

_____ Salta, 22 de abril de 2020. _____

_____ **Y VISTOS:** Estos autos caratulados “**DIAZ DE PASTRANA, Azucena; Y/O OCUPANTES c/ TRUJILLO Nélida Rosa – INCIDENTE DE RETENCION DE INMUEBLE POR FALTA DE PAGO DE MEJORAS**”, Expte. N° INC 247.944/1 del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial 6° Nominación y de esta Sala Primera, Adscripción N° 2, y _____

_____ **CONSIDERANDO:** _____

_____ *El Dr. Ricardo Casali Rey, dijo:* _____

_____ **I.** Que vienen estos autos en virtud del recurso de apelación interpuesto por la Sra. Azucena Margarita Díaz a fs. 157, en contra de la resolución de fs. 155/156, que no hace lugar al incidente de retención por mejoras por ella incoado. El recurso fue concedido a fs. 169 en relación y con efecto suspensivo. _____

_____ En el memorial de fs. 170/179, la apelante solicita que se revoque la sentencia de grado. Primeramente, manifiesta que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 260 del Código Procesal Civil y Comercial, viene a incorporar prueba documental. Alega que dicha documental se corresponde con la totalidad de los materiales y pagos por servicios de albañilería que fueron asumidos por su parte para realizar las construcciones de las que dan cuenta las otras pruebas producidas en autos: la pericial y la inspección ocular. Afirma que esta documentación no se encontraba en su poder al presentar la incidencia, que la consideraba extraviada, pero que, luego de que la sentencia rechazara su pretensión, su hijo Carlos Pastrana procedió a su búsqueda exhaustiva y la encontró. Sigue diciendo que tales documentos revisten el carácter de inobjetables y que, aún cuando se pretendiera que su incorporación es tardía, no puede desterrarse de este juicio el principio de realidad; que si se desecha esta prueba, se provocaría un grave perjuicio a su parte y se avalaría un enriquecimiento sin causa a favor de la incidentada. _____

_____ Sostiene, pues, bajo juramento, que se trata de documentos que obran en su poder luego del dictado de la sentencia de primera instancia y cuya existencia material, preservación y guarda desconocía. _____

_____ Señala, por último que en estos autos se han relevado y valuado mejo-

ras que se corresponden estrictamente con la documentación que ahora incorpora.____

____Por otra parte, se agravia porque la Jueza *a quo* ha desconocido que las mejoras se correspondan con inversión realizada por su parte, considerando insuficiente que haya ingresado al terreno donde construyó su casa hace más de 30 años, ya que del escrito de la acción del juicio de reivindicación que fue ofrecido como prueba – Expediente N° 247.944/08 – surge la confesión por parte de la actora de que al momento en que compró el inmueble éste se encontraba ocupado por su parte, por lo que nunca se produjo la efectiva tradición del inmueble. _____

____Sigue diciendo que también son prueba suficiente de ello los procesos de desalojo tramitados en los expedientes N° 142.992/05 y 191.602/07, ya que en ambos se intentó el desahucio, pero las acciones fueron rechazadas por no existir ocupación posesoria del inmueble. _____

____Alega que, al margen de la negativa genérica y virtual de la Sra. Nélide Rosa Trujillo, queda claro que nunca pudo realizar cercado alguno, ni cerramientos perimetrales de frente y contrafrente (afirmación de fs. 21), puesto que para esa fecha tales mejoras habían sido realizadas por su parte. _____

____Manifiesta que las mejoras realizadas en el inmueble se remontan a construcciones que datan de entre 5 y 30 años según pericia de tasación que no fue impugnada por la incidentada, por lo que es evidente que constituye una falsía lo que se afirma en la escritura pública que se vendía un lote baldío a noviembre de 2006, es decir hace 11 años atrás. Señala que no existe otra persona que pudiera haber invertido en las mejoras más que su parte, a pesar de lo cual se presume lo inverso y se desconoce su derecho de retención. _____

____Afirma que los titulares registrales antecesores tampoco han consignado nada en la escritura traslativa del dominio a favor de la Sra. Trujillo, por lo que cabe tener por cierto que las mejoras fueron financiadas con su dinero. Afirma que la *a quo* no comprendió el trámite del expediente de reivindicación conexo, a pesar de que se ha planteado el derecho de retención de la cosa que la sentencia de aquél ordena entregar “libre de cosas”

____Sostiene que, en el caso de autos, se invoca el ejercicio del derecho de

retención, el cual *per se* no requiere de la articulación de acción alguna para su invocación y ejercicio; que, conforme a la naturaleza jurídica del derecho de retención, no es dable exigir con demasiado rigor la probanza sobre el pago de las mejoras, sino la acreditación de que se han realizado mientras quien las invoca estuvo poseyendo la cosa por mas de 30 años, lo que fue reconocido por las partes y por la Jueza *a-quo*. _____

_____ Dice que yerra la jueza de grado inferior cuando pretende que se acrediten las mejoras sobre la base exclusiva de recibos o comprobantes de pago, siendo que contaba con otros elementos contundentes para establecer que las mismas fueron realizadas por su parte. _____

_____ Insiste en sostener que está acreditado que el inmueble en cuestión tiene las mejoras y que la única poseedora ha sido su parte, por lo que, en relación al valor de estas edificaciones y construcciones que son útiles, puede ejercer derecho de retención, ya que fueron realizadas con materiales propios, sobre un terreno ajeno que no tenía esa mejora y que dan lugar a la formación de una cosa nueva (la vivienda familiar descripta por el tasador), por lo que el fallo deviene erróneo y arbitrario. _____

_____ Corrido traslado, a fs. 270/275 contesta la demandada, solicita que se rechace el replanteo de prueba en segunda instancia como así también la apelación deducida y se confirme la sentencia, con costas. _____

_____ Con respecto, a la incorporación de prueba documental en esta instancia, señala que la apelante se ampara erróneamente en el artículo 260 del Código Procesal Civil y Comercial; que es el artículo 257 de ese código el que señala los únicos tres supuestos admisibles para la procedencia de la apertura a prueba en segunda instancia y que en ninguno de los ellos encuadra el caso de autos. _ _____

_____ Afirma que el extravío de documentación no se encuentra previsto como fundamento válido para incorporar prueba en segunda instancia; que ello atentaría contra los principios de seguridad, debido proceso y defensa en juicio. Resalta que, teniendo en cuenta la relevancia que, supuestamente, reviste la documental que se pretende introducir, la incidentista debió extremar los medios para contar con ella en la oportunidad de entablar la demanda inci-

dental.

_____ En lo que se refiere a los agravios de la apelante, señala que el memorial resulta una simple exteriorización del descontento de la actora ante el rechazo de su pretensión, ya que del mismo no se desprende una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que la apelante considera equivocadas. Sigue diciendo que el análisis realizado por la apelante deviene erróneo y carente de sustento, transformando la apelación en otra maniobra dilatoria del presente proceso. _____

_____ Manifiesta que el *a quo* realiza un vasto análisis de las pruebas aportadas por la actora y la producida en autos, para concluir en el rechazo de las pretensiones de la actora, con fundamento en que no resultan pertinentes y útiles para acreditar tales pretensiones. Alega que la apelante pretende que el *a quo* debía atribuirle la autoría y propiedad de todas las mejoras por la simple posesión, de buena o mala fe, con solo dos pruebas: la pericial de fs. 97/104 y la inspección ocular de fs. 110/112, cuando no hay autoridad que abone esta teoría. _____

_____ A fs. 286 vta. obra dictamen del Sr. Fiscal de Cámara en lo Civil, Comercial y Laboral, quien considera que corresponde hacer lugar a la incorporación de la prueba documental en esta instancia y que, no habiendo otras cuestiones en las que se encuentre involucrado el orden público, corresponde se dicte sentencia conforme a derecho. _____

_____ A fs. 291 se llaman autos para resolver, providencia que se encuentra firme, conforme nota estampada al dorso de dicha foja. _____

_____ **II.-** Que el recurso de apelación fue interpuesto y fundado en término, conforme constancias de fs. 157 y fs. 169 vta. y 179 vta. _____

_____ **III.-** Que liminarmente cabe a este Tribunal *ad quem* pronunciarse respecto del ofrecimiento de prueba formulado por la apelante en su expresión de agravios. _____

_____ Y al respecto es dable señalar que la apertura a prueba en segunda instancia es excepcional y los supuestos de admisibilidad de interpretación restrictiva. Así, se sostuvo que: “*La Alzada debe fallar en base a los elementos probatorios producidos en primera instancia, sólo excepcionalmente se admi-*

te la incorporación de nuevas pruebas cuando ocurre alguno de los supuestos del artículo 257 del CPCC” (C.A.C.C. Salta, Sala II, 1986:247). _____

_____ Particularmente, el inciso primero de la citada norma (artículo 257) refiere a la presentación de documentos de que intenten valerse las partes, de fecha posterior a la providencia de autos para sentencia de primera instancia, o anteriores, si afirmaren no haber tenido antes conocimiento de ellos. _____

_____ En el *sub examine* la apelante pretende la incorporación de prueba documental conformada por facturas, presupuestos y constancias de pagos de materiales y mano de obra, supuestamente correspondientes a obras realizadas sobre el inmueble objeto de la litis, esgrimiendo que son documentos que obran en su poder luego de dictada la sentencia de primera instancia, afirmando bajo juramento que desconocía la existencia material, preservación y guarda de tales documentos. _____

_____ A ello se opone la demandada, alegando que la incorporación pretendida es inadmisibile por no encontrarse previsto el extravío de la documentación como fundamento válido para la incorporación de prueba en segunda instancia; que lo contrario seria atentar contra los principios de seguridad jurídica, debido proceso y defensa en juicio. _____

_____ Teniendo en cuenta que los documentos ofrecidos se tratan de instrumentos, en su mayoría, confeccionados relativamente hace poco tiempo y que los mismos se encuentran todos a nombre de la apelante, por lo que fueron emitidos para ella, y hasta nos encontramos con un cuaderno personal donde la recurrente llevaba el control de los gastos realizados, deviene razonable considerar que tenía que conocerlos o disponer de ellos al momento de la traba de la litis o con anterioridad al llamado de autos para la sentencia de primera instancia, por lo que resulta inverosímil la alegación formulada por la recurrente.

_____ Al respecto se ha dicho que “*la agregación de documentos en la Alzada es una facultad excepcional, sólo corresponde en los casos específicamente señalados por la ley, siendo la procedencia de interpretación restrictiva*” (cfr. Loutayf Ranea; “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Ed. Astrea, Bs.As. 1989, T. 2, pág. 218). _____

_____ Por lo expresado, no resulta admisible la prueba presentada por ante este Tribunal de Alzada, ya que no se percibe que nos encontremos con ninguno de los presupuestos para admitir prueba en segunda instancia, taxativamente descriptos en el artículo 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia. _____

_____ **IV.-** Que, entrando a analizar el fondo de la cuestión, corresponde delimitar la pretensión de la incidentista. Tanto en el escrito inicial de fs. 7/9, como también en la expresión de agravios, mas precisamente a fs. 172 vta., se manifiesta que: *“Se reclaman las mejoras realizadas entre 10 y 30 años de antigüedad que se corresponden con tres locales que abarcan una superficie de 248 metros cuadrados, conforme el siguiente detalle: 1) Local de la esquina de 72 m2. 2) Local 2 y 3 sobre Avenida San Martín 128 m2. 3) Habitación Posterior 48m2.”* _____

_____ En el punto I del escrito de fs. 7/9 expresa que el objeto de su demanda incidental es: a) que se reconozca su derecho de retención sobre el inmueble sito en calle San Martín N° 2.708 de esta ciudad hasta tanto se le paguen las mejoras en él realizadas y b) que se ordene la suspensión de cualquier medida de desalojo o desahucio hasta tanto se compensen las mejoras realizadas. _____

_____ **V.-** Que, según el artículo 3939 del Código Civil, *“El derecho de retención es la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena para conservar la posesión de ella hasta el pago de lo que le es debido por razón de esa misma cosa”*. _____

_____ El artículo 2587 del Código Civil y Comercial, ahora vigente, no contiene una definición de este derecho, pero sí establece las condiciones que deben reunirse para poder ejercer la retención de una cosa y señala los casos en que se excluye su ejercicio. Así, reza: *“Todo acreedor de una obligación cierta y exigible puede conservar en su poder la cosa que debe restituir al deudor, hasta el pago de lo que éste le adeude en razón de la cosa.* _____

_____ *Tiene esa facultad sólo quien obtiene la detentación de la cosa por medios que no sean ilícitos. Carece de ella quien la recibe en virtud de una relación contractual a título gratuito, excepto que sea en el interés del otro contratante”*. _____

_____ La doctrina ha dicho que se trata de una garantía, por la que el acreedor, que posee un bien perteneciente al deudor, puede rehusar a desprenderse de él hasta tanto no haya sido pagado (cf. CARBONNIER, Jean, “Derecho Civil”, traducción de Manuel Zorrilla Ruiz, Ed. Bosch, Barcelona, 1971, pág. 673). _

_____ La facultad de retener nace de la ley. El derecho de retención existe siempre que se den los presupuestos o requisitos que el ordenamiento jurídico menciona. _____

_____ El derecho de retención no es autónomo, es accesorio al crédito. Sólo puede retener quien es acreedor y el crédito debe ser cierto y exigible (no puede estar sometido a plazo ni a condición suspensiva, no puede tratarse de una obligación natural). _____

_____ El derecho de retención sólo funciona con la ostentación material, efectiva de la cosa y exige que la relación del retenedor con la cosa haya sido obtenida al “amparo de la ley”, o por medios que no sean ilícitos. _____

_____ El Código Civil y Comercial, al igual que el código derogado, hace hincapié en la conexión que debe existir, para que exista el derecho de retención, entre la cosa retenida y el crédito del que la retiene; la obligación debe ser *en razón de la cosa*. El fundamento es que, al haber el acreedor aumentado con su trabajo o con su dinero el valor de la cosa, estos bienes han venido a confundirse con ella. También se sostiene que no sólo están comprendidos los trabajos o gastos efectuados *en la cosa* sino también *en ocasión o a causa de la misma* (impuestos extraordinarios, mejoras necesarias y útiles, etc.) _____

_____ Por otro lado, “mejora” es toda aquella modificación material de la cosa que signifique un aumento de su valor intrínseco. A fin de evitar el enriquecimiento indebido del propietario del bien en que se efectuaron las mejoras, y el correspondiente detrimento patrimonial del poseedor, la ley impone al primero la obligación de reembolsar el valor actual de las mejoras que hubiese efectuado el segundo. _____

_____ El Código Civil y Comercial, en su artículo 1934, hace una clasificación de las mejoras en: necesarias (aquellas sin cuya realización la cosa se hubiera deteriorado o perdido), útiles (las que son de manifiesto provecho para

cualquier poseedor de la cosa) y suntuarias (las de mero lujo o recreación, o de exclusiva utilidad para el que las realizó). Y el artículo 1938 del mismo código establece que “... *Todo sujeto de una relación de poder puede reclamar el costo de las mejoras necesarias, excepto que se hayan originado por su culpa si es de mala fe. Puede, asimismo, reclamar el pago de las mejoras útiles pero sólo hasta el mayor valor adquirido por la cosa...*”. De modo que, respecto de las mejoras útiles la ley no formula distinciones, por lo que cabe inferir que también el poseedor de mala fe tiene derecho a la indemnización. _____

_____ Ahora bien, con diversos fundamentos, la jurisprudencia y la doctrina civilistas y procesalistas sostienen que no es óbice para disponer el lanzamiento la reclamación de la parte demandada fundada en retención por mejoras. _____

_____ Para algunos, porque el derecho de retención no corresponde al que efectúa mejoras o gastos en su propio interés, por habitar la finca (CN Especial, Civil y Comercial, en E.D., 93-272). Otros invocan que el derecho de retención de ninguna manera da derecho a usar de la cosa, toda vez que entre los deberes del retenedor se incluye el de abstenerse de usar y aprovechar la cosa (artículo 2591 del Código Civil y Comercial; AREAN, Beatriz, “Derechos reales”, tomo 2, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, págs. 1052 y 1053). _____

_____ La abstención de todo uso se justifica en razón de que la retención es una mera garantía y no un título que pueda justificar el aprovechamiento de la cosa (Llambías, “Tratado de Derecho Civil, Obligaciones”, Tomo I, pág.916, N° 712; CSJN, Fallos 32:56). _____

_____ Incluso se ha sostenido que, estando prohibido, el retentor que usa de la cosa retenida extingue la legitimidad de su relación real y, por ende, su derecho de retención, aunque la relación real en sí misma se mantenga durante un tiempo con carácter ilegítimo (Leiva, Luis F.P, “El derecho de retención anómalo del locatario de inmueble”, publicado en LLO 1997-C, 907; “Obligaciones y Contratos, Doctrinas Esenciales”, Tomo II, 677). _____

_____ Pretender ocupar sin título y obtener con ello un beneficio económico y encima no abonar nada, importa un claro desvío del destino para el cual ha sido receptado el derecho de retención. Y hay abuso de un derecho cuando se ejerce el mismo contrariando el objeto de su institución, a su espíritu y a su

finalidad. _____

_____ Ello, porque el ejercicio de un derecho guarda necesaria subordinación y correspondencia con la buena fe, lo cual implica que no puede sobrepasar sus límites, ocasionando una consecuencia dañosa para otro, pretendiendo encauzar las vías legales al servicio de una voluntad que en la práctica traduzca el propósito de causar un daño al adversario (en este sentido, C.A.C.C. de Salta, Sala III, Tomo 1994:484). _____

_____ **VI.-** Que, en el caso de autos, considero que le asiste razón a la Sra. Juez *a quo* cuando sostiene que la incidentista (ahora recurrente) no ha logrado acreditar que las construcciones o mejoras, existentes en el inmueble sobre el que pretende se le reconozca el derecho de retención, hayan sido realizadas por su parte. _____

_____ En efecto, no se adjuntó probanza inequívoca, eficiente, conducente y relevante para determinar quién solventó y cargó económicamente con la construcción de las mejoras. No existe en el juicio elemento alguno que acredite que fue la incidentista quien pagó por esas mejoras con su dinero (ya se estableció en los Considerandos anteriores que los documentos arrimados extemporáneamente en esta instancia no pueden ser considerados), por lo que dicha omisión no puede ser suplida con la prueba pericial o con la inspección ocular, las que en todo caso sólo pueden dar cuenta de la existencia de las mejoras, de la antigüedad de las mismas y de su valor. _____

_____ Sin perjuicio de ello, cabe señalar que según el informe pericial, obrante a fs. 97/104 y presentado en juicio con fecha 21/6/2017, que divide el inmueble en tres unidades (teniendo en cuenta las características y antigüedad de cada una), la antigüedad de las construcciones existentes en lo que denomina Unidad 1 sería de aproximadamente 0.5 años, lo cual permite concluir que indefectiblemente estas mejoras se realizaron luego de que se le notificara a la incidentista la prohibición de innovar (10/12/2008, conforme surge de fs. 12 y vta. del expediente N° 244.378/08, reservado en Secretaría). _____

_____ Respecto a la mencionada medida cautelar se ha dicho: “*No innovar constituye una expresión intergiversable que, tanto en el lenguaje común como en el concepto jurídico, significa dejar las cosas como estaban en un mo-*

mento determinado” (CNCiv., Sala M en L. L., 1997-C, 781; C.A.C.C. Salta, Sala III, año 2004:732). La medida de no innovar tiene, en efecto, la finalidad de impedir que, durante el transcurso del pleito, se modifique o altere el estado de hecho o de derecho existente al momento de promover la acción (esta Sala, T. 2015, AI: 181; T. 2016, AI: 934). _____

_____En ese entendimiento, la actora no puede pretender el pago de mejoras que le estaba prohibido realizar y tampoco existe ninguna constancia de que se la haya autorizado judicialmente a tal fin, por lo que las modificaciones que pueda haber realizado sobre el inmueble, luego de conocer la medida cautelar, son bajo su exclusiva responsabilidad. Asimismo, ella ya sabía de la existencia del juicio de reivindicación en su contra (la demanda le fue notificada el 27/07/2009 –fs. 158 y vta. del Expte. N°247.944/08), en el que había sido declarada rebelde (ver fs. 162 de ese expediente) y en el que no había producido prueba alguna, y, por lo tanto, que existía la posibilidad de ser desapoderada del bien en litigio. _____

_____En cuanto a las Unidades 2 y 3, según lo expresado en el informe pericial, tendrían una antigüedad aproximada de 30 y 50 años respectivamente, es decir que tales mejoras fueron realizadas con anterioridad al año 1987, fecha en la cual la apelante todavía no se encontraba ocupando el inmueble en cuestión, como fue reconocido en la audiencia que consta a fs. 27/28 del expediente N° 152.992/05, ofrecido como prueba en el presente incidente, manifestando que la Sra. Azucena Margarita Díaz y su hijo, Carlos Alberto Pastrana, vienen ocupando el inmueble desde fines del año 1992.

_____A todo ello cabe agregar que, de las constancias obrantes en autos y en los expedientes que se encuentran reservados en Secretaría, se observa que tanto los anteriores propietarios del inmueble (Sres. Jorge Enrique Ríos y Mabel Cristina Gómez) como la actual propietaria (Sra. Nélica Trujillo) han venido intimando a la incidentista a desocupar el inmueble desde el año 1998 mediante carta documento y sendos juicios de desalojo, negándose ésta a cumplir con dicha intimación, a pesar de haber reconocido la titularidad del inmueble a favor de los anteriores propietarios (ver acta de fecha labrada el 12/04/2006 en Expte. N°149.992/5). _____

_____ Es decir, que la incidentista viene ocupando el inmueble ilegítimamente desde hace varios años y aún pretende seguir haciéndolo, esgrimiendo el derecho de retención por mejoras, lo que, por las razones señaladas, constituye un ejercicio abusivo del derecho, que la ley no ampara y la justicia no puede reconocer. _____

_____ Por lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 157 y confirmar la resolución de fs. 155/156. _____

_____ **VII.** Que las costas se imponen a la apelante, por aplicación del criterio objetivo de la derrota (artículos 67 y 68 del Código Procesal Civil y Comercial). _____

_____ *El Dr. Gonzalo Mariño dijo:* _____

_____ Que, por sus fundamentos adhiero. _____

_____ Por ello, _____

_____ **LA SALA PRIMERA DE LA CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL,** _____

_____ **RESUELVE:** _____

_____ **I. RECHAZAR** el recurso de apelación interpuesto a fs. 157 y, en su mérito, **CONFIRMAR** la resolución de fs. 155/156. Con costas. _____

_____ **II. MANDAR** se registre, notifique y oportunamente bajen los autos al Juzgado de origen. _____

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL SALA PRIMERA DE LA PROVINCIA DE SALTA. Dr. Gonzalo Mariño. Dr. Ricardo Casali Rey. Secretaria. Dra. Maria del Carmen Rueda. Tomo 2020 Interloc. Fs 113/118. 22/04/2020