según Alterini, la situación de hecho derivada de la posesión es vehículo para exteriorizar el contacto con la cosa e inferir la existencia del derecho real respectivo, y al prolongarse en el tiempo esa exteriorización, tiene viso de permanencia. _____

_____ En la misma dirección se pronunció el famoso fallo "Blitz Katz...." de la Sala C de la Cámara Nacional en lo Civil (ver ED 72-381), cuando el Dr. Belluscio, con la adhesión y agregados de Jorge Alterini y Cifuentes, decía: "En el caso de concurrencia de boleto de compraventa con escritura pública de

compraventa, si se hizo tradición posesoria, otorgándose a uno solo -sea el beneficiario del boleto, o el de la escritura- la posesión, será el poseedor quien triunfará, salvo que sea de mala fe (...) En cuanto al caso de que la tradición se haya hecho al comprador por boleto y no al comprador por escritura, se pronuncian en favor del primero por haberse desprendido el propietario de la posesión del inmueble y haberla adquirido legítimamente el promitente de compra, en virtud de título suficiente para producir esa adquisición posesoria, ya que el boleto implica una promesa de venta que da lugar a una venta forzosa. Juzgan imposible la adquisición del derecho real de dominio por el comprador por escritura sin posesión traditiva, pues el vendedor está impedido de hacer tradición de un inmueble cuya posesión ya no inviste por haberse desprendido de ella en beneficio del titular del boleto, convertido en adquirente legítimo de la posesión. El comprador por escritura no podría reivindicar en tal caso, contra el poseedor, acumulando a su título propio el de sus antecesores...pues la concesión de la reivindicación al comprador sin tradición sólo podría sustentarse en una subrogación o en una cesión implícita de la acción reivindicatoria del autor, que carece de esa acción por haberse desprendido de la posesión en favor del adquirente por boleto (Gatti-Alterini *Prehorizontalidad y boleto de compraventa*, Ed. La Ley, pág. 52/56). Es que el comprador por escritura pública que carece de posesión y por lo tanto no ha adquirido el dominio de la cosa, sólo es acreedor del cumplimiento de una obligación de dar una cosa cierta a fin de transferir el dominio. Si, en esas condiciones, el deudor de la entrega la efectúa en favor de otro con el mismo fin, el acreedor carece de acción contra el tercero que hubiese ignorado la obligación precedente de su deudor (artículo 594 Código Civil). La acción del comprador por escritura es, pues, paralizada por la tradición a tercero de buena fe, aunque éste no cuente con escritura inscripta, pues -salvo prueba de la mala fe de su posesión- ya no puede pretender el cumplimiento específico de la obligación (conf. Llambías, *Obligaciones*, Ed. Perrot, Bs. As., Tomo II, num. 819)."

_____ Dicha doctrina fue ratificada por el mismo tribunal al poco tiempo *in re* "Domínguez Ignacio c/ Rodríguez de Calabrese Della" 26/5/77 (ED 76-

426) en donde se dijo: "Habiéndose prometido en venta el mismo inmueble, sucesivamente, a dos personas distintas, en el supuesto de concurrencia de boleto de compraventa con escritura pública de compraventa, si se hizo tradición posesoria, otorgándose posesión a uno solo -sea el beneficiario del boleto o el de la escritura- será el poseedor quien triunfará, salvo que sea de mala fe. Esta postura que da particular relevancia a la posesión del titular por boleto cuando se enfrenta con un comprador por escritura, no debe variar, antes bien es todavía más concluyente, si concurren distintos boletos... Tratándose de ventas sucesivas a personas distintas, si ambas fueron puestas en posesión del inmueble, la colisión de intereses se definirá en favor de la primera que fue puesta en posesión y en tanto no pueda imputársele mala fe (conocimiento de la previa obligación del autor, postura que se asienta en la doctrina de los artículos 2.701, 3.269 y aún del artículo 594 del Código Civil)".

_____ Busso ("*Código Civil Anotado*", Tomo IV – Obligaciones, Ed. Ediar, 1951, pág. 169) sostiene: "Bien puede ocurrir que se haya hecho la tradición a un acreedor de buena fe y que aún no se hubiera otorgado la escritura traslativa de dominio. Y que, en tal supuesto pretendiera mejor derecho a la cosa quien no tuviese la posesión pero sí el título. Sería contrariar la disposición que comentamos, y además el artículo 2.789 del Código Civil, negar al poseedor de buena fe, derecho a repeler la acción del otro acreedor". Esta doctrina recibió respaldo significativo, con el voto del Dr. Bossert como integrante de la Sala F de la Cámara Nacional Civil (18/3/86 "Ferencich c/ Domínguez Carlos A." LL 1986-D229, con nota aprobatoria de Jorge R. Causse).

_____ 3.- En el presente caso se ha acreditado que el demandado adquirió la posesión del predio objeto de la pretensión incoada, con anterioridad a la instrumentación por escritura pública de la compraventa del inmueble. Esta posesión anterior emerge claramente del acta de la inspección ocular de fs. 18 vta., realizada el 6 de agosto de 2010 en el expediente donde tramitó el Interdicto de adquirir entre las mismas partes (Expte. N° 314.223/10, que se tiene a la vista), en la que se dice: "Se observa en el terreno la construcción de

una pieza con paredes y techo de chapa y, de averiguaciones realizadas en los vecinos, me informan que allí reside un hombre (joven) que solamente concurre de noche a dormir (sin horario) saliendo en horas de la madrugada y regresa durante la noche...”. Más adelante, a fs. 52 de dicha causa, el testigo Santiago Cruz respondiendo a la pregunta 13 dijo que cuando fue al terreno a cortar el pasto “había un coche metido adentro”. A fs. 52 vta., el señor Evaristo Yapura, padre del actor dijo que cuando llegó por primera vez al lugar, había “un portón que le pusimos candado nuevo” (preg. 3); que “tenía una cadena puesta, nada más” (preg. 4); que hacia la derecha “había parte de alambres, nada más”; que tuvo que sacar la cadena para ingresar por primera vez (preg. 12). También resulta convincente la declaración de la señora Elizabeth del Carmen Ruiz, quien, a fs. 53, dijo que “es una casa que... tiene un fondo enorme...son dos terrenos (preg. 4); que ella hizo uso del terreno objeto del presente y agrega: “solía ir con mis alumnos a pasar un día de campo por el tema que tenía pileta y el terreno del lado...y jugaban al fútbol” (preg. 5); “me daba la llave del portón de la casa y del portón del terreno, ocupábamos todo” (preg. 6); tiene construcciones donde vivía el hijo del señor o vive, yo hace 4 o 5 años que fui la última vez” (preg. 7); “para mí la impresión era de una casa con un terreno muy amplio, no había nada que separara un terreno del otro, era todo un solo espacio...y tiene dos frentes y nosotros podíamos entrar los autos y ocupar todo el espacio” (preg. 8). Preguntada sobre la vivienda en el terreno en cuestión, responde: “es una construcción precaria, en esa época era la vivienda...del hijo del Sr. González, era una pieza que estaba hecha con algo de material y algo de chapa, pero era muy precaria” (preg. 10); “...estaba abierta la puerta y pude ver la silla, la cocina...” (preg. 11). Más adelante, a fs. 81 vta., el actor, al absolver posiciones, dice que al estar la escritura ya firmada, decidió tener la posesión total (posición 8). _____

_____ Por su parte, y como ya se advirtiera, en el expediente penal N° 113.716/10, a fs. 41, la demandada, señora Ángela Luisa Barboza admite haber realizado primero la venta a favor del señor González y, a fs. 103 vta, agrega que siempre supo que el señor González tenía su casa al lado del

terreno que había comprado, incluso, antes de la venta. Luego, a fs. 101 del mismo expediente, el testigo Roberto Manuel Álvarez declara estar seguro que la venta a favor de González se produjo en el año 1995 que lo conoce porque a veces fueron a comer asado y a jugar a la pelota con los compañeros del trabajo. _____

_____ Resultan también ilustrativas las pruebas producidas en estos autos. Así, a fs. 33 vta., el oficial de justicia, constituido en el lugar junto con el actor, informa que en el terreno existe un portón metálico de dos hojas y que el inmueble se encuentra comunicado con el de la vivienda colindante. A fs. 194, el testigo Roberto Manuel Álvarez dice que, todo el fondo de la propiedad de González tiene como una canchita de fútbol (preg. 3), que es un lugar cerrado cuyo frente está todo comunicado (preg. 6), que es un solo terreno (preg. 13), que la canchita de fútbol se encuentra en el terreno en cuestión (preg. 14). Ello fue ratificado por el oficial de justicia en su informe de fs. 209, quien dijo observar “dos arcos de hierro como si funcionara una pequeña cancha de fútbol”. _____

_____ Tales pruebas meritadas en su conjunto, se oponen a las declaraciones de los testigos ofrecidos por el actor, las que resultan en muchos aspectos contradictorias. _____

_____ En consecuencia, queda probado que el reivindicante nunca ha sido despojado de la posesión, simplemente porque quien le ha vendido el terreno mediante escritura pública, ya se había desprendido voluntariamente y con anterioridad a la venta de la posesión del inmueble. De hecho, la iniciación de la causa penal por el actor en contra de la señora Barboza, demuestra que se ha sentido estafado por ella, por la doble venta del inmueble. No modifica esta conclusión la circunstancia de que el boleto haya adquirido fecha cierta con posterioridad al otorgamiento de la escritura pública, pues lo que aquí interesa analizar es uno de los requisitos para la legitimación del pretense reivindicante y es haber tenido la posesión del bien y haber sido luego despojado del mismo, lo que no se cumplimentó en el caso. _____

_____ El artículo 3.270 del Código Civil de Vélez disponía que nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que gozaba. Si la

señora Ángela Luisa Barboza, en su carácter de apoderada de Gloria Estela Barboza, había transmitido la posesión del inmueble al señor Juan José González, ya no estaba en condiciones de volverlo a vender al actor. Y si así lo ha hecho, este último no ha adquirido el derecho real de dominio, por falta de tradición. Se ha señalado que cuando se ha hecho "tradición posesoria al adquirente por boleto, éste será preferido, siempre que sea de buena fe, al comprador por escritura pública sin posesión -de acuerdo con los artículos 594, 2.789, 3.269 y 2.791 por interpretación analógica- ya que al no habersele hecho a este último tradición del inmueble, no ha adquirido el dominio del mismo y por lo tanto sólo es acreedor del cumplimiento de una obligación de dar una cosa cierta a fin de que se le transfiera el dominio, obligación cuyo cumplimiento específico es imposible por haberse hecho tradición a tercero de buena fe, aunque éste no cuenta con la escritura pública" (Roco, "*Boleto de compraventa*" p. 146). De manera coincidente se expresa Llambías ("*Obligaciones*", Tomo II, num. 819), señalando que lo único que podría hacer ese acreedor que no ha obtenido la tradición, es "llamar a juicio también al poseedor actual, probando su mala fe al tiempo de recibir la tradición de la cosa". Y es evidente que ninguna prueba se ha traído a estos autos acerca de la mala fe por parte del señor González, lo cual no podría haber sucedido desde el momento que el boleto que firmó y la posesión que recibió son anteriores a la escritura pública suscripta con el señor Yapura Sly. De manera similar se expresa Busso (op. cit., Tomo IV, pág. 45, num. 90) quien con un ejemplo ilustrativo, explica cómo el artículo 594 del Código Civil no afecta ni hace excepción a la regla del artículo 3.270. Morello ("*Boleto de compraventa inmobiliaria*", pág. 250), señala que "en el supuesto de mediar un poseedor por boleto de fecha anterior, el posterior comprador por escritura pública nunca ha adquirido realmente el dominio al no poder hacerse efectivamente de la posesión que con anterioridad detentaba un tercero (doctrina del artículo 577 del Código Civil). Y ello resulta determinante para acordarse a aquél la preferencia en el enfrentamiento de intereses". _____

_____ Cabe recordar que el último párrafo introducido por el Decreto Ley 17.711 al artículo 2.355 del Código Civil dispone que "se considera legítima

la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediando boleto de compraventa". Parte de la doctrina considera que se configura en tal caso un supuesto de posesión legítima. Gatti y Alterini, por su parte, sostienen que, con precisión, la norma señala que el boleto es un modo legítimo para adquirir la posesión. Pero desde una u otra perspectiva, esta norma no contradice sino que abona la tesis, en virtud de la cual alcanza prevalencia, para dirimir este conflicto de intereses, la posesión otorgada a González. Es también la opinión de la Dra. Kemelmajer de Carlucci en el plenario del la Suprema Corte Mendoza del 6/12/91 (ver punto 9º 1. ED 147-446); de Mariani de Vidal en "*Código Civil*" de Bueres-Highton, (T. 5, pág. 108); y López de Zavalía "*Derechos Reales*" (T. I, pág. 436). _____

_____ Por lo tanto, resulta indudable que aún remontándose el reivindicante a algún título de propiedad anterior, la cesión de la acción reivindicatoria implícitamente comprendida en cada transmisión dominial no lo hubiera alcanzado, porque respecto del predio en cuestión, la antecesora, Gloria Barboza había perdido dicha acción real, al ceder su apoderada al señor González la posesión sobre el mismo. _____

_____ Además, en este caso no existe posibilidad de atribuir al demandado mala fe en la celebración del negocio jurídico por el que adquirió la posesión, puesto que la firma del boleto y la tradición del inmueble tuvieron lugar con anterioridad a la escritura en la que el accionante asienta su reclamo reivindicatorio. _____

_____ 4.- Finalmente, resulta importante destacar que la decisión del sentenciante de grado no merecería censura si el boleto como promesa bilateral de venta, precontrato, contrato preliminar de primer grado u obligacional o directamente compraventa -cualquiera sea la tesis que se adopte en cuanto a su naturaleza- se encontrase resuelto con anterioridad a la operación realizada con el reivindicante. Sin embargo, sabido es que, aunque se pacte que el incumplimiento de las obligaciones producirá la resolución del contrato, ésta no se hará efectiva hasta que el acreedor haya hecho conocer su voluntad de resolverlo (conf. Lavallo Cobo en "*Código Civil de Belluscio-Zannoni*", T. V, pág. 996). Se trate del pacto expreso o implícito-legal "no

opera la resolución de pleno derecho, ante el mero hecho del incumplimiento total o parcial de la contraria; requiere de una petición expresa, puesto que, según adelantamos, el contratante cumplidor puede preferir reclamar cumplimiento, mantener vivo el contrato y accionar por la ejecución forzada con más los daños irrogados" (Mosset Iturraspe en "*Código Civil Comentado, Contratos Parte General*" del cual es Director con Piedecabras, Ed. Rubinzal-Culzoni, comentario al artículo 1.203, pág. 435). "... Es menester que la parte interesada comunique a la incumplidora, en forma fehaciente su voluntad de resolver. Ello denota que la parte cumplidora tiene a su favor una opción -la de reclamar el cumplimiento o declarar la resolución-, esto es, que el efecto resolutorio no resulta automático. Tal es precisamente, una nítida diferencia entre el pacto comisorio expreso y la condición resolutoria: en el pacto comisorio expreso, a pesar del incumplimiento, "la obligación no se resuelve mientras no lo quiera la parte que ha estipulado esa condición especial, y se conservará si quiere mantenerla, no obstante la voluntad contraria de la otra parte (nota al artículo 555). Es que "el derecho de opción que la ley acuerda a la parte no culpable de la inejecución del contrato, siendo un derecho conferido en miras de su interés privado, puede indudablemente ser renunciado, expresa o tácitamente (artículos 872 y 873)" (Julio César Rivera en "*Código Civil Anotado*" de Llambías, Alterini, T. III-A, pág. 192). _____

_____ La concesión de la reivindicación al comprador por escritura pública sin tradición, no podría sustentarse en una subrogación o en una cesión implícita de la acción reivindicatoria del autor del título, si éste carece de esa acción por haberse desprendido voluntariamente de la posesión en favor del adquirente por boleto, convertido en adquirente legítimo de la posesión (JUBA CIVIL Z6155). En el caso, la misma señora Ángela Luisa Barboza reconoce, a fs. 89 del Expte. penal N° 113.716/10, que no intimó de manera alguna a González por la mora en el cumplimiento del pago de la última cuota, por falta de tiempo por su trabajo, y porque no lo volvió a ver nunca más, lo que ratifica en su declaración de fs. 103 vta. Es decir, nunca lo intimó de manera fehaciente para luego resolver el contrato. _____

_____ Por todo lo hasta aquí expuesto, corresponde revocar la sentencia

apelada y rechazar la pretensión de reivindicación. _____

_____ V) Las costas se imponen en ambas instancias al actor perdidoso (artículo 67 del Código Civil y Procesal). _____

_____ *El Dr. Marcelo Ramón Domínguez*, dijo: _____

_____ Que adhiero al voto de la Dra. Nelda Villada Valdez. _____

_____ Por ello, _____

_____ **LA SALA TERCERA DE LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE SALTA**, _____

_____ I) **HACE LUGAR** al recurso de apelación interpuesto, a fs. 298, por el demandado, con el patrocinio letrado del Dr. Rodolfo M. Sebastián Lazzareschi y **RECHAZA** la demanda deducida en autos por el señor Ricardo Evaristo Yapura Sly. En su mérito, **REVOCA** la sentencia de fs. 294/297. **CON COSTAS** en ambas instancias al perdidoso. _____

_____ II) **CÓPIESE**, regístrese, notifíquese y **REMÍTASE**. _____