

Competencia originaria, provincias y CABA

Precisiones, restricciones y aperturas de la jurisdicción originaria. Excepcionalidades en el tiempo de pandemia



Silvia B. Palacio de Caeiro

Doctora en Derecho y Ciencias Sociales y abogada por la Universidad Nacional de Córdoba. Ha sido Jueza de Cámara Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba y funcionaria en la justicia federal. Autora, coautora y directora de obras y artículos doctrinarios. Profesora en maestrías, especializaciones y diplomaturas en universidades y escuelas de capacitación judicial.

SUMARIO: I. Introducción. — II. Provincia como parte en el juicio. — III. La causa civil y vecindad. — IV. Restricción de la competencia originaria. — V. Daños ambientales como causa civil. Interjurisdiccionalidad. — VI. Situación de la CABA. Ampliación de la competencia originaria. — VII. Excepcionalidades en el tiempo de pandemia. Las restricciones de los límites provinciales y/o locales. — VIII. Conclusión.

I. Introducción

La competencia originaria de la Corte Suprema, según el diseño original de la Constitución Nacional, está estructurada en función de las personas *ratione personae*, a lo que se agregaron por obra de la jurisprudencia, algunos supuestos por materia *ratione materiae*, cuando alguna de las personas aforadas concurra con derecho o legislación de índole federal.

Conforme a los arts. 116, 117 de la CN y el art. 24, inc. 1º del decreto-ley 1285/1958 y los precedentes del Alto Tribunal, puede diagramarse la competencia originaria en la forma siguiente:

-Causas en que actúen embajadores, ministros plenipotenciarios y delegados de legaciones extranjeras.

-Causas en que actúen personas que componen una legación extranjera y sus familiares.

-Causas en que actúen representantes diplomáticos de organizaciones internacionales con rango equiparado (1).

-Causas en que actúen diplomáticos en tránsito (2).

-Causas en que actúen cónsules extranjeros en funciones públicas (3).

-Causas en que actúe una provincia contra otra provincia.

-Causas en que actúe una provincia contra la CABA y viceversa.

-Causas en que actúe una provincia c. Estado Nacional y viceversa.

-Causas en que actúe una provincia c. vecinos de otra provincia y viceversa.

-Causas en que actúe una provincia c. ciudadano o súbdito extranjero y viceversa.

-Causas en que actúe una provincia c. un Estado extranjero y viceversa.

-Causas en que actúe una provincia cuando la materia discutida sea derecho federal.

Vale recordar las normas fundacionales de la competencia originaria:

-Artículo 116.- Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del Artículo 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; *de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.*

-Artículo 117.- En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente.

El artículo 117 es reglamentado por el artículo 24, inciso 1º del decreto-ley 1285/1958, que dispone:

-La Corte Suprema de Justicia conocerá: 1º) Originaria y exclusivamente, en todos los asuntos que versen entre dos (2) o más provincias y los civiles entre una (1) provincia y algún vecino o vecinos de otra o ciudadanos o súbditos extranjeros; de aquellos que versen entre una (1) provincia y un (1) Estado extranjero; ...A los efectos pertinentes de la primera parte de este inciso, se considerarán vecinos: a) Las personas físicas domiciliadas en el país desde dos (2) o más años antes de la iniciación de la demanda, cualquiera sea su nacionalidad; b) Las personas jurídicas de derecho público del país; c) Las demás personas jurídicas constituidas y domiciliadas en el país; d) Las sociedades y asociaciones sin personería jurídica, cuando la totalidad de sus miembros se halle en la situación prevista en el apartado a).

La normativa constitucional que instituyó la competencia originaria por razón de las personas abrevó en el precedente de la Corte de EE.UU., "Marbury c. Madison" (4), posibilitando que la Corte se comporte como un tribunal de primera y única instancia con

exclusión de cualquier otro. Se trata de una instancia excepcional, prevista solamente para que la Corte intervenga en dos clases de asuntos que están taxativamente establecidos en el artículo 117 de la Constitución: (a) cuando una provincia es parte y (b) cuando el asunto concierne a un embajador, ministro o cónsul extranjero, o personas equiparadas por el rango diplomático.

Estos dos supuestos no pueden ser ampliados por leyes del Congreso, no obstante, la jurisprudencia habilitó en la instancia originaria para casos donde el derecho federal se encontraba en discusión como una variable de ponderación (5).

Cabe recordar que solo en las hipótesis previstas constitucionalmente procede la instancia originaria, como se recordó en la causa "Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza" (24/04/2020) (6), que fue desestimada por el Alto Tribunal, por no cumplir, entre otros aspectos, las condiciones pertinentes del fuero (7).

II. Provincia como parte en el juicio

La cuestión de la competencia originaria de la Corte Suprema debido a las personas, cuando una provincia es parte, es un tema acerca del cual la doctrina ha reflexionado en aspectos relativos a sus fundamentos, cláusulas constitucionales que la establecen, reglamentaciones, variaciones en la jurisprudencia, entre otros tópicos relaciona-

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Fallos: 316:965; 318:1823; 322:1809.

(2) Fallos: 305:2200.

(3) Fallos: 331:2526.

(4) 5 US (1 Cranch) 137 (1803).

(5) Esta tendencia fue sostenida por primera vez en el caso "Mendoza, Domingo y Hno. c. Provincia de San Luis", Fallos: 1:485, del 3/05/1865, manteniéndose hasta el presente. Véase PALACIO de CAEIRO, Silvia B., "Competencia Federal", Ed. La Ley, Bs. As., 1999, p. 126;

GARAY, Alberto F., "Competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia: Competencia por la materia, LA LEY, 1978-D, 1006; BIANCHI, Alberto, "Competencia Originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1989, p. 239.

(6) CS Fallos: 343:195 (24/04/2020). Véase el dictamen del Procurador General.

(7) PALACIO de CAEIRO, Silvia B., "Año 2020 - pandemia: Función del Poder Judicial en el control de constitucionalidad de oficio y acciones declarativas", SJA,

Bibliografía

[Ley 25.675 General del Ambiente, comentada, concordada y anotada](#)

Autor: José Esain — Comentario: Néstor A. Cafferatta

Nota a fallo

Reivindicación

Excepción de usucapión. Rechazo. Mandato preventivo

de negociación contractual. Buena fe. Abuso del derecho. Procedencia de la acción

CCiv. y Com., Azul, sala II, 22/09/2020. - Raguzzi, Alberto Rubén c. Serres, Germán y otro/a s/ reivindicación.

Prevención del daño

Mandato preventivo judicial de negociación

Carlos E. Ribera

Jurisprudencia

Derecho real de habitación a favor de la cónyuge supérstite

Oposición de los hijos del causante. Aplicación del art. 3573 bis del Código Civil derogado. Cónyuge supérstite de 84 años. Vulnerabilidad. Acervo hereditario compuesto por dos inmuebles. Propiedad alquilada.

CNCiv., sala H, 03/02/2021. - Di Leo, Jose Eduardo y otro s/ Sucesión Ab-Intestato.

dos. Por tal razón, esos asuntos estudiados detenidamente en otros lugares no se analizarán aquí (8).

Un criterio válido inicial es determinar la legitimación activa o pasiva de la provincia, en función a un interés directo y manifiesto que aparezca para habilitarla como parte sustancial en el proceso. Esta postura, que se mantiene inveterada, implica que no se admite legitimación a las reparticiones oficiales, entidades descentralizadas, empresas de la provincia, ni a sus municipios (9).

Respecto a la diferencia entre la regulación de la instancia originaria argentina de la de su precedente norteamericano, Bianchi indica: “No caben dudas que nuestro artículo 117 tiene como fuente específica el artículo III, sección 2, párrafo 2, de la Constitución de los Estados Unidos, que dice “En todos los casos que afecten a embajadores, otros ministros públicos y cónsules, y en aquellos en los cuales un estado sea parte, la Corte Suprema tendrá jurisdicción originaria” (10). Sin embargo, no es menos cierto que la competencia originaria de la Corte Suprema de los Estados Unidos y la de la Corte Suprema de la Argentina tienen alcances muy distintos. Allí está prácticamente reducida a los litigios entre estados, mientras que aquí se extiende a otros supuestos. La razón de esta diferencia estriba en la Enmienda XI que dice: “El Poder Judicial de los Estados Unidos no se extenderá a ningún juicio de derecho o equidad iniciado o continuado contra un estado por ciudadanos de otro estado, o por ciudadanos de cualquier Estado extranjero” (11). Esta Enmienda XI, originada en el antiguo caso *Chisholm v. Georgia*, (12) determina, como vemos, que los estados no pueden ser demandados ante la jurisdicción federal por (a) ciudadanos de otros estados, ni (b) por ciudadanos extranjeros (13). Nuestra Constitución nunca incorporó la Enmienda XI y por ende las provincias pueden ser demandadas ante los tribunales federales (14). En lo que se refiere a la competencia originaria, la cuestión está reglamentada en la sección 1251 del Título 28 del United States Code (28 USC, § 1251) que dice: “(a) La Corte suprema tendrá jurisdicción originaria y exclusiva en todas las controversias entre dos o más estados. (b) La Corte suprema tendrá jurisdicción originaria pero no exclusiva en todas las controversias en: (1) todas las controversias en las cuales los embajadores, otros ministros públicos o los vicecónsules de estados extranjeros sean parte; (2) todas las controversias entre los Estados Unidos y un estado y (3) todas las acciones o procedimientos promovidos por

un estado contra los ciudadanos de otro estado o contra los extranjeros” (15).

Continúa exponiendo el autor: “Como puede verse, la competencia originaria de la Corte de los Estados Unidos solamente es exclusiva en los litigios entre dos o más estados. En los restantes casos se comparte con la jurisdicción de otros tribunales. Asimismo, el apartado (3) del inciso (b) establece que la Corte tendrá jurisdicción originaria concurrente con la de otros tribunales, cuando un estado demande a un ciudadano de otro estado o a un extranjero. ¿Qué sucede con los litigios planteados contra un estado por un ciudadano de otro Estado o bien por un extranjero? En estos casos rige la inmunidad soberana del Estado y solamente se permite demandarlo cuando aquella ha sido dispensada (16). Todo ello indica que, si bien en este aspecto la fuente norteamericana ha servido para establecer la competencia originaria y delimitar los asuntos que comprende, no es relevante para el ejercicio diario de aquella, pues nuestra Constitución tomó el texto del Artículo III de la Constitución de los Estados Unidos, pero no siguió el de la Enmienda XI”.

Han existido varias mutaciones jurisprudenciales acerca de lo que significa para la jurisdicción originaria, el concepto de “causa civil”, que define la competencia por razón de la materia cuando en el proceso judicial concurre una provincia y vecinos de extraña provincia (17). Esto ha conducido a una conceptualización y reposicionamiento de lo que implica actualmente “causa civil” (18).

En estos casos, resulta necesario examinar la materia sobre la que versa el pleito. Es decir, debe precisarse si el pleito posee manifiesto contenido federal, si es de naturaleza fundada en el derecho común exclusivamente, o si requiere ponderar legislación o actos provinciales o locales (19).

III. La causa civil y vecindad

Con una mirada propia, se ha abordado en variados trabajos de investigación y publicaciones, lo relativo a la competencia originaria y *causa civil* en procesos que involucren a una provincia, en condiciones de *vecindad* (vecino de extraña provincia) (20) con particulares o personas jurídicas.

Ello concita interés académico y profesional con posterioridad al criterio sentado en la causa “Barreto” 2006 (21), que marcó un hito de inflexión en la línea de los precedentes (22).

Los conflictos que se producen entre las partes imponen profundizar en aspectos del federalismo, que como sistema institucional impuso la Constitución Nacional en los artículos iniciales de la parte dogmática, reiterado en los correspondientes al título segundo relativo a los gobiernos de las provincias, y en el art. 129 que confiere estatus de ciudad-estado autónomo a la CABA.

La Corte Suprema define en el citado “Barreto”, que “el objeto de la jurisdicción originaria conferida por los arts. 116 y 117 de la CN en asuntos, como el presente, de distinta vecindad —o extranjería— de la parte litigante con una provincia no es otro —según lo ha expresado desde antiguo el Tribunal— que darles garantías a los particulares para sus reclamaciones, proporcionándoles jueces al abrigo de toda influencia y parcialidad. Pero ese alto y respetable interés institucional encuentra su preciso límite en el respeto al principio constitucional que consagra la autonomía de los estados provinciales, de manera de no perturbar su administración interna, porque si todos los actos de sus poderes pudieran ser objeto de una demanda ante la Corte vendría a ser ella quien gobernase a las provincias desapareciendo los gobiernos locales (Fallos: 14:425; 310:1074)”.

Interesa destacar que el concepto de *causa civil* es una básica exigencia que difiere en sus implicancias jurídicas, según se trate de la jurisdicción federal inferior contemplada por el art. 116 de la CN y reglamentada por los arts. 2, 8 y 12 y cc. de la ley 48, de la que se presenta en la competencia originaria de la Corte Suprema, según el art. 117 de la CN y su reglamentario art. 24, inc. 1º del Decreto-Ley 1258/1985 (23).

Sin olvidar, claro está, que en todos los campos jurisdiccionales se exige la presencia de cuestión justiciable o causa judicial controvertida, presupuesto de la jurisdicción federal y la originaria conforme lo exige el art. 2 de la ley 27.

III.1. Nociones de causa civil y vecindad en la jurisdicción federal de los tribunales inferiores

La competencia federal de los tribunales inferiores por razón de las personas *ratione personae* del arts. 116 CN es reglamentada por la ley 48, cuyo artículo 2, inciso 2) señala:

—Los Jueces Nacionales de Sección conocerán en primera instancia de las causas siguientes: ... 2º Las causas civiles en que sean

partes un vecino de la provincia en que se suscite el pleito y un vecino de otra, o en que sean parte un ciudadano argentino y un extranjero.

La armonización normativa permite establecer:

—Competencia federal por razón de las personas cuando el pleito se suscita entre vecinos de distinta provincia (*fuero de vecindad*, incs. 2 y 4).

—Competencia federal por razón de las personas *ratione personae* entre un ciudadano argentino y un extranjero (*fuero de extranjería*, incs. 2 y 4),

—Competencia federal por razón de las personas cuando el Estado o sus entidades sean parte (*fuero estatal*, incs. 5, 6, 7 y cc.).

La *causa civil* se vincula con la naturaleza jurídica del litigio, pues la materia discutida debe pertenecer al derecho privado o común dictado por el Congreso de la Nación en los términos del art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional. Asimismo, se engloban en la noción, aquellas causas en donde se discutan cuestiones fundadas en el derecho federal (administrativo, tributario, etc.).

La actuación del tribunal federal competente corresponderá en todos los casos, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones (inc. 12 del art. 75 CN) (24).

La competencia federal de los tribunales inferiores excluye de su conocimiento a las causas fundadas en derecho público o administrativo local. Empero, en planteos de inconstitucionalidad de normativas locales que interfieran en cuestiones de interés federal, reguladas por normas de esa cualidad, interestatales (servicio de telefonía, internet), que afecten el comercio interprovincial u otros intereses del Estado Nacional, se ha admitido la pertinencia de la jurisdicción federal.

A la noción *causa civil* se le agrega el recaudo de la “vecindad” previsto en el art. 11 de la ley 48:

— La vecindad de una Provincia se adquirirá para los efectos del fuero, por la residencia continua de dos años, o por tener en ellas propiedades raíces, o un establecimiento de industria o comercio, o por hallarse establecido de modo que aparezca el ánimo de permanecer.

11/11/2020, 3, AR/DOC/3142/2020.

(8) BIANCHI, Alberto, “Competencia originaria de la Corte Suprema cuando es parte una provincia”, en PALACIO de CAEIRO, Silvia (dir.), AA.VV., “Competencia Federal”, Ed. La Ley, Bs. As., 2012; PALACIO de CAEIRO, Silvia B., “Competencia Federal”, Ed. La Ley, Bs. As., 1999; BIANCHI, Alberto B., “Competencia Originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1989; HARO, Ricardo, “La Competencia Federal”, Ed. Lexis Nexis, Bs. As.; HOCKL, María Cecilia - DUARTE, David, “Competencias y Atribuciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Ed. Legis, Bs. As., 2006; GÓMEZ, Claudio Daniel, “Competencia Federal”, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2003, entre otras obras dedicadas al tema.

(9) Por citar solo algunos de los casos actuales véase: CS, 8/10/2020, con “Buenos Aires, Provincia de c. Administración Federal de Ingresos Públicos s/ acción declarativa de certeza (incidente de medida cautelar)”, base en el dictamen de la procuración fiscal en sentido negativo a la competencia originaria, debido a no revestir la Provincia demandada carácter de parte sustancial en el pleito, pues el actor —Instituto Provincial de Lotería y Casinos (IPLYC)— no tenía esa calidad, en razón que ser una entidad distinta del estado provincial.

(10) “In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction”.

(11) “The Judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by Citizens of another State, or by Citizens or Subjects of any Foreign State”.

(12) 2 U.S. (2 Dallas) 419 (1793). El estado de Georgia fue demandado con motivo de ciertas deudas contraídas durante la Guerra de la Independencia. Se rehusó a ser llevado ante los tribunales invocando su inmunidad soberana y la Corte, por mayoría de 4-1, rechazó esta pretensión. El caso suscitó una gran controversia e inmediatamente fue propuesta la Enmienda XI, ratificada en febrero de 1795.

(13) Ciertamente es que la interpretación de la Enmienda XI ha generado una disputa interpretativa en torno a los alcances de la “inmunidad soberana” de los estados frente a la jurisdicción de los tribunales federales que no está totalmente resuelta y varía según las épocas. Así, por ejemplo, durante la época del *Chief Justice* Rehnquist (1986-2005), la mayoría conservadora (Rehnquist, O’Connor, Scalia, Kennedy y Thomas) entendía que la prohibición era total, ningún litigio contra un estado podía tramitarse en la jurisdicción federal. La minoría liberal (Stevens, Souter, Ginsburg y Breyer) por el contrario, limitaba la prohibición a los casos específicamente establecidos en la Enmienda XI. Ver: CHEMERINSKY, Erwin, “Federal Jurisdiction”, Wolters Kluwer, 2007, 5th edition, p. 415 y ss.

(14) Por ello, cuando en “Avegno c. Provincia de Bue-

nos Aires”, Fallos 14-425 (1874), la demandada invocó la Enmienda XI para no quedar sometida a la competencia originaria, la Corte rechazó su planteo sosteniendo que aquella no regía en la Argentina.

(15) “(a) The Supreme Court shall have original and exclusive jurisdiction of all controversies between two or more States. (b) The Supreme Court shall have original but not exclusive jurisdiction of: (1) All actions or proceedings to which ambassadors, other public ministers, consuls, or vice consuls of foreign States are parties; (2) All controversies between the United States and a State; (3) All actions or proceedings by a State against the citizens of another State or against aliens”.

(16) Ver: STERN, Robert L. - GRESSMAN, Eugene - SHAPIRO, Stepehn M. - GELLER, Kenneth S., “Supreme Court Practice”, The Bureau of National Affairs, Inc., Washington DC, 1993, 7th edition, p. 473.

(17) BIANCHI, Alberto, “Competencia originaria de la Corte Suprema cuando es parte una provincia”, ob. cit., p. 178 y ss.

(18) *Ibidem*, p. 226.

(19) Fallos: 322:1514 y 3572; 323:1854; 324:533; 329:759.

(20) El término “vecindad” para la competencia federal y la competencia originaria, según la Constitución Nacional, la ley 48 y el decreto ley 1285/58, alude a la persona humana o jurídica que sea vecina de extraña provincia.

(21) Fallos: 329:759. Este caso, consistió en una

demanda de daños y perjuicios intentada por los demandantes en contra de la Provincia de Buenos Aires con motivo del fallecimiento de su hija, a consecuencia de haber recibido heridas de bala provenientes del accionar de un suboficial dependiente de la policía provincial, invocándose los arts. 1112 y 1113 del Código Civil.

(22) Por citar solo algunos de los trabajos donde se analizaron las implicancias del federalismo: PALACIO de CAEIRO, Silvia B., “Federalismo y estatus jurídico de la CABA en la competencia originaria. Conflictos y armonías” (2019), Suplemento Especial de Derecho Constitucional 2019 (noviembre), LA LEY, 12/11/2019, 359, AR/DOC/3786/2019, cit.; Competencia federal y causa civil”, en AA.VV., “Competencia Federal” (2012), ob. cit., ps. 159 98; “Competencia originaria, provincia y federalismo”, SConst., 2010 (agosto), 107.: AR/DOC/5200/2010; “Competencia Originaria y Competencia Federal “La autonomía provincial en la encrucijada. Los casos “Unilever c. Municipalidad de Río IV” y “Barreto c. Pcia. de Bs. As.”, Zeus Córdoba, N° 200, 6/06/2006; “Actualidad en la competencia ordinaria de la CSJN - El caso “Barreto”, SConst., La Ley, abril de 2006, p. 13; entre otras publicaciones acerca del tema.

(23) PALACIO de CAEIRO, Silvia B., “Competencia federal y causa civil”, en AA.VV., “Competencia Federal”, ob. cit., ps. 159 98.

(24) *Ibidem*, p. 172 y ss.

Esta disposición debe relacionarse con las prescripciones relativas al domicilio de las personas físicas o jurídicas, según los términos de los arts. 73 y ss. del Cód. Civ. y Com. de la Nación, en consideración del efecto reconocido por el art. 78 para determinar la competencia de las autoridades en las relaciones jurídicas y su prórroga.

III.2. *Nociones de causa civil y vecindad en la competencia originaria de la Corte Suprema*

En la competencia originaria de la Corte Suprema, la noción de *causa civil* y *vecindad* (extraña provincia) son recaudos principales cuando se encuentra demandada una provincia y la CABA, ya sean las personas humanas o jurídicas, nacionales o extranjeras (25), en los términos del invocado art. 24, inc. 1º del decreto-ley 1285/1958:

— “La Corte Suprema conocerá: 1. Originaria y exclusivamente en todos los asuntos que versen... y los *civiles* entre una provincia y algún vecino o vecina de otra o ciudadanos o súbditos extranjeros; de aquellos que versen entre una provincia y un Estado extranjero...” (...).

La definición de *causa civil* o asunto civil obliga a diferenciar las materias que pueden ser tratadas en la jurisdicción originaria y ello lleva a recordar la clásica diferencia entre el derecho común, derecho federal, derecho local, cuando una provincia y ahora la CABA, sea parte sustancial en el juicio:

-Siempre que exista vecindad hay causa civil si la materia del pleito es de derecho común (art. 75, inc. 12 CN). Ello excluye aquellos procesos donde deba analizarse también, legislación, actos o conductas de índole provincial o local, conforme el criterio de la Corte Suprema en el caso “Barreto” (2006), cuyas precisiones se detallan más abajo.

-Haya o no vecindad, si la materia del juicio es de derecho federal la cuestión pertenece a la competencia originaria (26).

-Haya o no vecindad, si la cuestión litigiosa reclama únicamente la interpretación de normas o actos exclusivamente locales, no corresponde a la competencia originaria.

-Siempre que exista vecindad, si el tema controvertido radica en una cuestión de constitucionalidad de normativa local respecto a la Constitución Nacional, tratados internacionales o legislación federal, en principio se ha considerado, en principio, la procedencia de la instancia originaria. Reiterada jurisprudencia sostiene que el planteo de inconstitucionalidad inicial configura una cuestión federal por la materia y contenido litigioso (por ej. acciones relativas a impuestos provinciales, cuestiones interprovinciales o que excedan los límites locales) (27), que, por razones de vecindad, deben llevarse directamente a la Corte Su-

prema, cuando la legislación local ocasiona directamente perjuicios constitucionales a los vecinos de extraña provincia. En esta hipótesis, se afirma la presencia de cuestión federal: i. Si la materia del juicio requiere la interpretación y aplicación directa de cláusulas constitucionales. ii. Si su vulneración ocasiona un planteo de inconstitucionalidad entre legislación local y federal. iii. Si hay afectación directa o daños y perjuicios a vecinos de distinta provincia o CABA por el dictado de normas provinciales o locales.

Sin embargo, en la actualidad, en esta última hipótesis el criterio de la Corte Suprema parece haber variado, según se advierte de jurisprudencia actual (28) y de los dictámenes de la Procuración Fiscal contemporáneos, que, en planteos de inconstitucionalidad de las características descritas, se ha negado la procedencia del fuero originario bajo el eje argumental relativo a la precisión del sentido y alcance de normas locales o que implique ingresar de algún modo a su conocimiento (29). Ello obstaculiza —según dicho entendimiento— la instancia originaria.

La vecindad requerida para la competencia originaria está puntualizada en el art. 24, inc. 1º del decreto-ley 1285/1958:

— A los efectos pertinentes de la primera parte de este inciso, se considerarán vecinos: a) Las personas físicas domiciliadas en el país desde dos (2) o más años antes de la iniciación de la demanda, cualquiera sea su nacionalidad; b) Las personas jurídicas de derecho público del país; c) Las demás personas jurídicas constituidas y domiciliadas en el país; d) Las sociedades y asociaciones sin personería jurídica, cuando la totalidad de sus miembros se halle en la situación prevista en el apartado a)”.

Aquí también debe integrarse el concepto de *vecindad* con las prescripciones de los citados arts. 73 y ss. del Cód. Civ. y Com., para la fijación del domicilio, la competencia jurisdiccional y su prórroga.

IV. Restricción de la competencia originaria

La competencia originaria de la Corte Suprema, por razones asentadas en el sistema federal de gobierno, excluyó desde un principio los procesos asentados temas de índole local que resulten de incumbencia de los poderes locales. El respeto de las autonomías provinciales requiere que se reserve a sus jueces el conocimiento y decisión de las causas que, en lo sustancial, versan sobre cuestiones propias del derecho local y/o provincial, dictadas en uso de las facultades reconocidas en los arts. 121, 122 y siguientes de la CN.

No obstante, no había absoluta claridad cuando en el juicio concurrían materias fundadas en el derecho común (art. 75, inc. 12 CN) con actos o normativas de categoría local.

acción declarativa de inconstitucionalidad”, 18/02/2020 (inconstitucionalidad de tributos locales que gravan los ingresos brutos); “José Minetti y Compañía Limitada Sociedad Anónima Comercial e Industrial c. Tucumán, Provincia de s/ acción declarativa de certeza e inconstitucionalidad”, 18/3/20; (inmovilización del azúcar);,

(30) Fallos: 315:2309 (1992). En ese caso se aseveró la responsabilidad de la provincia por una omisión procesal en que se incurrió en el ámbito procesal, que implicó el cumplimiento defectuoso de funciones específicas.

(31) Fallos: 5:345; 7:104; 13; 892; 46:311; 90:97; 242:494; 243:247; 244; 63. La Corte Suprema en actual integración, también admite la validez de la prórroga de la competencia originaria a favor de la jurisdicción provincial, si las partes optaren por ella expresa o tácitamente, con fundamento en el art. 12, inc. 4º de la ley 48. Fallos: 329:5346; “SADAIC c. Tierra del Fuego, Provincia de s/cobro de pesos”, 12 de junio de 2007, entre otros.

En “De Gandía” (30), causa fallada en 1992, se había fijado la pertinencia del fuero originario, sin embargo, esta decisión se revisó en 2006, operándose una severa restricción por el criterio sentado en la referida causa “Barreto”, con incidencia en dos de las causales descriptas anteriormente para suscitarse: 1. Las causas en que actúe una provincia contra vecinos de otra provincia y viceversa y ii. Las causas en que actúe una provincia contra ciudadano o súbdito extranjero y viceversa. Estos supuestos, deben atender para fijar la jurisdicción y competencia correspondiente, si se está en presencia de una *causa civil*, principalmente en cuestiones relativas a daños y perjuicios, conforme las puntualizaciones que se realizan en el punto siguiente.

Cabe aclarar que, en tales asuntos, es susceptible la prórroga de jurisdicción por parte de la provincia, expresa o tácitamente hacia los tribunales provinciales, según lo reconocen antiguos y contemporáneos criterios de la Corte Suprema (31), o hacia los tribunales federales de acuerdo con la doctrina establecida en la causa “Flores c. Provincia de Buenos Aires” (32). En el caso “Asoc. de Maestros c. Pcia. de La Rioja”, se aclaró que la instancia originaria podía ser prorrogada por las provincias a favor de la justicia federal de grado, siempre que no se adviertan razones institucionales o federales que lo impidan. Esto se produce cuando una de las partes, por Ej. Estado Nacional, tenga derecho al fuero federal, resultando indiferente la materia del pleito (33).

La Corte Suprema en su integración actual, admite la prórroga del fuero originario cuando este correspondiere *ratione personae* a favor de los tribunales nacionales y federales inferiores, a excepción de que existan razones institucionales o federales, o conflicto entre la Nación y las provincias, que obliguen a aplicar un principio de interpretación restrictiva, como el que surge del art. 116 de la CN (34).

IV.1. *El precedente “Barreto” (2006) y la jurisprudencia posterior de la Corte Suprema en materia de daños y perjuicios (art. 75, inc. 12)*

La hermenéutica constitucional realizada por la Corte Suprema en su actual integración, a partir del referido “Barreto, Alberto Damián y otra c. Provincia de Buenos Aires”, fallada el 21 de marzo de 2006 (35), ha precisado que se encuentran excluidas de la conceptualización de *causa civil* en la instancia originaria, las cuestiones de daños y perjuicios que de cualquier manera, requieran la aplicación del derecho local, juzgamiento de actos públicos locales, o que impliquen analizar el desempeño o la participación de personas pertenecientes al plantel provincial en ejercicio y cumplimiento de funciones públicas. Este criterio se mantiene en la actualidad (36).

En “Barreto” la Corte Suprema se apartó de la doctrina sustentada en 1992 en “De

Gandía” (37), con base en fundamentos que discurren acerca de nuevas significaciones de la noción de *causa civil*, en mérito a razones de federalismo y defensa de las autonomías provinciales.

Los argumentos de la Corte Suprema se basan en el fortalecimiento de la autonomía local, resaltándose la pertinencia de que sean los propios tribunales provinciales los que asuman los casos en los que ponga en discusión el obrar de sus agentes públicos o requieran la interpretación de normativa provincial. Aun cuando también se invoquen disposiciones de derecho común.

En “Barreto” se realizaron importantes puntualizaciones acerca de dos aspectos principales: a) El primero, relativo a la interpretación actual que debe acordarse a los arts. 116 y 117 de la CN, mediante una exégesis superadora de toda una historia de desconfianzas y suspicacias en las relaciones jurídicas que pueden existir entre las provincias y los vecinos de otra; b) El segundo, en lo que se refiere a la naturaleza de las acciones en las que se persiga el establecimiento de la responsabilidad patrimonial de las administraciones de provincia por la llamada falta de servicio, o que resulten regulados por el derecho común y el derecho público local para de allí derivar la presencia de causa civil que determina la procedencia o no de la instancia originaria.

El impacto de la doctrina judicial sentada en “Barreto” es de suma importancia para la defensa de las autonomías provinciales, pues a través de la redefinición del concepto de *causa civil*, se han reforzado significaciones que llevan a fortalecer el federalismo concretadas en numerosos pronunciamientos posteriores que circunscriben la instancia originaria.

Las líneas de pensamiento allí establecidas han influido en la jurisprudencia posterior de la Corte Suprema y es de obligada cita en numerosos pronunciamientos, en los cuales se expresa que la causa civil no se configura cuando lo controvertido tiene origen en vínculos de naturaleza administrativa o es consecuencia de una relación de esa índole, en la cual la provincia actuó como poder administrador (38).

El nuevo contorno de *causa civil* definido por la Corte Suprema implica realizar un riguroso análisis de aquellos actos estatales, que puedan de alguna manera encontrarse regidos por normas y disposiciones provinciales y que impliquen el juzgamiento de actividades, acciones, omisiones u obras públicas, atribuidas a la administración estatal, su incidencia, sus consecuencias y la extensión de la responsabilidad. Frente al riesgo de avasallarse atribuciones provinciales el fuero originario en tales situaciones es considerado improcedente.

(25) La “vecindad” en la competencia originaria, alcanza a los extranjeros, si se avecinan en otra provincia. Pero si están radicados en la misma provincia deben demandar en la jurisdicción local.

(26) Véase la cita 6 de este trabajo.

(27) BIANCHI, Alberto F. “Competencia originaria de la Corte Suprema cuando es parte una provincia”, en AA. VV., “Competencia Federal”, ob. cit., p. 208 y jurisprudencia allí citada.

(28) Véase en la página web de la Corte Suprema la jurisprudencia relacionada en especial, la pronunciada en los años 2019 y 2020. Disponible, online, <http://sjconsulta.csn.gov.ar/sjconsulta/consultaSumarios/buscar.html>. Consulta: octubre de 2020.

(29) A modo de ejemplo pueden consultarse las causas falladas en 2020: Vall Ros Internacional SA c. Provincia de Misiones y otro s/ amparo”, 10/9/20 (inconstitucionalidad de impuesto local); “Empresa Almirante Guillermo Brown SRL y otro c. Buenos Aires, Provincia de s/

(32) Fallos: 315:2157.

(33) Fallos: 326:2126, “Asociación de Maestros y Profesores (A.M.P.) c. Ministerio de Educación de la Prov. de La Rioja”, 4 de julio de 2003.

(34) Fallos: 330:4682, “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Entre Ríos, Provincia de s/cobro de pesos”, 30/10/2007; Fallos: 329:5333, “Entidad Binacional Yacretá c. Misiones, Provincia de s/demanda de expropiación regular”, 21/11/2006. En el dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema se dijo: “Si la provincia demandada consintió la competencia federal al tomar intervención en la causa y contestar la demanda, tal proceder importó su consentimiento tácito de prorrogar la competencia originaria de la Corte a favor de la justicia federal de grado y, por ende, su voluntad de que la causa siga tramitando en el fuero que venía entendiendo en el pleito.”

(35) Fallos: 329:759. Este caso, consistió en una demanda de daños y perjuicios intentada por los deman-

dantes en contra de la Provincia de Buenos Aires con motivo del fallecimiento de su hija, a consecuencia de haber recibido heridas de bala provenientes del accionar de un suboficial dependiente de la policía provincial, invocándose los Art. 1112 y 1113 del Código Civil.

(36) CS, Fallos: 343:389, 11/6/20 (daños y perjuicios); 11/06/2020, “Tacacho, Daniel Marcelo c. Provincia de Salta s/daños y perjuicios”; Fallos: 342:2198; “Holway, Tomás c. Santiago del Estero, Provincia de s/ medida preliminar y cautelar”, 22/10/2019, entre muchos otros.

(37) Fallos: 315:2309 (1992). En ese caso se aseveró la responsabilidad de la provincia por una omisión procesal en que se incurrió en el ámbito procesal, que implicó el cumplimiento defectuoso de funciones específicas.

(38) CS, Fallos: 329:2085, “Awalken SA c. Provincia de Tierra del Fuego”, 30 de mayo de 2006; Fallos: 329:2069, “Aguilar”, entre muchos otros.

V. Daños ambientales como *causa civil*. Interjurisdiccionalidad

Con la proyección restrictiva apuntada, los asuntos relacionados con el daño ambiental son admitidos excepcionalmente en la instancia originaria, solo cuando se dan las condiciones necesarias para que la Corte actúe como tribunal de único conocimiento y resolución, según se expone en el caso “Mendoza” (39).

En este precedente quedó asentado que el criterio de interjurisdiccionalidad es definitorio y obra por exclusión para la determinación del fuero originario, esto es, si está presente en el proceso de daño ambiental podrá admitirse —si están dadas todas las condiciones— que entienda la Corte Suprema en forma directa y exclusiva; en caso contrario, frente a su ausencia, la señalada instancia originaria no será pertinente.

Esa fórmula se inscribe también en el criterio restrictivo adoptado por la Corte Suprema para ejercer su competencia originaria, el que se inclina hacia en una jurisprudencia que favorece el respeto a las autonomías provinciales, y en su implicancia práctica indica, que los casos deben ser presentados por ante los jueces competentes locales o federales —si el demandado pertenece al ámbito nacional—, de la jurisdicción donde se produce el perjuicio ambiental que funda la pretensión intentada en el juicio (40).

VI. Situación de la CABA. Ampliación de la competencia originaria

La situación actual de la CABA fue anotada en el referido trabajo “Federalismo y estatus jurídico de la CABA en la competencia originaria. Conflictos y armonías” (2019) (41), donde se expuso el cambio de criterio jurisprudencial y sus razones, entre los criterios mantenidos en “Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c. Provincia de Córdoba” (2019) (42), con los anteriores de “Ciudad de Buenos Aires c. Provincia de Tierra del Fuego” (2007) (43) y demás en igual sentido.

En síntesis, se admite que la jurisprudencia de la Corte tuvo un carácter oscilante sobre el punto, pues en el caso “Cincunegui” (1999) (44) sostuvo que la CABA no debía ser identificada con una provincia. Empero este criterio fue modificado luego en “Nisman” (2016) (45), “Bazán” (2019, voto mayoritario) (46), siguiendo la postura que en 2015 había sido adoptada en “Corrales” (2015, voto mayoritario) (47).

En las causas “Corrales” y “Bazán” que consistieron conflictos de competencia jurisdiccionales llegados a la Corte Suprema en los términos del art. 24, inc. 7 del decreto-ley 1285/1958, la postura mayoritaria reconoció que la autonomía porteña consagrada por la reforma de la Constitución

Nacional en el año 1994 tornó precedente que las competencias actualmente ejercidas por la justicia nacional ordinaria (48), deben ser transferidas al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a la que se calificó como “ciudad constitucional federada”.

Esa denominación fue replicada en “Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c. Provincia de Córdoba”, 4 de abril de 2019 (49), donde se admite explícitamente la equiparación de la CABA a un estado provincial a efectos de la competencia originaria sin discriminación de la materia discutida. De allí en adelante se continúa con este criterio.

Cabe aclarar que cuando en un pleito intervenga como parte la CABA y se identifique la materia como derecho federal (legislación o actos de tal carácter), se suscita el fuero originario. Este es el criterio afirmado por la Corte Suprema para validarla cuando interviene una provincia y ahora la Ciudad Autónoma con similar jerarquía, independientemente de la distinta vecindad que exige el art. 116 de la CN. Por lo que resulta aplicable por analogía.

No obstante, también queda la posibilidad de requerirse el fuero federal de los tribunales inferiores, invocándose razones de vecindad entre las partes y la materia federal del pleito (*ratione personae* y *ratione materiae*), siempre que la CABA admita expresa o tácitamente la prórroga de jurisdicción a favor de los tribunales federales en las condiciones señaladas. Una hipótesis semejante podría provocar una eventual prórroga hacia los tribunales locales de la CABA.

VII. Excepcionalidades en el tiempo de pandemia. Las restricciones de los límites provinciales y/o locales

En una publicación anterior (50), se expuso que la pandemia del COVID-19, requirió de un estado de emergencia sanitaria promulgado por el Poder Ejecutivo Nacional, ordenado mediante decretos de necesidad y urgencia (DNU), que impuso aislamiento social, preventivo y obligatorio (ASPO) (51), al que la población denominó, coloquialmente “cuarentena”.

Los decretos de necesidad y urgencia iniciales conllevaron medidas restrictivas en ámbitos privados y públicos, de libertades, derechos y garantías de la ciudadanía, como la circulación y tránsito, trabajo, economía, educación, impactando además en las acciones privadas de las personas, pues se restringieron encuentros familiares y sociales. Además, impusieron: confinamiento, distanciamiento social, utilización de máscaras, protocolos de higiene en espacios públicos y privados, entre otras disposiciones.

Similares regulaciones de emergencia sanitaria fueron dictadas por las provincias y

CABA, algunas de las cuales afectaron seriamente el tránsito interprovincial de personas y cosas.

Esto ocasionó severas restricciones en el ingreso de personas que deseaban retornar a sus domicilios ubicados dentro de los límites provinciales o debían ingresar a la esfera territorial por razones relevantes de salud, económicas, familiares, etc.

Varias situaciones afectaron a personas con diferentes necesidades y alta vulnerabilidad a quienes no se autorizó la entrada al territorio provincial. En algunos casos, aquellas quedaron varadas o detenidas en los límites provinciales durante muchos meses, sin poder regresar a sus hogares, atender a familiares enfermos, ingresar en sus propiedades, entre muchas otras situaciones que se presentaron.

Esto motivó demandas ante los órganos judiciales en contra de las Provincias y sus órganos competentes, previo infructuosas gestiones en planos extrajudiciales. En las presentaciones judiciales se articularon pedidos de inconstitucionalidad de la legislación y/o actos locales restrictivos para el ingreso al territorio provincial; asimismo urgentes medidas cautelares y auto satisfactorias.

Después de diversas alternativas procesales, en general, los magistrados que actuaron en primera instancia entendieron que las causas pertenecían a la competencia originaria y las remitieron a la Corte Suprema. El Tribunal, sin pronunciarse explícitamente acerca de la admisibilidad del fuero originario —debido a la urgencia que los casos requerían y en consideración a normas constitucionales y de derechos humanos— emitió algunas decisiones de importancia para atender situaciones especialmente humanitarias.

Esto ocurrió en las causas “Maggi, Mariana c. Corrientes, Provincia de s/ medida autosatisfactiva” y “Lee, Carlos R. y otro c. Consejo de Atención Integral de la Emergencia COVID-19 Provincia de Formosa s/ amparo - amparo colectivo (expediente digital)”.

En el primer caso “Maggi”, el actor promovió una medida autosatisfactiva contra la Provincia de Corrientes a fin de obtener una autorización judicial que le permitiera ingresar a la capital provincial, a efectos de asistir diariamente a un familiar cercano, que debía someterse a un tratamiento oncológico debido a una patología de tal índole. La Corte Suprema luego de evaluar las proyecciones constitucionales de la problemática, ponderó que la medida cautelar de anticipación era una adecuada respuesta al permanente peligro sobre la salud, por lo cual dispuso acceder a la cautelar innovativa solicitada.

Valoró para ello las recomendaciones realizadas en la Declaración de la Corte In-

teramericana de Derechos Humanos del 9 de abril de 2020, titulada “COVID-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales” (52), que insta a la adopción e implementación de medidas, destinadas a abordar y contener la situación que concierne a la vida y salud pública, en el marco del Estado de Derecho, según los términos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los estándares desarrollados en la jurisprudencia de ese Tribunal.

En la otra causa, “Lee, Carlos R. y otro c. Consejo de Atención Integral de la Emergencia COVID-19 Provincia de Formosa s/ amparo - amparo colectivo (expediente digital)”, resuelta el 19 de noviembre de 2020, la Corte Suprema hizo lugar a la medida cautelar solicitada, y ordenó a la Provincia de Formosa el inmediato ingreso de los ciudadanos que se encontraban varados, esperando por retornar a sus domicilios. Los actores solicitaron que si por la falta de infraestructura o condiciones edilicias, no se pudiera realizar la cuarentena obligatoria en los centros provinciales destinados al efecto, se les permitiera cumplirla en sus domicilios o en hoteles costeados por ellos mismos.

Nótese que en este caso se trataba de vecinos de la propia Provincia de Formosa, por lo cual, la Corte Suprema, sin pronunciarse acerca de la admisibilidad o procedencia de la instancia originaria, admitió por excepcionales razones humanitarias tratar la cuestión planteada.

Examinó el Tribunal al programa de ingreso de ciudadanos instaurado por la provincia para la emergencia sanitaria COVID-19, y atendiendo a la información brindada por el Estado local, advirtió que, por la cantidad de pedidos de ingreso, era previsible que demoraran varios meses en ser satisfechos.

La ponderación de tales circunstancias y de los hechos denunciados, fue el principal argumento para decidir que era procedente ejercer el control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado, y para adoptar las medidas conducentes destinadas a la observancia de la Constitución Nacional, invocando también —como se hizo en el citado caso “Maggi”—, las consideraciones efectuadas por la Corte IDH en su declaración sobre el COVID-19 y los derechos humanos de las personas.

Se valoró el derecho constitucional de los habitantes a transitar libremente, sin distinción, en el territorio nacional y provincial y pese a no desconocerse las facultades con que cuenta la provincia demandada, para establecer en su territorio las medidas de prevención que considere adecuadas en el contexto de la situación de

(39) CS, Fallos: 329:2316, “Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros”, 20 de junio de 2006.

(40) PALACIO de CAEIRO, Silvia B., “Competencia originaria, provincia y federalismo”, SConst., 2010 (agosto), 107, ob. cit.

(41) PALACIO de CAEIRO, Silvia B., “Federalismo y estatus jurídico de la CABA en la competencia originaria. Conflictos y armonías” (2019), Suplemento Especial de Derecho Constitucional 2019 (noviembre), La Ley, 12/11/2019, 359, Cita Online: AR/DOC/3786/2019, ob. cit.

(42) CS, Fallos 342:533 (2019), dictado por unanimidad con voto concurrente.

(43) CS, Fallos 330:5279.

(44) CS, Fallos 322: 2856 (1999).

(45) CS, Fallos: 339:1342 (2016).

(46) CS, Fallos: 342:509 (2019) cit. Este caso fue promovido debido al conflicto negativo de competencia en los términos del art. 24, inc. 7º del decreto-ley 1285/1958, entre el Juzgado en lo Penal, Contra-

vencional y de Faltas nº 10 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con el Juzgado Nacional de Menores nº 5 los que se declararon incompetentes para entender sobre delitos de lesiones y daños. Aquí luego de severas advertencias, el voto mayoritario estableció que la cuestión de competencia debía ser conocida y resuelta por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su calidad del órgano encargado de conocer en los conflictos que se susciten entre dos órganos jurisdiccionales con competencia no federal con asiento en esa ciudad. La sentencia se construyó: Dr. Carlos Fernando Rosenkrantz (en disidencia), Dra. Elena I. Highton de Nolasco (en disidencia) y el voto mayoritario de los Dres. Juan Carlos Maqueda, Ricardo Luis Lorenzetti y Horacio Rosatti.

(47) CS, Fallos: 338:1517 (2015). Véase el voto de los jueces Lorenzetti y Maqueda, considerando 9º.

(48) En “Bazán”, considerando 8º del voto mayoritario, se expone: “Que a cuatro años de la mencionada exhortación, a veintitrés de la sanción de la constitución

porteña y a veinticinco de la reforma de la Constitución Nacional, el panorama actual muestra que el Gobierno Nacional y el Gobierno de la Ciudad han avanzado mínimamente en las gestiones tendientes a concretar de manera íntegra y definitiva la transferencia de la justicia nacional ordinaria al ámbito que constitucionalmente le corresponde. La Ciudad permanece por esa razón con sus instituciones inconclusas; detenta un poder ejecutivo y una legislatura propios en pleno funcionamiento, pero no tiene aún en marcha un poder judicial completo.

(49) CS, Fallos: 342:533 (2019). Esta sentencia se construyó: Dr. Carlos Fernando Rosenkrantz (según su voto), Dra. Elena I. Highton de Nolasco (en disidencia), y voto mayoritario de los Dres. Juan Carlos Maqueda, Ricardo Luis Lorenzetti y Horacio Rosatti.

(50) PALACIO de CAEIRO, Silvia B., “Año 2020 - pandemia: Función del Poder Judicial en el control de constitucionalidad de oficio y acciones declarativas”, publicado SJA 11/11/2020, 3.

(51) PEN, Decretos de Necesidad y Urgencia

792/2020, 12/10/2020. Coronavirus (COVID-19) - Aislamiento y distanciamiento social, preventivo y obligatorio y prohibición de circular. Prórroga de la vigencia de los dec. 274/2020 y 297/2020, del art. 8 del dec. 408/2020 y de las normas complementarias de los dec. 297/2020, 325/2020, 355/2020, 408/2020, 459/2020, 493/2020, 520/2020, 576/2020, 605/2020, 641/2020, 677/2020, 714/2020 y 754/2020. La doctrina especializada en el primer momento estuvo de acuerdo con las primeras medidas, aunque con posterioridad expresó reparos respecto a la forma y modo en que los tres poderes del Estado estaban gestionando el aislamiento obligatorio. En esta línea, HERNÁNDEZ (h.), Antonio en “Emergencias, orden constitucional y COVID-19 en Argentina”, La Ley Online; AR/DOC/1352/2020.

(52) Disponible online, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/cp-27-2020.html>. Consulta: noviembre de 2020.

emergencia sanitaria, se razonó que tales potestades deben ejercerse de modo razonable y respetando siempre estándares constitucionales.

Debido a que las restricciones establecidas por las autoridades locales no superaron el test de razonabilidad establecido en el artículo 28 de la CN y que la Provincia de Formosa no había definido el tiempo de vigencia de aquellas para el derecho a transitar libremente, la Corte Suprema estimó —*prima facie*— que las limitaciones a la autonomía personal eran irrazonables en los aspectos temporal y económicos.

Por lo que se dispuso: “Corresponde ordenar a la Provincia de Formosa que, sin perjuicio de lo que en definitiva se decida en relación a la competencia de la Corte, arbitre los medios necesarios de modo de garantizar el efectivo ingreso al territorio provincial, con cumplimiento de las medidas sanitarias que estime pertinentes, de todos los ciudadanos que lo hayan solicitado, dentro del plazo máximo de quince días hábiles a partir del día de la fecha, ajustando el programa a las pautas constitucionales”.

En ambos casos “Maggi” y “Lee”, la Corte Suprema decidió entender por motivos humanitarios y de vulnerabilidad, en casos de demandas contra las provincias, aunque fueran articuladas por sus propios vecinos, sin pronunciarse por la admisibilidad de la instancia originaria. La excepcionalidad de la situación descrita y el desconocimiento de garantías constitucionales y de derechos humanos, actuaron como razón principal para justificar la actuación del Tribunal.

VIII. Conclusión

Las consideraciones realizadas, permiten afirmar que en las dos primeras décadas de siglo XXI se produjeron cambios notables, que implicaron restricciones y ampliaciones en la instancia originaria de la Corte Suprema habilitada por los arts. 116 y 117 de la CN y reglamentada por el decreto ley 1285/1958, que requiere de urgentes reformas.

La restricción proviene de la postura adoptada en “Barreto” (2006) y la amplia-

ción del criterio sustentado en “Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c. Provincia de Córdoba” (2019).

En este último pronunciamiento, se pondera el rol institucional de la Ciudad de Buenos Aires desde las primeras épocas de la organización del Estado argentino hasta el presente. La cuestión fue calificada como “uno de los conflictos más arduos” que enfrentó la organización nacional (53).

La historia muestra que la problemática de la Capital de la República Argentina suscitó muchas dificultades a lo largo del tiempo, tanto en períodos preconstituyentes como en la etapa constituyente, que culminó con la federalización en 1880 mediante la ley 1029. Luego de un prolongado lapso, una nueva etapa fue abierta con el reconocimiento de su autonomía por el art. 129 de la Constitución de 1994, pero pese al transcurso habido no se encuentra concluida ni consolidada (54).

El giro de la jurisprudencia en “Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c. Provincia de Córdoba”, conduce a coincidir con Bianchi (55), acerca de que las mutaciones jurisprudenciales han llevado a que, aún sin reforma expresa ni introducción de cláusula análoga a la Enmienda XI, la competencia de la Corte Suprema ha resultado limitada por la materia y por las personas.

La evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema permite establecer:

-Se ha restringido el fuero originario para aquellas causas en que se encuentre demandada una provincia por cuestiones fundadas en derecho común (art. 75, inc. 12 CN), especialmente de daños y perjuicios, que requieran estudio y análisis de legislación local o actos de agentes públicos estatales conforme lo sentado en “Barreto”, donde se resignificó el concepto de causa civil. Por ello, es conveniente modificar los arts. 2, inc. 2º de la ley 48 y 24, inc. 1º del decreto-ley 1285/1958, a fin de establecer el alcance de los conceptos “vecinos” y “causa civil” en la competencia originaria, según la acepción sustentada por la Corte Suprema en el citado “Barreto”.

res S. E. que tiene derecho al fuero federal, según lo dispuesto por el art. 116 de la Constitución Nacional (Fallos: 314:830; 317:746) demanda a la Provincia de Santa Cruz (a quien le corresponde la competencia originaria de la Corte, de conformidad con el art. 117 de la Ley Funda-

-En materia ambiental rige el criterio excepcional basado en la interjurisdiccionalidad de los daños y perjuicios sobre la sustentabilidad y sostenibilidad de los ecosistemas, de cualquier especie e índole, para establecer el fuero originario.

-Se ha extendido la instancia originaria a los asuntos en que actúe la CABA, en cuestiones de derecho común, por ser “ciudad constitucional federada” (art. 129 CN), equiparada al estatus de las provincias en orden a su organización autonómica (“Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c. Provincia de Córdoba” 2019). Por consiguiente, es conveniente modificar el 24, inc. 1º del decreto-ley 1285/1958, a fin de establecer como aforada en la instancia originaria a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

-Se ha mantenido la instancia originaria en causas en los que sea parte una provincia o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) que requieran preponderantemente la interpretación y/o aplicación de legislación federal o cuando concurra, en hipótesis semejantes, el Estado Nacional.

-Se ha conservado el fuero originario para las causas que requieran interpretación y/o aplicación de legislación común (art. 75, inc. 12 CN) y actúen como parte, una provincia y el Estado Nacional, conforme la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema mantenida en precedentes actuales [vg. “Dirección General de Fabricaciones Militares c. Santa Cruz, Provincia de s/ cobro de sumas de dinero”, 19/11/20 (56)].

-Se verifica una tendencia a reducir la competencia originaria solo para aquellos casos en que sean parte provincias contra provincias, contra CABA o viceversa, o en los que intervenga como parte el Estado Nacional (57), con algunas excepciones.

-Se mantiene la jurisdicción dirimente de la Corte Suprema, por diferendos presentados entre dos o más provincias, en los términos del art. 127 de la CN, sin modificaciones relevantes (58).

-Se ha planteado una cuestión dilemática acerca de la admisibilidad o inadmisibilidad del fuero originario en cuestiones de constitucionalidad (planteos de inconsti-

mental) la única forma de conciliar ambas prerrogativas jurisdiccionales es sustanciar la demanda en la instancia originaria de la Corte Suprema (Fallos: 323:1110; 331:1427), cualquiera sea la materia del pleito”.

(57) Postura que sostiene Bianchi y se acerca a la si-

tucionalidad), cuando sea parte una provincia o la CABA y la materia del pleito requiera de la interpretación y aplicación de normas constitucionales y/o de legislación federal, respecto a disposiciones locales que las vulneran. Existen interpretaciones que afirman la conveniencia de dilucidar primero la cuestión de constitucionalidad en la jurisdicción local, quedando subsistente la posibilidad de recurrir ante la Corte Suprema de la Nación mediante el recurso extraordinario federal. No obstante, cuando una de las partes es vecina de extraña provincia y promueva un pleito contra una provincia o la CABA, solicitando la inconstitucionalidad del derecho o actos locales que lo perjudican, es contrario al mandato constitucional de los arts. 116 y 117 de la CN, disponer el sometimiento a tribunales locales a quienes no pertenece. Con mayor razón cuando se trata de una cuestión de constitucionalidad.

-Debido a la pandemia de COVID-19, la Corte Suprema ha admitido intervenir en casos particulares, donde estaban gravemente afectados derechos constitucionales y derechos humanos de particulares (transitar, circular, atención humanitaria, trabajar) debido a las restricciones impuestas para el ingreso a los territorios provinciales (causas “Maggi” y “Lee” citadas).

Cita on line: AR/DOC/3898/2020

MÁS INFORMACIÓN

[Grillo, Iride Isabel María](#), “Durante la emergencia, las respuestas están en la Constitución”, SJA 12/08/2020, 47, JA 2020-III, AR/DOC/2068/2020

[Montilla Zavalía, Félix A.](#), “La competencia originaria de la Corte Federal en las cuestiones políticas provinciales”, LA LEY, 2019-A, 189, AR/DOC/300/2019

LIBRO RECOMENDADO

[Constitución de la Nación Argentina](#)

Autora: Gelli, María Angélica

Edición: 2018

Editorial: La Ley, Buenos Aires

tuación de la instancia originaria en EE.UU. señalada al inicio de este trabajo.

(58) PALACIO de CAEIRO., Silvia, en AA.VV., “Competencia Federal” (2012), ob. cit., p. 306.

Bibliografía

Ley 25.675 General del Ambiente, comentada, concordada y anotada

Autor: José Alberto Esain
Editorial: Abeledo Perrot, 2020

La ley 25.675 General del Ambiente, es una ley marco, de presupuestos mínimos de protección ambiental.

Como toda ley de bases, orgánica, o general, responde a una idea común, como muchas otras que existen en la América Latina y el Caribe. Por ello, vemos que en su estructura normativa aparecen contenidas todas las instituciones básicas, que constituyen “el ABC” del derecho ambiental nacional.

Desarrolla los valores o fines del derecho ambiental (art. 2), los principios de derecho

ambiental (artículos 4 y 5), los instrumentos de política y gestión ambiental (art. 8 y siguientes), régimen del daño ambiental (art. 27 y siguientes), de manera incipiente, los principales focos del proceso colectivo ambiental, y, por último, en un anexo, el fruto de un acuerdo interprovincial, el Consejo Federal del Medio Ambiente, el COFEMA.

Las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental son fruto de la reforma de la Constitución Nacional de 1994 (art. 41), al igual que la novísima familia de los derechos de incidencia colectiva (art. 43), a la cual pertenece, con ropaje constitucional privilegiado (Augusto Morello), el derecho ambiental.

Este reparto de competencias, atípico, entre Nación y Provincias en materia legislativa (art. 41), que tienen “competencias maximizadoras complementarias” (Germán Bidart Campos) más el dominio originario

de los recursos naturales (art. 124), que se conserva en cabeza de los Estados locales, ha generado un campo que confirma la idea promovida por Pedro Frías, entre otros, del federalismo de concertación.

Todo ello, enmarcado en una era de las legitimaciones extraordinarias (Augusto M. Morello), del paradigma ambiental (Ricardo Lorenzetti y Pablo Lorenzetti), del Estado de Derecho Ambiental, “fuerza normativa” de la Constitución (Germán Bidart Campos) fruto de la emersión del neoconstitucionalismo (nuevo constitucionalismo), el surgimiento de una doctrina judicial fundada en principios y valores jurídicos, y la crisis del positivismo jurídico.

El derecho ambiental es “revolucionario” (Eduardo Pigretti, Ramón Martín Mateo, Raúl Brañes, entre otros), un derecho joven, huérfano de los casilleros clásicos del derecho; es, como tantas veces lo hemos dicho,

cosur, Sistema interamericano de derecho, etc.).

Estas bases filosóficas tienen como raíces el fortalecimiento del derecho constitucional, y con la crisis del positivismo, el ascenso vertiginoso de los principios y valores jurídicos (Robert Alexy, Ronald Dworkin, Prieto Sanchís, Luis Ferrajoli)

Todos estos fenómenos de cambio de la sociedad del riesgo (Ulrich Beck), líquida (Zygmunt Bauman), de la era tecnológica (Graciela Messina de Estrella Gutiérrez), de la globalización, de la informática, de los avances de las ciencias biológicas, la nanotecnología, la robótica, del dominio de lo extremadamente pequeño y de lo extremadamente grande (las moléculas, los átomos, el cosmos), dan origen a una serie de problemáticas nuevas que llevan al derecho a adoptar nuevas soluciones, porque el derecho clásico, de la “pequeña aldea”, de base individualista, privado y personal, no está preparado para dar respuestas adecuadas a las necesidades sociales de un mundo complejo.

Los problemas ambientales de este tiempo, de la sociedad de masas, tienen repercusión pública.

Hoy están en revisión, desde el paradigma ambiental (Lorenzetti), todos los institutos tradicionales del derecho, aun aquellos de linaje y abolengo, aceptados dogmáticamente, por prestigio y utilidad, inveterados: del proceso (formas rituales) y de la responsabilidad en todas sus expresiones (derecho de fondo o sustantivo), tanto en sede civil, como administrativa, y penal.

El impacto del “constitucionalismo verde” (Raúl Brañes), en América Latina y el Caribe, impregna de instituciones especiales, todo el derecho sub constitucional, imponiendo la necesidad de reformular, reformar, adecuar, actualizar o adaptar, “aplicar lo mismo, pero de manera diferente”, las viejas, obsoletas, inútiles, estructuras del derecho que disfuncionan, frente a una novísima disciplina jurídica.

La doctrina procesal advierte que el proceso adversarial clásico (proceso civil) es frente a la cuestión ambiental un *castillo en ruinas poblado de fantasmas* (Jorge Peyrano), esto mismo podría decirse de las soluciones tradicionales del derecho civil, administrativo, y hasta del derecho penal.

Estamos frente a una materia, novísima, compleja, que es desafío para los operadores

clásicos del derecho. Tal vez por eso, en un mundo globalizado, cambiante y en crisis, el derecho ambiental, dice el autor, es un signo de nuestra era.

La “Ley 25.675 General del Ambiente comentada, concordada y anotada”, de José Esain, editada por Abeledo Perrot, en 2020, en dos tomos, es un aporte de enorme utilidad, valor académico y doctrinario, para profundizar el estudio no solo de la ley General del Ambiente, sino también de las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental, toda vez que incluye un comentario breve de todas las leyes de esta clase.

José Esain es brillante; un talentoso constitucionalista y ambientalista, estudioso, serio y reflexivo. No deja cuestión o tema que integre la normativa de referencia sin desarrollar.

Todo lo hace con medulosa elaboración, dejando al lector una información valiosa a la hora de adoptar posiciones en cuestiones difíciles o complejas, pero que no escapan a la consideración y fino análisis del autor, con sensibilidad social.

Además contiene datos actualizados de la doctrina judicial de la Corte, de vanguar-

dia en el derecho comparado, en materia ambiental, de la jurisprudencia provincial, en especial de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, un cuidadoso desarrollo del derecho internacional ambiental, del Derecho Ambiental Latinoamericano y Caribeño y de la notable jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la materia.

Resulta así un trabajo indispensable al momento de iniciar estudios, profundizarlos o conocer argumentos, debates, o controversias, en alto nivel de exposición, absolutamente confiable, fruto de largos años de ejercicio profesional, en la docencia, de su paso relevante como activo asesor en la administración pública nacional en la especialidad (Ministerio de Ambiente), y su prolífera labor doctrinaria, con obras y artículos memorables.

En este difícil tiempo, una obra académica de semejante valor es un hecho que nos llena de alegría intelectual, y orgullo, presentar.

Néstor A. Cafferatta

Cita on line: AR/DOC/4084/2020

Nota a fallo

Reivindicación

Excepción de usucapión. Rechazo. Mandato preventivo de negociación contractual. Buena fe. Abuso del derecho. Procedencia de la acción

1.- Para la procedencia de la demanda de usucapión, es necesario que la actora acredite la posesión pública, pacífica e ininterrumpida del inmueble durante el plazo de ley y la realización de actos posesorios de manera insospechable, clara y convincente; y ello debido al carácter excepcional que reviste la adquisición del dominio por usucapión. De manera tal que no basta con que se pruebe un relativo desinterés por el bien por parte de la demandada, sino que es necesaria la cabal demostración de los actos posesorios efectuados por quien pretende usucapir.

2.- La sola adquisición del material no es demostrativa de la realización de actos materiales concretos sobre el inmueble materia de disputa.

3.- El proceso preliminar fue necesario a fin de recabar información para encauzar adecuadamente la acción de reivindicación, a la vez que exteriorizó desde entonces el inequívoco interés de los actores de mantener vivo su derecho sobre la cosa y demostró la inescindibilidad entre ambos.

4.- Los comprobantes de pago de impuestos y tasas municipales constituyen pagos aislados, o bajo el régimen de moratorias impositivas, y son todos muy posteriores a la fecha en que los demandados reconvinentes afirmaron se inició su posesión, por lo que no resultan conducentes a los fines pretendidos por estos.

5.- Corresponde habilitar una instancia de negociación contractual, con la finalidad de autocomponer los derechos en disputa, procurando la adquisición por parte de los demandados en la acción de reivindicación de la parcela o del sector del terreno propiedad de los accionantes en el que construyeron su vivienda, sea mediante la indemnización o la compra o adquisición del inmueble, como lo autoriza el art. 1963, Cód. Civ. y Com.

6.- El ejercicio abusivo del derecho —en el caso, que la parte actora recupere el inmueble con una vivienda construida parcialmente sobre él sin transitar antes la instancia de negociación— quiebra el principio rector de la buena fe.

CCiv. y Com., Azul, sala II, 22/09/2020. - Raguzzi, Alberto Rubén c. Serres, Germán y otro/a s/ reivindicación.

[Cita on line: AR/JUR/43007/2020]

COSTAS

Se imponen a los demandados vencidos.

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, <http://informacionlegal.com.ar> o en Preview]

Prevención del daño

Mandato preventivo judicial de negociación



Carlos E. Ribera

Doctor en Derecho en la UBA, profesor adjunto de Derecho Comercial en las Universidades de Buenos Aires y San Andrés. Director del Instituto de Derecho Concursal de San Isidro.

SUMARIO: I. Introducción y antecedentes. — II. Construcción que invade terreno ajeno colindante. — III. Mandato preventivo de negociación. — IV. Pandemia y renegociación. — V. Palabras finales.

I. Introducción y antecedentes

El caso resuelto por la Cámara de Apelación Civil y Comercial de Azul nos permite tratar el novedoso tema del mandato preventivo judicial de negociación que comienza a ser aplicado por los tribunales.

Se trata de un juicio por reivindicación y desalojo de un inmueble en el que los ocupantes levantaron parte de su vivienda porque son propietarios de un terreno colindante.

La demandada opuso la excepción de prescripción adquisitiva y reconvinó por el mismo motivo.

Producida la prueba el juez de primera instancia rechazó la defensa, la reconvencción e hizo lugar a la reivindicación bajo apercibimiento de desalojo.

La decisión fue apelada por la demandada.

La Cámara confirmó la sentencia y dictó el mandato preventivo “ordenando la negociación formal y sustancial de las partes para procurar la autocomposición”.

Para ello tuvo en cuenta que en el terreno reivindicado los demandados habían construido parte de su vivienda para man-

tenerla unida a su parcela lindera donde se asienta la mayor parte de la construcción.

Con el objeto de evitar “el ejercicio abusivo del derecho de propiedad de los actores (que recibirían un inmueble con una vivienda construida parcialmente en el terreno, habitada por la contraria)”, con respaldo de normas constitucionales, principios generales del Derecho Privado y disposiciones en particular, se decide habilitar una etapa de negociación con el fin que las partes puedan arribar a un acuerdo que solucione la controversia, procurando compartir en modo equitativo los efectos del conflicto.

Para ello se establece que deben seguirse las siguientes pautas:

-fija un plazo de negociación de 90 días corridos para que las partes alcancen un acuerdo mediante indemnización o adquisición del inmueble (cfr. art. 1963 Cód. Civil y Com.);

-los demandados deberán presentar una propuesta u oferta concreta, debiendo acompañar toda la información que explique, avale y funde su propuesta (tasaciones, informes, etc.);

-la actora en el plazo de diez días deberá responder, aceptar, reformular o realizar

nuevas propuestas, todo de manera también documentada;

-si al finalizar el plazo las partes no llegan a un acuerdo, se deberá informar al juez las tratativas realizadas, las razones y circunstancias que lo impidieron;

-Durante las tratativas deberá conservarse “la documentada de las propuestas; determinación del lugar de reunión, días, forma de comunicarse, la utilización de documentos electrónicos...etc.”

La sentencia trata esencialmente dos temas, por un lado, el referido a la reivindicación y la defensa de prescripción adquisitiva y por otro el mandato preventivo judicial de negociación.

Este comentario lo dividiremos en tres partes. Una primera dedicada a una breve referencia del tratamiento que hace la legislación sobre las obras en fundo ajeno, en particular por los cambios introducidos con el Código Civil y Comercial, una segunda parte dedicada a la prevención del daño y el mandato preventivo de negociación y por último dedicaremos una tercera parte, como nota de actualidad, sobre la opinión de los tribunales sobre la protección del daño contractual frente a la pandemia.

II. Construcción que invade terreno ajeno colindante

En el caso actores y demandados tienen cada uno terrenos contiguos.

Los demandados construyeron su vivienda en los dos terrenos sin que se pueda separar.

En el lote de estos se encuentra la mayor parte de la vivienda y el resto se ubica en el terreno de los actores, que los demandados ocupan desde hace varios años, pero sin que hayan sido los suficientes para usucapir.

Resulta entonces que la construcción fue levantada sobre dos propiedades contiguas y en forma unitaria que no se puede dividir.

a. Código Civil: en la sentencia se aplicó el derogado Código Civil pues los hechos se habían cumplido durante la vigencia de este ordenamiento (art. 7 del Cód. Civil y Com.).

Recordemos entonces el tratamiento que hacía el Código sobre el tema.

Si se trataba de un poseedor de buena fe (art. 2428 del Cód. Civil), según la nota al art. 3940, el que hacía mejoras útiles o necesarias indemnizables en una cosa ajena que estaba en su poder, podía rehusar la entrega o devolución de esa cosa, hasta ser pagado por ellas.

A los efectos de generar un crédito que diera origen al derecho de retención, se es-

tablecía que eran ineficaces las expensas voluntarias introducidas en el inmueble o las que resulten de exclusiva utilidad para quien las efectuó, las que eventualmente podían ser retiradas, si ello no perjudicara la cosa (doct. art. 589 Cód. Civil, cc. art. 2587 del Cód. Civil y Com.) (1).

Pero si era de mala fe no vicioso, su derecho a ser indemnizado se limitaba a los gastos necesarios y a las mejoras útiles, en cuanto aumentarían la valuación de la cosa, hasta la concurrencia de ese mayor valor existente (arts. 2440, 2441 del cit. Cód.) (2).

Conforme el texto derogado la buena fe requería por parte de quien posee, el convencimiento, sin ningún tipo de duda, de la legitimidad de su posesión (art. 2356 del Cód. Civil). Es decir que, al menos al adquirir la posesión, quien lo hace debió estar persuadido, en virtud de un error de hecho excusable, de la calidad y validez del título en cuya virtud poseía, de que el modo para adquirir se ha cumplido y el transmitente era titular del derecho y capaz de transmitirlo. Debe existir de su parte la creencia firme e intacta de que se es propietario, de que ningún otro tiene derecho sobre la cosa, de que se es dueño exclusivo, con poder absoluto sobre el bien que se posee.

La mala fe se definía por exclusión: existe toda vez que no se configure la buena fe en los términos de lo que disponía el art. 2356. Aparece, en consecuencia, cuando el poseedor ha debido conocer la ilegitimidad de su posesión o ha tenido razones para dudar de ella.

Según los antecedentes de la sentencia los demandados son poseedores de mala fe del lote reivindicado (arts. 4006 del Cód. Civil y normas citadas), bajo el viejo régimen solo tendrían derecho a ser resarcidos en concepto de gastos necesarios incurridos para la conservación de la cosa reivindicada, como por mejoras útiles que hayan aumentado su valor y no resulten compensados con los frutos percibidos, hasta la concurrencia del mayor valor existente (arts. 2440 y 2441 del Cód. Civil).

Cabe agregar, que el art. 591 del Código Civil, disponía que eran mejoras necesarias aquellas sin las cuales la cosa no podría ser conservada. Su naturaleza hace suponer que, de haber estado la cosa en poder de la otra parte, esta tendría que haber realizado el gasto. Por eso, se interpreta que el poseedor no ha hecho sino procurarle un enriquecimiento y la indemnización a él no busca otra cosa que evitar que dicho enriquecimiento carezca de fundamento jurídico. No se distingue en este aspecto entre el poseedor de buena fe y el de mala fe, sino que se atiende a la naturaleza de la impensa de que se trata.

En tanto que las mejoras útiles son aquellas que, no siendo indispensables para la

conservación de la cosa, resultan de manifiesto provecho para cualquier poseedor de ella. En este caso, se establece un límite al poseedor de mala fe, pudiendo repetir solo aquellas que hayan aumentado el valor de la cosa y hasta la concurrencia del mayor valor existente.

b. Código Civil y Comercial: En la sentencia se cita el art. 1963 del Cód. Civil y Com. (3) que lleva por título “Invasión de inmueble colindante” e introduce una novedad, pues el Código derogado no contenía una norma similar y además trae cambios que son contrarios al ordenamiento legal derogado (4).

Si quien edifica es de buena fe (5) invadiendo el terreno colindante, sin consentimiento del dueño, la norma prevé dos situaciones.

La primera es que el dueño del inmueble tiene derecho a pedir la demolición de la edificación si se opuso inmediatamente de conocida la invasión a su terreno.

Pero si no se opuso inmediatamente, debe respetar lo construido y solo tiene derecho a solicitar indemnización por el valor de la parte invadida o por la adquisición de la totalidad del terreno. En este último supuesto cuando “se menoscaba significativamente el aprovechamiento normal del inmueble y, en su caso, la disminución del valor de la parte no invadida”, tema sobre el cual volveremos.

La doctrina considera que la construcción que invade suelo ajeno, hecha de buena fe, debe ser mantenida en su integridad, y la propiedad del todo pasa a ser por accesión de un solo dueño (6).

En cambio, bajo el régimen del Código derogado en caso de invasión del terreno, el dueño que quedaba con la obra debía pagar la indemnización, salvo que solicitara la demolición (7).

En conclusión, la novedad y diferencia con el Código viejo es que quien de buena fe invadió el terreno ajeno colindante mediante una construcción tiene derecho a reclamar su adquisición parcial o total según el caso, previo pago de indemnización, lo que la doctrina conoce como “accesión inversa”.

El segundo caso es cuando el invasor es de mala fe.

Si el dueño del terreno invadido se opuso inmediatamente puede pedir la demolición.

Pero aun cuando se haya opuesto inmediatamente, si la demolición es “manifiestamente abusiva”, se faculta al juez a rechazar el pedido y ordenar la indemnización.

Esta solución es diferente a la prevista para el constructor de buena fe, que como

dijimos, el vecino invadido que se opuso inmediatamente puede pedir la demolición.

La diferencia no tiene justificativo, por ello interpretamos que en el caso del constructor de buena fe si el pedido de demolición es abusivo, por interpretación analógica, podrá rechazarse el pedido y ordenarse indemnización.

Si el dueño del predio invadido no se opuso inmediatamente entendemos que no podrá pedir la demolición, pero sí deberá ser indemnizado en los términos del segundo párrafo del art. 1963.

En ambos casos, sea de buena o mala fe la solución del conflicto dependerá de lo que las partes puedan convenir o en su defecto de una cuestión de hecho que el juez deberá decidir conforme las circunstancias que presente el caso.

III. Mandato preventivo de negociación

III.1. Tutela del daño

La segunda parte de este comentario lo dedicamos a uno de los nuevos paradigmas de la legislación civil y comercial que es el reconocimiento expreso de la tutela del daño aplicable en la responsabilidad civil extracontractual y contractual (8).

La sentencia dispone que las partes, previo al desalojo, negocien una solución acerca de la indemnización o compra del terreno que los demandados ocuparon construyendo parcialmente su vivienda, como lo dispone el art. 1963 Cód. Civil y Com.

La importancia de la sentencia radica en anticiparse a evitar un futuro conflicto, al análisis y al completo fundamento legal utilizado para aplicar el instituto.

En esta parte desarrollaremos brevemente cada una de las disposiciones y principios integradores citados en la decisión judicial.

Pero previamente cabe mencionar dos aspectos.

El primero es que no se trata de la aplicación aislada de las normas mencionadas en la sentencia, sino que conforman un entretelado compuesto por principios constitucionales (9), principios generales del Derecho Civil y disposiciones particulares que se complementan coordinadamente y dan sustento a la prevención del daño y al mandato preventivo de negociación.

Agregamos que en el Título Preliminar dedicado al Derecho el art. 1º del Cód. Civil y Com. dice que “Los casos que en este Código rigen deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) SALVAT-GALLI, “Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general”, Tipográf. Edit. Argentina, 1952, 6ª edic., t. I, p. 351, n° 387; BORDA, Guillermo, “Tratado de Derecho Civil argentino. Obligaciones”, t. I, año 1989, n° 431.

(2) En la redacción del art. 2441 del Cód. Civil, no se siguió la fuente habitual que sí se observó en el art. 589 del mismo Código, estableciendo una solución distinta para el caso del poseedor de mala fe. Ello se justificaba porque el poseedor del art. 2441 era titular de un derecho real amparado por acciones posesorias, con facultad para realizar mejoras útiles en la cosa. Su obligación de devolver el bien resultaba justamente del conflicto entre el dominio y la posesión, siendo razonable que, cuando se dirime ese conflicto haciendo prevalecer el dominio, pueda el poseedor exigir del vencedor resarcimiento por el mayor valor otorgado a la cosa durante su posesión. Contrariamente, el deudor de mala fe del art. 589 (que es tal porque debió conocer que no tenía título válido para poseer

la cosa o le estaba prohibida la realización de la mejora), decía el viejo Código está obligado a restituir la cosa en virtud de un título preexistente, generalmente un contrato, aún innominado. Por ende, no puede invocar su propia torpeza, accionando en derecho para ser resarcido por una impensa que tenía vedado efectuar. En este orden, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires decidió que el art. 2441, junto con los arts. 2427 y 2440 del Cód. Civil, regulan el régimen de las mejoras cuando existe conflicto entre el derecho real de dominio, por una parte, y la posesión, por otra. Triunfante la acción reivindicatoria, el poseedor de mala fe recibe un tratamiento distinto del deudor de mala fe, ya que aquel tiene derecho a reclamar las mejoras útiles que no se hubieran compensado con los frutos percibidos, o que hubiere podido percibir. De ahí que sean inconciliables las normas de los arts. 589 y 2441, porque ambas regulan diferentes regímenes de mejoras (SC Buenos Aires, 24/09/1985, JA, 1986-III-200; Ac. 75946, sent. 15/11/2000, DJBA, 159, 293).

(3) Art. 1963 del Cód. Civ. y Com.: “Invasión de inmue-

ble colindante. Quien construye en su inmueble, pero de buena fe invade el inmueble colindante, puede obligar a su dueño a respetar lo construido, si este no se opuso inmediatamente de conocida la invasión. El dueño del inmueble colindante puede exigir la indemnización del valor de la parte invadida del inmueble. Puede reclamar su adquisición total si se menoscaba significativamente el aprovechamiento normal del inmueble y, en su caso, la disminución del valor de la parte no invadida. Si el invasor no indemniza, puede ser obligado a demoler lo construido. Si el invasor es de mala fe y el dueño del fondo invadido se opuso inmediatamente de conocida la invasión, este puede pedir la demolición de lo construido. Sin embargo, si resulta manifiestamente abusiva, el juez puede rechazar la petición y ordenar la indemnización”.

(4) RIVERA-MEDINA, “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Ed. La Ley, 2014, comentario art. 1963.

(5) La buena fe en este caso no está relacionada con la posesión sino con el error de hecho que puede cometer el

invasor o porque actuó con autorización o consentimiento del dueño del fundo invadido.

(6) LORENZETTI, Ricardo (director), “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2017, t. IX, ps. 268/9; RIVERA-MEDINA, “Código...”, comentario art. 1963.

(7) LORENZETTI, Ricardo, “...Código Civil y Comercial...”, t. IX, p. 270.

(8) DI CHIAZZA, Iván G., “¿Pretensión preventiva contractual (Nota al fallo ‘Wall Mart c. Grainco’)”, fuente: <http://cedeflaw.org/pdfs/20175217019-101.pdf>. El autor expone las flaquezas que presenta la “pretensión preventiva contractual” contrariamente a su aplicación en la prevención extracontractual. Consultar también: PEYRANO, Jorge W., “Noticia sobre la acción preventiva”, LA LEY, 2015-F, 1230, AR/DOC/4310/2015; ALFERI-LLO, Pascual E., “La buena fe como norma de orden público”, ED, 6/11/2020.

(9) SANTARELLI, Fulvio, “Contratos y Mercado”, Ed. La Ley, 2018, p. 106.

derechos humanos en los que la República sea parte”.

Además, el art. 2 establece que “La ley debe ser interpretada, por sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

Es decir que estos dos principios fundamentales, uno referido a las fuentes del Derecho y otro a su interpretación, sumado al deber del juez de resolver el caso en concreto (art. 3), son los que se han tenido en cuenta en la sentencia, aplicando coordinadamente todas las normas referidas a la prevención del daño.

Además, este Código, como veremos, ofrece herramientas suficientes para manejarse ante situaciones de emergencia extraordinaria como la actual y los jueces han comenzado a aplicarlas en materia contractual.

El segundo aspecto que cabe mencionar es que el principio de la autonomía de la voluntad encuentra sustento pleno de protección en el art. 958, citado varias veces en la sentencia cuyo ejercicio de los derechos está limitado por los principios generales del Derecho Privado, tal como ya se había dispuesto por la ley 17.711.

El efecto vinculante de los contratos es obligatorio para las partes, aun cuando su cumplimiento sea diferido y las circunstancias sean diferentes a las del momento de la celebración, incluso, en principio, si el cambio es relevante las obligaciones deben cumplirse.

Pero, como dijimos, el Código también prevé remedios legales que pueden utilizarse en situaciones excepcionales como las actuales para modificar o extinguir los contratos, desde ya supeditado al análisis de las circunstancias de cada caso.

III.1.a. Principios constitucionales

La prevención general del daño tiene fundamento en la regla que prohíbe dañar a otros (art. 19 CN).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que el principio del *alterum non laedere* tiene raíz constitucional (10).

III.1.b. Principios generales del Derecho Privado

Luego el fallo hace referencia a los principios generales en el ejercicio de los derechos aplicables a todo el Derecho Privado mencionados en el Título Preliminar Capítulo 3, que son la buena fe, el abuso del derecho y la prohibición al fraude a la ley, veamos brevemente qué dice cada uno.

III.2. La buena fe

La buena fe es el primero de los principios enunciados del cual las partes no pueden apartarse ni limitar (11).

Se ha dicho que “si el Derecho debiera expresarse en una sola norma, acaso la formulación que tendría mayor riqueza sería la que impusiera a las personas comportarse de buena fe” (12).

En los contratos la buena fe juega un rol fundamental que siempre los contratantes deben cumplir y que guarda relación con el equilibrio del sinalagma contractual y con la reciprocidad de las contraprestaciones (13).

Se trata de un principio impuesto a las partes y que está presente en diversas disposiciones que luego mencionaremos.

Agregamos que la buena fe también se encuentra implícito en el art. 1067 referido a la teoría de los actos propios aplicable a todas las relaciones de derecho. La prohibición de ir contra los propios actos anteriores jurídicamente relevantes, cuando dice que “La interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante previa y propia del mismo sujeto” (14).

Es decir que la conducta de los contratantes debe ser consecuente con su conducta previa. Por ello no puede interpretarse el contrato contradictoriamente con su conducta anterior.

Además, el art. 961 dice que los contratos deben celebrarse interpretarse y ejecutarse de buena fe e incluso también se exige que durante las tratativas preliminares las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente (art. 991).

No podemos dejar de mencionar que cuando el Código trata los contratos en general como regla interpretación dispone en el art. 1061 que “El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes” y finaliza diciendo que esa intención debe ser conforme “al principio de buena fe”.

El fallo cita este principio fundamental de nuestro derecho previendo que la restitución del terreno invadido ante la posibilidad que se destruya la obra o que la actora se quede con ella, puede ocasionar un perjuicio para quienes durante tantos años tuvieron afincada parte de su vivienda.

Por ello, previendo el daño, se exhorta a las partes a negociar una solución afín a los intereses de ambas.

III.3. El abuso del derecho

El deber de prevención del daño también encuentra sustento en la regulación del abuso del derecho en los arts. 10, 11 y 14, prin-

cipio general aplicable en todo el Derecho Privado (15).

El cambio legal importante lo encontramos en el tercer párrafo del art. 10 cuando dice que los jueces deben ordenar lo necesario a fin de evitar los efectos del acto o de la situación antifuncional, o restauradora, recomponiendo al estadio previo al ejercicio abusivo del acto o situación, en la medida en que fuera posible, e indemnizatoria (art. 10 *in fine*) (16).

Es decir que el juez debe tener en cuenta el daño futuro, no debe limitarse al daño consumado. Se trata de una nueva óptica que se aparta de la legislación derogada.

También se prevé el abuso de posición dominante (art. 11) y dice que, sin perjuicio de lo dispuesto para la buena fe y el abuso de derecho aplicable al abuso de una posición dominante en el mercado, es sin perjuicio de lo dispuesto por la legislación especial (17).

Y el art. 14 citado complementa el tema, pues establece que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general, que se complementa con el art. 240.

III.3.a. Principio general de prevención del daño en la responsabilidad civil

La tutela anticipada del daño en el ámbito contractual y extracontractual encuentra sustento normativo expreso en los arts. 1710 al 1713 del Cód. Civil y Com. (18).

Así el rol preventivo se incorpora definitivamente y adquiere importancia al disponer que es una de sus funciones de la responsabilidad civil (art. 1708) (19).

Este principio de tutela preventiva se aplica no solo para la protección de intereses individuales sino también los de incidencia colectiva, tanto en el derecho privado como en el derecho público (20).

El art. 1710 no solo hace referencia a evitar daños futuros no justificados, sino que refuerza la regla estableciendo que debe adoptarse de buena fe conforme a las circunstancias “las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño...”, e incluso, una vez producido el daño, no agravarlo.

III.3.b. La fuerza mayor

Otra de las disposiciones citadas es el caso fortuito o fuerza mayor que la ley los toma como sinónimos, es el “hecho que no ha podido ser previsto o que habiendo sido previsto no ha podido ser evitado” (arts. 1730).

En este supuesto el contrato se extingue y se “exime de responsabilidad excepto disposición en contrario” (art. 1730) (21).

III.3.c. Prevención del daño en el campo contractual

Otra importante herramienta jurídica que incorpora el nuevo Código citada en la sentencia para prevenir el daño en el cumplimiento de los contratos es el de la “tutela preventiva”.

Se permite que una parte del contrato suspenda su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra ha sufrido un grave menoscabo significativo en su aptitud para cumplir o en su solvencia (art. 1032).

La parte que solicita la suspensión preventiva es quien debe probar los extremos que justifican el pedido, sin perjuicio del principio de la carga dinámica de la prueba.

En el caso que analizamos no hay un contrato por ello no sería aplicable, pero no podemos dejar de reconocer que el instituto enmarca en la previsión del daño.

En la misma orientación también podemos incluir la “suspensión de cumplimiento” que faculta a que una de las partes a no cumplir la propia prestación hasta tanto la otra cumpla u ofrezca cumplir con las suyas (art. 1031).

Sí interpretamos que ambas normas son sumamente útiles en crisis económicas como la que estamos atravesando, hechos de fuerza mayor ajenos a las partes que pueden generar transitoriamente el incumplimiento con las prestaciones a su cargo. Ante ello la otra puede suspender el cumplimiento de las suyas.

III.3.d. Renegociación de los contratos de larga duración

Otro de los principios integradores de la negociación que se cita es lo dispuesto para los contratos de larga duración.

En este caso las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, ordenando que la parte que decide la rescisión “debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos” (art. 1011).

Nuevamente recuerda la aplicación de los principios generales que las personas en cuanto deben actuar de buena fe y sin incurrir en abuso de derecho. Este principio adquiere importancia especial en estos contratos en que el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto.

Entonces antes de rescindir las partes deben renegociar (22).

(10) CS, 05/08/1986, “Santa Coloma, Luis F. y otros v. Empresa Ferrocarriles Argentinos”, LA LEY, 1987-A, 442; Fallos 308:1160; id., 05/08/1986, “Gunther, Raúl F. v. Ejército Argentino”, LA LEY, 1987-A, 442; Fallos 308:1160; CALVO COSTA, Carlos A., “La constitucionalización del derecho de daños y el principio de la reparación plena”, SJA 13/04/2016, 1; JA 2016-II, AR/DOC/4220/2016.

(11) HERRERA, Marisa - CAMELO, Gustavo, “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Ed. Infojus, 2015, t. 1, ps. 35/36; ALFERILLO, “La buena fe...”, ED, 6/11/2020.

(12) ALTERINI, Jorge H., “La buena fe y los prejuicios ante las adquisiciones a título gratuito”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anales, año XLVI, Nº 39, 2001, p. 53.

(13) CORNET, Manuel - TINTI, Guillermo P. B., “Los contratos frente a la emergencia del covid-19”, ebook-TR 2020 (Andruet), 20, AR/DOC/1770/2020.

(14) Se ha propuesto incluir un segundo párrafo al art. 9 que se refiera a la “teoría de los propios actos”,

que diga lo siguiente: “Es inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, eficaz, previa y propia del mismo sujeto. “Fundamento: “Se agrega como segundo párrafo y por su íntima vinculación con el principio de buena fe, la prohibición de ir contra los propios actos anteriores jurídicamente relevantes, en el entendimiento que ello es aplicable a todas las relaciones de derecho y no solamente a las contractuales. Este agregado ha sido propiciado por el Observatorio del Código Civil y Comercial” (Comisión Decreto Nro. 182/18, septiembre de 2018, integrada por los Dres. Julio C. Rivera, Diego Botana y Ramón D. Pizarro, anteproyecto publicado en el diario LA LEY del 17/12/2018, Edición especial: Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor).

(15) SANTARELLI, “Contratos...”, p. 91.

(16) RIVERA-MEDINA, “Código Civil y Comercial...”, comentario art. 10.

(17) SANTARELLI, “Contratos...”, p. 225.

(18) PIZARRO, Ramón D., “El concepto normativo de daño en el Código Civil y Comercial”, RCyS 2020-IX,

3, AR/DOC/2378/2020; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “La función preventiva de la responsabilidad civil”, LA LEY, 2015-C, 726; GALDÓS, Jorge, “Responsabilidad civil preventiva. Aspectos sustanciales y procesales”, LA LEY, 2017-E, 1142; RCyS 2019-I, 3, AR/DOC/2479/2017; aut. cit., “El mandato preventivo una valiosa herramienta procesal de la responsabilidad civil”, RDD “Prevención del daño” 2016-2, p. 347; en LORENZETTI (Director), *Código Civil y Comercial...*, t. VIII, p. 294.

(19) El art. 1708 que dice que las “las disposiciones de este Título...”, pero tal como se ha observado es erróneo, porque el Título V se refiere de manera más amplia a “Otras fuentes de obligaciones” entre las que incluye no solo la responsabilidad civil (Capítulo 1), sino también la Gestión de Negocios (capítulo 2), el empleo útil (capítulo 3), el enriquecimiento sin causa (capítulo 4), la declaración unilateral de voluntad (capítulo 5) y los títulos valores (capítulo 6). Pero la prevención y la reparación del daño solo se aplica a la responsabilidad civil y no al resto de las otras fuentes. Por ello se ha propuesto rectificar

ese error, reemplazando la voz “Título” por “Capítulo” (Com. dec. 182/2018...). CALVO COSTA, Carlos A., “La pretensión preventiva en el Derecho de Daños”, LA LEY, 2018-A, 976; AR/DOC/197/2018.

(20) GUARDIOLA, Juan J., “La prevención, las inmisiónes inmatrimoniales y la denuncia de daño temido”, RCCyC 2020 (junio), 21; RCyS 2020-VII, 36.

(21) APARICIO, Juan M., “COVID-19 y contrato”, ebook-TR 2020 (Andruet), 4, AR/DOC/1899/2020; PEYRANO, Jorge W., “Más sobre la acción preventiva”, LA LEY, 2016-A, 1221 y ss., AR/DOC/4163/2015.

(22) Lo dispuesto en el art. 1011 en cuanto a la renegociación ha sido criticado y se ha propuesto la derogación de esta disposición. Se ha dicho que “La rescisión de cualquier contrato de larga duración es un derecho que no puede estar sujeto a la inexorable obligación de renegociar; la jurisprudencia de la CSN estableció que esos contratos pueden rescindirse dando un preaviso razonable siempre que la otra parte hubiera podido amortizar sus inversiones y obtener una razonable

III.3.e. Imprevisión por excesiva onerosidad

Otra de las disposiciones citadas de prevención del daño contractual es el de la imprevisión (23).

El art. 1091 dispone que, si en el contrato la prestación de una de las partes se torna excesivamente onerosa por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración y la torna “excesivamente onerosa, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, esta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación...” (24).

La eficacia de este instituto ha sido puesta a prueba en el pasado cuando por el “hecho del príncipe” las prestaciones generaron una excesiva onerosidad para los deudores financieros (Circ. 1050 del BCRA).

En la actualidad recobra vigencia ante la crisis económica y cambiaría que ha generado la pandemia (25).

Conforme vimos en la fuerza mayor el acontecimiento debe ser inevitable, extraordinario y ajeno a las partes, la diferencia, requisitos que también debe reunir el acontecimiento para invocar la teoría de la imprevisión.

Pero la diferencia entre ambos es que en el caso fortuito hace imposible el cumplimiento del contrato y los efectos de frustración del contrato se producen en forma automática. En cambio en la imprevisión la parte perjudicada es la que solicita la resolución o adecuación del contrato.

III.3.f. Frustración del fin del contrato

También se cita el art. 1090 que prevé dos supuestos ante la frustración de la finalidad del contrato.

En el caso que la frustración sea definitiva la parte perjudicada pueda resolver el contrato, si luego de su celebración ocurre un acontecimiento que produce una alteración extraordinaria ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada.

Para que la sea definitiva el hecho que produce la frustración debe ser extraordinario, ajeno a las partes y superar el riesgo asumido por la parte afectada,

Si la frustración es temporaria “hay derecho a resolución solo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial”.

La disposición tiende a prevenir el daño y si bien no es aplicable al caso puede tener

plena vigencia ante las medidas que han tomado las autoridades por el ASPO en que algunos contratos pueden haberse frustrado por la prohibición de las actividades no esenciales (26).

A diferencia de la imprevisión que tiende a proteger al deudor de una prestación que se ha tornado excesivamente onerosa y por lo tanto puede optar entre la resolución o la adecuación del contrato, en la frustración del fin se protege al acreedor porque el fin del contrato ya no le resulta útil y en consecuencia en este caso solo puede optar por la resolución.

III.3.g. Renegociación del contrato de locación

La reciente reforma al contrato de locación de inmuebles destinados a vivienda incluye una nueva disposición que prevé la renovación del contrato dentro de los tres últimos meses de su vigencia, que “cualquiera de las partes puede convocar a la otra, notificándola en forma fehaciente, a efectos de acordar la renovación del contrato, en un plazo no mayor a quince (15) días corridos. En caso de silencio del locador o frente a su negativa de llegar a un acuerdo, estando debidamente notificado, el locatario puede resolver el contrato de manera anticipada sin pagar la indemnización correspondiente” (art. 1221 bis Cód. Civil y Com., ref. ley 27.551).

La cita que se hace en el fallo es atinente al deber de renegociar, fijando pautas para la reconducción del contrato.

Cabe agregar que el art. 1203 contempla la frustración del uso o goce de la cosa por causas no imputables al locatario. Si este “se ve impedido de usar o gozar de la cosa, o esta no puede servir para el objeto de la convención, puede pedir la rescisión del contrato, o la cesación del pago del precio por el tiempo que no pueda usar o gozar de la cosa. Si no se viese afectada directa o indirectamente la cosa misma, sus obligaciones continúan como antes” (ref. por la ley 27.551).

El texto actual es más amplio que el original del Código Civil y Comercial porque por cualquier causa no imputable al inquilino que frustre la finalidad del contrato, lo legitima para rescindir o no abonar el precio total del alquiler (27).

III.3.h. Tratativas contractuales

Otra referencia de la sentencia es la responsabilidad precontractual.

El art. 990 sienta el principio que las partes tienen libertad de promover tratativas dirigidas a la formación del contrato, pero también resalta que en el curso de las negociaciones deben actuar con buena fe. Agrega

que en cualquier momento pueden abandonarlas.

Es decir que existe libertad para contratar, pero para abandonar las tratativas debe haber una causa justificada, siempre que se actúe con buena fe (art. 991, cfr. art. 9) (28).

Esta solución ha sido criticada por calificada doctrina porque se ha dicho que las partes si bien son libres para emprender negociaciones no lo son “para abandonarlas en cualquier momento, sino que deben tener una causa para ello”. Y lo más grave aún es que si el abandono es considerado injustificado deberá “repararse el daño que sufra la contraparte por haber confiado, sin culpa, en la celebración del contrato”. Esto es lo que antes se entendía como daño al interés negativo “pero tal categoría ha desaparecido del Código de fondo, por lo que podría entenderse que no solo habría que reparar el daño emergente, sino también el lucro cesante y la chance, pues así resulta del principio de reparación integral que el Código Civil y Comercial consagra en el art. 1738” (29).

III.3.i. Imposibilidad de cumplimiento

Uno de los modos de extinción de las obligaciones es la imposibilidad de cumplimiento.

Se prevé el caso de la imposibilidad definitiva y temporaria.

En el primer caso, si la imposibilidad es sobrevenida objetiva, absoluta y definitiva de la prestación por caso fortuito o fuerza mayor, se extingue la obligación sin responsabilidad (art. 955).

En el segundo, temporaria, si la imposibilidad de “la prestación tiene efecto extintivo cuando el plazo es esencial, o cuando su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible” (art. 956) (30).

III.4. Otro antecedente de mandato preventivo judicial

Recientemente el mismo tribunal ha vuelto a referirse al mandato preventivo y a la prevención del daño.

En el caso la actora había suscripto con la demandada un contrato de ahorro previo para la compra de un automotor. Cuando fue favorecida por el sorteo y ante la imposibilidad de pagar el saldo de precio la adquirente canceló el plan y suscribió uno nuevo en octubre de 2013 pagadero en 84 cuotas, el cual atento su condición de empleada doméstica y pedicura tampoco pudo cumplir por el aumento constante de la cuota.

Ante ello y por consejo de la concesionaria dejó caer el plan y por la cláusula de “rescate

de fondos” por renuncia reclamó la devolución de lo abonado.

La administradora del plan le remitió un cheque en concepto de reintegro, pero como la actora no lo presentó al cobro en término el girado rechazó el pago.

Entonces reclamó el depósito de lo adeudado pero la demandada no contestó.

En primera instancia se hizo lugar la demanda por incumplimiento contractual y daños y perjuicios, lo cual fue apelado.

Nuevamente con un exhaustivo voto del Dr. Jorge M. Galdós el tribunal concluye que la demandada actuó en forma antijurídica vulnerando sus deberes de información y trato digno. Cabe resaltar el exhaustivo fundamento que hace sobre el Derecho de Consumo para confirmar la sentencia.

Pero en lo que aquí nos interesa dictó el mandato preventivo disponiendo que: 1) la Inspección General de Justicia con intervención de la demandada, en el plazo de 120 días “proceda a elaborar un informe detallado y circunstanciado que fundamente el contenido jurídico, económico y funcional de la cláusula considerada abusiva y analice, en su caso, la procedencia de su reformulación o adaptación teniendo en cuenta las numerosas cuestiones involucradas, estudiando su incidencia en la ecuación económica del contrato, y las restantes variables de distinta naturaleza que correspondan considerar. En el caso en el que la reformulación o adaptación de la referida cláusula no resulte fáctica, jurídica o económicamente viable la requerida deberá argumentar, explicar y justificar las razones que impedirían esa readaptación. 2) A esos efectos se deberá presentar en la instancia de origen, para su aprobación, y con intervención de este Tribunal, el informe circunstanciado referido. 3) Se autoriza a la Sra. Jueza de la causa para que a través del ejercicio de sus facultades ordenatorias, dicte las medidas complementarias que considere convenientes para que se cumpla el mandato de prevención (art. 34 inc. 2 Cód. Proc. Civ. y 1713 Cód. Civil y Com.) procediendo al control del cumplimiento de las metas y plazos fijados, los que se disponen bajo apercibimiento de lo dispuesto en los arts. 37 del Cód. Proc. Civ. y 804 del Cód. Civil y Com.” (31).

IV. Pandemia y renegociación

Con motivo de la crisis económica producto de las medidas sanitarias dispuestas por las autoridades por la pandemia, los jueces han comenzado a aplicar la tutela preventiva del daño disponiendo la negociación en materia contractual, aplicando varias de las disposiciones mencionadas (32).

ganancia (caso Automóviles Saavedra); y el Código Civil y Comercial prevé la cuestión al tratar el contrato de agencia cuyas disposiciones son aplicables a la distribución y la concesión en cuanto sean pertinentes. De todos modos, cabe tener en cuenta que los contratos de duración son generalmente afectados por acontecimientos extraordinarios, hipótesis para la cual el mismo Código Civil y Comercial regula la revisión o resolución del contrato por excesiva onerosidad sobreviniente.” (Anteproyecto elaborado por la Comisión designada por el dec. 182/2018, cit.). SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, “La rescisión unilateral en los contratos de larga duración y el deber de renegociar”, LA LEY, 2018-B, 733; AR/DOC/461/2018; PITASNY, Jonatan, “Análisis interpretativo del art. 1011 in fine del Código Civil y Comercial de la Nación”, RCCyC 2020 (mayo), 183, AR/DOC/790/2020; MASCIOTRA, Mario, “Poder-deber de evitar el abuso del derecho en el Código Civil y Comercial”, LA LEY, 2017-E, 729, AR/DOC/2113/2017. Se ha dicho a qué supuestos será aplicable la renegociación compulsiva del art. 1011 pues los contratos de agen-

cia (art. 1492), de concesión (art. 1508) y de franquicia (art. 1522 inc. D), se prevé “la posibilidad de rescisión unilateral con preaviso y con indemnización tarifada (un mes por año y máximo 6 meses de indemnización)... ¿Ha de concluirse, entonces, que a los contratos mencionados no les alcanza el art. 1011? Esto parece un contrasentido, pues justamente estos son los típicos y habituales contratos de larga duración” (CAPO, Claudia S. - ALBANO, Carlos Alberto, “La rescisión unilateral en los contratos de larga duración y el solidarismo contractual”, ADLA, 2017-6, 89, AR/DOC/897/2017).

(23) PIZARRO, Ramón D., “La teoría de la imprevisión en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos 2015 (febrero), 273, AR/DOC/388/2015.

(24) MEDINA, Graciela, “Del cumplimiento al incumplimiento de los contratos ante el COVID-19. Imposibilidad de cumplimiento. Teoría de la imprevisión, frustración del contrato. Locación. Estudio de Derecho Comparado”, LA LEY, 2020-B, 925, AR/DOC/934/2020.

(25) RIVERA, “Los contratos...”, LA LEY, 2020-B, 945; AR/DOC/1102/2020.

(26) MEDINA, “Del cumplimiento al incumplimiento de los contratos ante el COVID-19...”, LA LEY, 2020-B, 925; AR/DOC/934/2020.

(27) TALLONE MAFFIA, Julio, “Coronavirus y locatario impedido de usar o gozar de la cosa (artículo 1203 del CCyCN)”, 17/06/2020, www.saij.gov.ar, Id SAIJ: DACF200126.

(28) DI CHIAZZA, Iván G., “Tratativas previas y responsabilidad precontractual en el Proyecto de Código”, LA LEY, 2013-C, 815; WAGNER, Claudia, “Tratativas preliminares. Libertad para abandonar las tratativas y deber de justificar su frustración”, SJA 16/12/2015, 37, JA 2015-IV, 1108, AR/DOC/5606/2015; ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “La responsabilidad civil precontractual”, DCCyE 2014 (abril), 221, AR/DOC/2882/2013.

(29) RIVERA, “Balance de la aplicación del Código Civil y Comercial...”, LA LEY, 2020-F, 294; AR/DOC/3681/2020.

(30) ABATTI, Enrique L. - ROCCA (h.), Ival, “Emer-

gencia locativa. DNU 320/2020. Suspensión de desahucios, prórroga de plazos contractuales, congelamiento de alquileres”, LA LEY, 2020-B, 679; AR/DOC/985/2020; CASADÍO MARTÍNEZ, “Locaciones, pandemia...”, ELDial.com.; DOBUSZ, Jimena, “Aproximaciones a la problemática de los contratos de locación y la pandemia por COVID-19”, en *Efectos del COVID-19 sobre los contratos civiles y comerciales*, t. 1, Contratos civiles y de consumo, ELDial.com. Se ha propuesto incluir en el art. 955 los supuestos de la imposibilidad total, parcial de entregar una cosa por pérdida o deterioro parcial y de las obligaciones de dar para restituir (Anteproyecto elaborado por la Comisión designada por el dec. 182/2018, cit.).

(31) CCiv. y Com., Azul, sala II, 12/11/2020, “Acuña, Nancy Inés c. Volkswagen S.A. de Ahorro para Fines Determinados s/daños y perj. incump. contractual (exc. estado)”, AR/JUR/56583/2020.

(32) GALDÓS, Jorge M., “Suspensión y renegociación preventivas del contrato. Una solución posible ante la emergencia por la pandemia del COVID-19”, RCD

Veamos algunos casos:

Justicia nacional

-CNCom., Sala de Feria, 16/06/2020, "América TV c. Practiplus SA s/ ordinario" (33).

Las partes habían celebrado un contrato de locación de un inmueble en dólares. Con motivo de la fluctuación de dicha moneda el locatario argumentó que se había producido una excesiva onerosidad para hacer frente a las obligaciones.

En primera instancia se hizo lugar a la cautelar y se fijó provisionalmente el precio del canon locativo por nueve meses "a un tipo de cambio u\$s 1 igual \$ 54, lo cual fue mantenida por la Cámara de Apelaciones.

Para ello el tribunal tuvo en cuenta el contexto inflacionario actual, el alza de la moneda extranjera y las medidas dispuestas con motivo del COVID-19, lo que dijo produjo un escenario mucho más complejo que debe ser tenido en cuenta.

Con cita del art. 1091 del Cód. Civil y Com. y otras argumentaciones se rechazó la apelación y se confirmó la resolución dictada.

-CNCom., sala D, 15/10/2020, "Ortola Martínez, Gustavo M. c. Sarlenga, Marcela C. s/ ordinario" (34).

Un corredor inmobiliario demandó el cobro de su comisión pactada en dólares o subsidiariamente su equivalente en moneda de curso legal.

En primera instancia la acción fue rechazada porque se interpretó que el negocio no se había concretado.

Apelada la decisión la Alzada revoca y hace lugar al pago de la comisión conforme a la moneda extranjera convenida.

Como en la demanda el actor aceptó con carácter subsidiario que el pago de la condena fuese fijado en moneda nacional, se dispuso que debía convertirse "a la cotización de la indicada divisa efectuada por el Banco de la Nación Argentina (tipo vendedor) en la fecha del efectivo pago, incrementada: I) en un 30% en concepto de "Impuesto para una Argentina inclusiva y solidaria (PAIS)", de conformidad con el art. 35, inc. "a", de la ley 27.541".

-CNCom., sala A, 19/10/2020, "Fideicomiso de Recuperación Crediticia c. Yoma, Emir Fuad y otro s/ ejecutivo".

A fines del año 2018 se ordenó judicialmente la venta en subasta pública de un inmueble propiedad de uno de los codemandados.

La base de la subasta fue fijada en dólares y el boleto de compraventa a favor del adquirente de fines del 2019 se estableció en la misma moneda.

El adquirente abonó la seña en pesos equivalente al cambio oficial (30%).

Aprobada la subasta solicitó que fuera autorizada a depositar el saldo de precio en moneda de curso legal y el juez admitió el pedido al tipo de cambio vendedor del Banco de la Nación Argentina del día inmediato anterior al depósito.

La ejecutante, Fideicomiso de Recuperación Crediticia, apeló la decisión.

La sala analizó lo dispuesto en el Código Civil y Comercial respecto a las obligaciones de dar moneda que no es de curso legal, y expresó que "En suma, la moneda extranjera como principio, no es dinero en nuestro país, sino simple cantidad de cosas fungibles, sin embargo, a esa clase de deudas (en moneda extranjera), les resulta aplicable la disposición especial receptada en el Código Civil y Comercial, que admite para el deudor la posibilidad de desobligarse dando el equivalente en moneda de curso legal al tiempo del vencimiento de la obligación, siguiendo el criterio general que rige respecto de cosas fungibles, que permite que puedan ser sustituidas por otras equivalentes, a costa del deudor".

Por ello llega a la conclusión que el recurso no podía prosperar y por lo tanto la decisión de primera instancia debía ser confirmada.

En consecuencia se autorizó a que el adquirente depositara el saldo de precio "en pesos, pero convirtiéndose el monto adeudado en dólares estadounidenses a moneda local, conforme el tipo de cambio oficial al que puede acceder el particular para hacerse de moneda extranjera en el mercado que en el régimen legal actualmente vigente se conoce como "dólar solidario" (art. 35 Ley 27.541), sin la percepción adicional del 35% a cuenta del Impuesto a las Ganancias y Bienes Personales establecida por el BCRA reglamentada en la RG AFIP 4815/2020".

En un caso similar, remate en dólares, la sala C del mismo Tribunal resolvió lo contrario, dijo que "El precio de inmuebles como el subastado es fijado por las partes en moneda extranjera y cumplido en tal especie, por lo que no puede suponerse que asumiendo un riesgo cambiario susceptible de causar un perjuicio a la quiebra y un correlativo enriquecimiento al comprador el juez se haya apartado de lo dispuesto en referido el art. 964 inc. c) del Cód. Civil y Com., a fin de establecer una especie de renuncia al derecho de la quiebra a integrar la venta con el contenido de esos usos" (35).

-CNCom., sala B, 30/06/2020, "Álvarez, Romina J. s/ concurso preventivo" (36).

En un concurso preventivo con acuerdo homologado firme el deudor solicitó como medida cautelar suspender el vencimiento de los plazos concordatarios para el pago de las cuotas concordatarias y que se le otorgara la posibilidad de renegociar el acuerdo.

En primera instancia el pedido fue desestimado y el concursado apeló.

La Alzada menciona que, si bien la cosa juzgada no es posible que sea modificada por vía cautelar, no se podía soslayar la situación "de emergencia que atraviesa la humanidad, pero es también ante este panorama, que deben reafirmarse los principios que sustentan la seguridad jurídica y esa inmutabilidad es uno de los pilares básicos del ordenamiento jurídico".

Por ello, en este contexto, dijo que no era posible admitir la renegociación solicitada del acuerdo.

Sin perjuicio de ello admitió la cautelar en cuanto a "diferir los plazos de vencimiento de los pagos de las cuotas concordatarias hasta el levantamiento del estado de cuarentena dictado por el Poder Ejecutivo Nacional. La medida que se adopta, lejos de modificar la sentencia homologatoria, se convierte en un instrumento para su cum-

plimiento, pues intenta evitar un posible decreto de falencia, con sus consecuencias para los acreedores, la empresa concursada y el comercio en general. Entre todas las situaciones imperantes como consecuencia del estado de pandemia, nada obsta a que los Jueces, como directores del proceso concursal implementen medidas en pos de alcanzar ese remedio, máxime cuando la situación imperante excede toda imaginación y posibilidad de previsión".

-CNCiv., Sala J, 14/09/2020, "H. B. D. B. A. c. Z. SA s/medidas precautorias" (37).

A comienzos del año 2018 la actora alquiló un edificio por diez años con el objeto de destinarlo a la atención de pacientes, actividades médicas y comerciales.

El alquiler se pactó en dólares estadounidenses sin otra aclaración (38).

Como a partir del año 2019 comenzó a tomar un importante diferencia del valor de cambio oficial y las cotizaciones por "contado con liquidación" y "mercado electrónico de pagos", lo cual se incrementó con motivo de la pandemia, la locataria solicitó como medida cautelar que se fijara provisoriamente el alquiler en el promedio entre el valor del dólar al momento que se celebró el contrato (19,30 \$, enero de 2018) y el valor de referencia del Mercado Único y Libre de Cambios (MULC) que fija el BCRA.

En primera instancia se hizo lugar parcialmente al pedido y se estableció que la locataria debería abonar "el promedio que surja entre la cotización oficial del dólar estadounidense según el Banco Nación al momento de la suscripción del contrato (\$18,90.-, precio para la venta según la página web oficial del banco) y el valor del dólar estadounidense en el Mercado Electrónico de Pagos (MEP) al momento del pago de cada canon".

La Sala J de la CNCiv. confirmó la decisión.

Para ello el Tribunal tuvo en cuenta que en materia contractual el Código Civil y Comercial provee diversas herramientas preventivas para evitar el daño (arts. 955: imposibilidad definitiva de cumplimiento, 956 imposibilidad temporaria de cumplimiento, 1730: fuerza mayor y 1091: imprevisión).

Dijo que la actora había demostrado *prima facie* que "por circunstancias ajenas a su interés, extraordinarias e imprevisibles, se ha tornado excesivamente oneroso el cumplimiento del contrato de locación" por el incremento de la cotización del dólar y que en el caso deviene aplicable el instituto de la "frustración del fin del contrato".

Justicia provincial

-Juzg. 1ra. Inst. Civil y Comercial 13ra. Nom., Rosario, Pcia. de Santa Fe, "Belyin, Nadia A. s/ solicitud propia quiebra", Expte. 21-01526896-1.

Se trata de un pedido de la propia quiebra directa de una deudora, empleada pública, contando como único activo su sueldo.

Solicitó que la declaración de quiebra limite los embargos, débitos y/o descuentos que pesan sobre su salario, para lo cual requiere un mandato preventivo.

Pidió su protección como consumidora e invoca el principio de prevención del daño del Código Civil y Comercial.

La jueza, si bien no dio curso a la quiebra porque no era uno de los procesos que estaban autorizados para tramitar durante la pandemia, entendió que esta imposibilidad podía generarle perjuicios de difícil reparación ulterior.

Teniendo en cuenta tales antecedentes y en particular "el principio de prevención del daño que resulta del Código Civil y Comercial", decide "encauzar oficiosamente la pretensión deducida con el despacho de un mandato preventivo que permita, hasta tanto pueda darse trámite al pedido de quiebra, limitar el impacto patrimonial que sobre el salario de la peticionante tiene el pago de sus múltiples deudas", para lo cual cita el art. 1710 y cc.

Por lo tanto, dispuso que el Ministerio de Seguridad de la Provincia de Santa Fe limite provisoriamente los descuentos sobre el salario de la deudora a un 20% por todo concepto "distribuyendo el monto resultante de dicho descuento entre los acreedores beneficiarios de los respectivos códigos de descuento".

-Juzgado Civil y Comercial Nro. 2 de La Plata, 15/05/2020, B., M. E. c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ Medidas cautelares (Traba/Levantamiento), (39).

En enero de 2018 la actora, empleada pública, compró una vivienda mediante un mutuo hipotecario en la modalidad crédito UVA, por un plazo de 23 años.

Hizo referencia a la brecha que existe en la actualidad entre el valor del UVA y el dólar estadounidense, habiéndose duplicado el valor de la cuota desde el inicio del préstamo.

Manifestó que su sueldo no se incrementó en la misma proporción que la cuota y que no puede afrontar más su pago, porque se produjo una excesiva onerosidad sobreviniente.

También sostuvo que las medidas sanitarias no dan una solución a la problemática.

El juez tuvo en cuenta tales antecedentes, que el pago de la cuota comprometía el 70% de los ingresos de la adquirente, la legislación que protege al consumidor, circulares del BCRA y a los principios generales del derecho vinculado a la teoría de la imprevisión de los contratos, el abuso del derecho, y el enriquecimiento incausado (arts. 10, 332, 1092, 1094, 1095, 1117, 1118, 1119, 1120 y cc. Cód. Civil y Com.).

Por ello autorizó como cautelar que la entidad financiera se abstuviera de percibir la cuota mensual hasta el 35 % del sueldo de la actora.

Juzgado Civil y Comercial Nro. 5 de La Plata, 01/07/2020, "Rodríguez, Marcela E. c. Círculo de Inversores SA de Ahorro para Fines Determinados y otros s/ Medidas cautelares (Traba/Levantamiento)" (40).

En agosto de 2016 se suscribió un contrato con círculo de ahorro y la unidad fue adjudicada en enero de 2018, constituyéndose una prenda a favor de la administradora del plan.

La adquirente manifestó que el valor de la cuota comenzó a incrementarse constantemente desde marzo de 2018 debido al aumento del valor del rodado.

1664/2020; autor cit., "El deber legal de renegociar y la prevención del daño negocial", LA LEY del 10/8/2020, 1 AR/DOC/2567/2020; autor cit., "La tutela preventiva del Coronavirus en el Código Civil y Comercial de la Nación", LA LEY, 2020-B, 431.

(33) LA LEY, 23/06/2020, 18, AR/JUR/18799/2020.

(34) AR/JUR/47237/2020.

(35) CNCom, sala C, 13/10/2020, "Reprografías JMA SA s/ quiebra", AR/JUR/48936/2020.

(36) AR/JUR/21262/2020.

(37) RIBERA, Carlos E., "Locación en moneda extranjera y medida cautelar por la pandemia", LA LEY, 28/10/2020, 3, AR/DOC/3224/2020.

(38) RIVERA, Julio César, "Cumplimiento de obligaciones en moneda extranjera: la Babel de los

tiempos que corren", LA LEY, 16/11/2020, 2; AR/DOC/3691/2020.

(39) LA LEY, 13/07/2020, 15; SJA 05/08/2020, 87; JA 2020-III, AR/JUR/17483/2020.

(40) AR/JUR/23551/2020.

Por ello solicitó que se limite el monto de la cuota del plan de ahorro y que el costo fuera “congelado” a valores del mes de diciembre del 2019, supeditado al resultado del futuro proceso que iniciará por incumplimiento y reajuste de contrato.

El juez analizó la documentación acompañada, los diversos conceptos que componen la cuota, el sueldo percibido por la actora, los pagos efectuados desde el comienzo y la protección constitucional de los consumidores para evitar desviaciones y abusos en las relaciones jurídicas económicas que los vincula.

Asimismo, tuvo en cuenta la situación particular actual que transitamos por la pandemia COVID-19 e hizo lugar a la medida cautelar autorizando que el pago de cuota mensual del plan de ahorro se realice al valor correspondiente a la cuota del mes de diciembre de 2019, más el costo del seguro automotor.

-*Cámara Civil y Comercial de Lomas de Zamora, “Candia, César O. c. FCA SA s/incidente (exc. los tipificados expresamente)”*, expte. 88895061, 06/2020.

En marzo de 2017 el actor adquirió un vehículo a la demanda mediante un plan de ahorro en 84 cuotas. Dijo que el valor de las cuotas fue aumentando al extremo de tornar excesivamente oneroso su cumplimiento (400% de aumento) y que en la actualidad le resultaba imposible de pagar.

Agregó que con motivo del COVID-19 no pudo trabajar ni facturar, por ello solicitó como cautelar la suspensión del pago de las cuotas hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo planteada.

En primera instancia la medida cautelar fue desestimada, por lo cual interpuso recurso de apelación.

Luego de analizar con detalle las importantes consecuencias sociales y económicas que produjo la pandemia se dijo que adquiriría “singular importancia la función preventiva de la responsabilidad civil incorporada a nuestro derecho con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 1011, 1709, 1710, 1711, 1713 Cód. Civil y Com.); pues se exige a los involucrados en la contienda —partes y juzgador— adoptar de buena fe medidas razonables que tiendan a evitar o disminuir la producción de daños innecesarios, o bien para no agravarlos, en el caso de ya haberse aquellos producido”.

Agrega la Alzada que el mismo Código establece “que si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa “por una alteración extraordinaria” de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, “sobrevenida por causas ajenas a las partes” y al riesgo asumido por la que es afectada, esta tiene derecho a pedir ante un juez la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación; de lo que se deduce el caso que nos ocupa “prima facie” se ajustaría al supuesto previsto en la norma, tornando por ende verosímil el derecho alegado por el recurrente (cfr. doc. art. 1091 Cód. Civil y Com.).

Se mencionó especialmente que se trataba de una relación de consumo (arts. 42 y 43 CN, arts. 1093, 1094 y 1095 del Cód. Civil y Com.; ley 24.240).

Por ello y ante el peligro en la demora en no poder cumplir el pago de las cuotas resol-

vió revocar la resolución recurrida y admitir parcialmente la medida cautelar disponiendo “la suspensión provisoria de la obligación contractual inherente al pago de las cuotas correspondientes al plan de ahorro” y por el término de seis meses.

- *Cámara Civil y Comercial de Dolores, 07/07/2020, “Zuccato, María Catalina c. Lobos, Yanina M., y otro s/reivindicación”* (41).

En un proceso por reivindicación en junio de 2019 las partes arribaron a un acuerdo que fue homologado por el cual los demandados se comprometieron abonar 24 cuotas de 500 U\$S mensuales.

Con motivo de las restricciones cambiarías la demandada pidió la readecuación del acuerdo y el juez resolvió que “...ante la imposibilidad de adquirir los dólares por la política monetaria actual —comunicación A ‘6815’ del BCRA—, y en aras de no vulnerar el derecho de la parte actora, lo demandados deberán (cada uno) adquirir los dólares que permite la citada comunicación. Y el resto de la suma que se deba abonar conforme la cuota mensual que corresponda, se efectuará en la moneda de curso legal y por el monto equivalente a lo necesario para adquirir los dólares restantes. Todo ello hasta que persista la política monetaria restrictiva...”

La decisión fue apelada por no haberse ordenado pagar en dólares conforme el art. 765 del Cód. Civil y Com., además de otros agravios.

La Cámara mantuvo en parte el criterio de primera instancia en cuanto a que los dos demandados adquieran de modo legítimo 400 U\$S (200 U\$S cada uno de “dólar ahorro”), y en cuanto a la diferencia de 100 U\$S (total de la cuota 500 U\$S) decidió que fuera

abonada en moneda de curso legal “al valor equivalente al del dólar tipo vendedor que informe el Banco Central de la República el día anterior al del vencimiento de cada cuota con más el 30 %”.

V. Palabras finales

En el fallo comentado el Dr. Jorge M. Galdós interpreta la ley de manera integral las normas aplicables conforme el nuevo paradigma del Código Civil y Comercial.

Aplica de modo eficaz la tutela preventiva del daño mediante el mandato judicial de negociación, recurriendo a lo que se ha llamado el “diálogo de fuentes” (42), pues alude a la Constitución Nacional, a los principios generales del Derecho Privado y a las leyes, vinculándolos y no aplicándolos como si fueran compartimentos por separado.

También cumple con el nuevo patrón de protección del daño aplicando coordinada y razonadamente la normativa con el fin de evitar el perjuicio para las partes en conflicto.

El nuevo paradigma de prevención no es un simple enunciado en abstracto, en este caso el juez lo analizó en particular y decidió de oficio una medida tendiente a evitar futuros daños a los justiciables.

Estamos ante un pronunciamiento que marca un rumbo en la jurisprudencia en la aplicación del mandato preventivo judicial de negociación contractual y que por lo tanto entendimos merecía un comentario en especial.

Cita on line: AR/DOC/3887/2020

(41) AR/JUR/23730/2020 anotado por AZAR, Aldo M. - MANCINI, María del Pilar, AR/JUR/23730/2020. También comentado por PAOLANTONIO, Martín E., “Obligaciones en moneda extranjera: jurisprudencia

anotada y panorama actual”, AR/DOC/3093/2020.

(42) LORENZETTI, Ricardo, “Cinco años de vigencia del Código Civil y Comercial”, Rubinzal Online, cit. por RIVERA, Julio César, “Balance de la aplicación del Código Civil y

Comercial a cinco años de su entrada en vigencia”, LA LEY, 11/11/2020, 1, AR/DOC/3681/2020. Este último autor dice que “Nos parece que la idea del ‘diálogo de fuentes’ no agrega mucho y solo es una nueva etiqueta para desa-

rollos que la doctrina venía haciendo desde hacía mucho tiempo”

Jurisprudencia

Derecho real de habitación a favor de la cónyuge supérstite

Oposición de los hijos del causante. Aplicación del art. 3573 bis del Código Civil derogado. Cónyuge supérstite de 84 años. Vulnerabilidad. Acervo hereditario compuesto por dos inmuebles. Propiedad alquilada.

El derecho real de habitación a favor del cónyuge supérstite en los términos del art. 3583 bis del Código Civil derogado debe confirmarse, pues todas las partes fueron contestes en que el restante inmueble que integra el haber hereditario se encuentra alquilado y, si bien los herederos manifestaron que la peticionante cuenta con otras dos propiedades a su nombre, no surge que sean aptas para ser habitadas ni que se encuentren desocupadas o destinadas a vivienda. Nótese además que, a la fecha de la celebración del matrimonio con el causante, la peticionante tenía 48 años, por lo que cumplirá 84 durante el año en curso, extremo este que la torna de por sí vulnerable y destinataria de una especial tutela.

CNCiv., sala H, 03/02/2021. - D. L., J. E. y otro s/ Sucesión Ab-Intestato.

[Cita on line: AR/JUR/78/2021]

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 3 de 2021.

Considerando:

Fueron remitidos los autos a esta Sala, virtualmente y en soporte físico, para resolver el recurso de apelación interpuesto en los escritos incorporados el 21 de septiembre de 2020, concedido el 25 de septiembre de 2020, contra lo dispuesto el 7 de septiembre de 2020. El memorial obra en el escrito agregado el 5 de octubre de 2020 y fue contestado en la presentación incorporada el 2 de noviembre de 2011.

I. Cuestionan los herederos G. R. D. L., P. E. D. L. y D. D. L., la decisión que declaró a favor de la cónyuge supérstite el derecho real de habitación con relación al inmueble sito en calle ..., Matrícula ... de esta Ciudad.

II. El presente proceso sucesorio del Sr. J. E. D. L., fallecido el 21 de junio de 2007, fue iniciado por su cónyuge supérstite, Sra. A. D. G., el 12 de junio de 2008. En esa oportunidad, la nombrada denunció su domicilio real en calle ... de esta Ciudad, domicilio este concordante con el consignado en la partida de defunción del causante (...) agregada a fs. 1.

A fs. 20, con fecha 21 de diciembre de 2009, tomaron intervención en el expediente la Sra. G. R. D. L., y los Sres. P. E. D. L. y

D. E. D. L., en su carácter de hija y nietos del Sr. J. E. D. L. El 13 de julio de 2016 (fs. 83) se dictó declaratoria de herederos y se declaró en cuanto ha lugar por derecho “Que por fallecimiento de J. E. D. L. lo suceden en el carácter de únicos y universales herederos su hija G. R. D. L.; sus nietos D. E. y P. E. D. L. y Campos, estos últimos en representación de su padre premuerto E. C. D. L.; y su cónyuge supérstite A. D. G., esta última en cuanto a los bienes propios si los hubiere, sin perjuicio de los derechos que la ley le otorga sobre los gananciales”.

Encontrándose en trámite la presente causa, esta Sala dictó sentencia el 2 de mayo de 2018, en el expediente N° 95.895/2008, caratulado “D. L., G. R. y otros c. G., A. D. y otros y otro s/ simulación”, que se tiene a la vista en soporte digital y físico, confirmando —en lo que aquí interesa— la decisión del juez de grado que admitió la demanda y declaró que el citado inmueble de calle ... de esta Ciudad y el ubicado en el Country La Martona del Partido de Cañuelas Provincia de Buenos Aires (Matrícula ...), pertenecían a la “sociedad conyugal” integrada por la Sra. A. D. G. y el Sr. J. E. D. L.

En el reseñado escenario, con fecha 5 de abril de 2019 (fs. 148/152), la Sra. G., a través de su letrado apoderado, invocó el derecho real de habitación vitalicio y gratuito respecto del mencionado inmueble de calle ... de esta Ciudad, con sustento en lo

dispuesto en el art. 3573 bis del derogado Cód. Civil, en razón de la fecha de fallecimiento del causante.

Afirmó que el departamento fue adquirido por los cónyuges el 18 de noviembre de 2003, que el 21 de junio de 2007 falleció el Sr. D. L., que tenía 81 años de edad y que seguía viviendo en ese inmueble. Acompañó documental.

Corrido el respectivo traslado, contestaron los restantes herederos —G. R., P. E. y D. D. L.—, el 4 de junio de 2019 (fs. 154/181).

Se opusieron al pedido efectuado por la cónyuge supérstite por no tratarse del único bien del haber hereditario y por no carecer de medios la peticionante. Manifestaron que el inmueble excede ampliamente la finalidad de la norma, y que su realidad económica dista mucho de la que ha vivido la peticionante durante y después de la muerte del causante, remitiendo a las constancias del referido proceso sobre simulación. Solicitaron que se desestime “*in limine*” el pedido y que se declare la cuestión como de puro derecho. Subsidiariamente ofrecieron pruebas. Acompañaron documental —que fue desconocida por la reclamante— y desconocieron la aportada por la contraria.

Así las cosas, con fecha 13 de noviembre de 2019, el letrado apoderado de la Sra. G. presentó un nuevo escrito en el que soli-

citó que se resuelva respecto del derecho real de habitación a favor de la nombrada. Asimismo agregó documental y refutó las manifestaciones vertidas por los herederos al contestar el traslado de la incidencia. En este punto, asiste razón a los recurrentes, en cuanto a que la citada presentación no debió ser ponderada para decidir, teniendo en cuenta que no fue objeto de traslado. Es así que, por no haber sido sustanciada, a lo que cabe agregar que no existe en nuestro sistema procesal la réplica ni la dúplica, su ponderación resulta improcedente, so color de vulnerar el principio de bilateralidad.

Por análogos fundamentos y en virtud de la forma —en relación— de concesión del recurso de apelación, se prescindirá de valorar la documental inserta por la Sra. G. en la contestación del memorial.

III. Los restantes agravios se centran sustancialmente en la afirmación de que el magistrado ha prescindido injustificadamente de prueba producida y ha efectuado una decisión parcial y arbitraria; que ambos inmuebles del acervo hereditario son habitables, y que la peticionante cuenta con otras dos propiedades a su nombre y depósitos en dólares.

Se advierte, que las demás manifestaciones formuladas por los apelantes no constituyen agravios en los términos del art. 265 del Código Procesal, pues no se han reprochado con adecuada eficiencia las razones fundantes de la decisión de juez de grado, habiendo omitido los interesados exponer eficazmente su crítica respecto de los términos de la resolución recurrida, limitándose sustancialmente a reiterar argumentos vertidos al contestar el traslado del escrito en el que se invocó el derecho real de habitación y a exponer su disconformidad con el criterio sustentado por el magistrado.

Por otra parte, corresponde señalar, que el tribunal de apelación no se encuentra obligado a seguir a los litigantes en todas sus argumentaciones, ni a refutar estas una por una, en tanto posee amplia libertad para ordenar el estudio de los hechos, de las pruebas y de las distintas cuestiones planteadas asignándoles el valor que corresponda a las que realmente lo tengan y sean decisivas para fundar la sentencia, pudiendo prescindir en consecuencia de aquellas que no sirvan a la justa solución de la litis.

Partiendo de esta pauta directiva, se resolverá la cuestión, no sin antes destacar que, tanto en la instancia de grado como desde este Tribunal, se procuró que las partes lograsen una solución consensuada, lo que no fue posible conforme surge de las actas de fecha 13 de noviembre de 2019, 9 de diciembre de 2019 y 25 de noviembre de 2020.

IV. La decisión cuestionada fue adoptada en el marco de lo normado en el art. 3573 bis del derogado Cód. Civil, por ser la norma vigente al momento del fallecimiento del causante, criterio este que comparten los suscriptos y que no fue objeto de agravio. Es que, se trata de un proceso sucesorio “que se rige por el Cód. Civil, en orden

a la fecha de la muerte del causante, pues la situación jurídica ha quedado constituida conforme a la ley anterior, y también por tanto, las consecuencias que emanan de ella, por lo que al haber nacido al amparo de tal legislación, es en definitiva la que se aplica” (v. CNCiv., Sala J, 13/10/2016, autos “C., I. L. R. s/ sucesión testamentaria”).

Viene al caso poner de relieve, que la vivienda “tiene para el individuo un gran valor, no solo patrimonial, sino también esencialmente extrapatrimonial: en el plano material, le da amparo a su integridad física...; jurídicamente, es el espacio que garantiza la efectividad de los derechos de la personalidad; en el plano moral, es el centro de la esfera de su intimidad, “el santuario de su vida privada...” (Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Protección jurídica de la vivienda familiar”, Editorial Hammurabi, Año 1995, p. 29).

Desde esta óptica, la protección del derecho a la vivienda, en general, y de la vivienda familiar, en particular, tiene jerarquía constitucional. “Así, el art. 14 bis de la Constitución Nacional garantiza la protección integral de la familia y el acceso a una vivienda digna. A su vez, los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN) consagran, en varias oportunidades, el derecho humano a la vivienda. En este sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” (v. Kiper, Claudio Marcelo; “Tratado de Derechos Reales”, Rubinzal-Culzoni Editores, Año 2016, Tomo II, p. 126).

Asimismo, la Convención Interamericana sobre la Protección de Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada en la República Argentina mediante ley 27.360 establece en el art. 24 que “La persona mayor tiene derecho a una vivienda digna y adecuada, y a vivir en entornos seguros, saludables, accesibles y adaptables a sus preferencias y necesidades”.

Es así que, entre otras previsiones, el establecimiento de un derecho real de habitación, resulta ser consecuencia de la citada protección.

Conforme lo previsto en el referido art. 3573 bis del Cód. Civil, “Si a la muerte del causante este dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario y que hubiera constituido el hogar conyugal, cuya estimación no sobrepasare el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia, y concurrieren otras personas con vocación hereditaria o como legatarios, el cónyuge supérstite tendrá derecho de habitación en forma vitalicia y gratuita. Este derecho se perderá si el cónyuge supérstite contrajera nuevas nupcias”.

En el citado contexto, es dable presumir, como sucede en la especie, la tensión que, en algunos supuestos, puede generarse entre los derechos de los herederos y los del cónyuge supérstite.

Ahora bien, la peculiar naturaleza de este derecho real “obliga a que la interpretación del mismo se haga con amplitud, para que no se desvirtúen los fundamentos asistenciales que le dieron origen, y por ende se torne ilusoria su aplicación. Ello es así, no obstante el carácter excepcional, pues de lo contrario no sería compatible con el criterio tuitivo que inspiró la sanción de la norma” (v. Areán, Beatriz A., en “Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Bueres, Alberto J., Dirección, Editorial Hammurabi, Año 2017, T. 5, p. 336).

En definitiva, la procedencia debe examinarse en orden a las circunstancias y particularidades de cada caso concreto.

En la especie, el *a quo* ha resuelto la cuestión en virtud de las constancias de la causa y del expediente conexo.

No se ha controvertido en esta incidencia que el inmueble de la calle ... fue adquirido el 18/11/2003, y que reviste carácter ganancial conforme surge de la sentencia de primera instancia dictada en el referido expediente sobre simulación, confirmada por esta Sala en el punto.

Tampoco, se desconoció que el causante y la Sra. G. habitaban en dicho inmueble al momento del fallecimiento del Sr. D. L. (junio de 2007), que ese bien constituyó el hogar conyugal, y que la nombrada continúa viviendo allí.

Respecto de la edad de la cónyuge supérstite, los propios recurrentes afirman en el memorial —presentado como se dijera el 13 de octubre de 2020—, que tiene 83 años. Nótese que a la fecha de la celebración del matrimonio con el Sr. D. L. —el 20 de diciembre de 1985— tenía 48 años (conforme partida agregada a fs. 2), por lo que cumplirá 84 durante el año en curso, extremo este que la torna de por sí vulnerable y destinataria de una especial tutela.

Cabe agregar que todas las partes fueron contestes en que el restante inmueble que integra el haber hereditario, ubicado en el Country La Martona, Provincia de Buenos Aires, se encuentra alquilado.

Y si bien los herederos manifestaron que la peticionante cuenta con otras dos propiedades a su nombre, no surge de autos que sean aptas para ser habitadas, ni que

se encuentren desocupadas o destinadas a vivienda.

Asimismo, debe destacarse que, en el expediente sobre simulación, el perito contador indicó que la Sra. G. es jubilada, que no se inscribió en la AFIP, que no tuvo aportes de ningún empleador y que “no existen constancias que prueben” que hubiese obtenido ingresos propios, ya sea por actividades independientes como así tampoco por trabajos ejecutados bajo relación de dependencia, por lo menos de modo registrado (fs. 1598).

En el descripto contexto y valoradas en conjunto las constancias y circunstancias de las causas, comparten los suscriptos —en este particular supuesto— el criterio sustentado por el juez de grado. En efecto, la posición asumida por la Sra. G. no se vislumbra como abusiva en el escenario reseñado y, por otra parte, una solución contraria atentaría contra el debido resguardo los derechos que le asisten como persona de avanzada edad, que imperativamente deben resguardarse.

Es que, la visión constitucional del derecho a la vivienda “impone priorizar este derecho sobre el meramente patrimonial de los herederos”. En este sentido, se afirmó sobre el derecho real de habitación del cónyuge supérstite, que “la ley no se propone regular la transmisión de los derechos, ni está inspirada en razones pecuniarias; solo persigue la protección de la vivienda del cónyuge supérstite...”; y no constituye obstáculo para la realización de la partición “tanto sobre el resto de la masa de bienes, como respecto al inmueble mismo afectado por el derecho de habitación” (v. Kemelmajer de Carlucci, Aída. “Protección jurídica de la vivienda familiar”, cit., ps. 322/323 y 330).

Por las razones dadas, la apelación no tendrá favorable acogimiento.

V. Las costas de esta instancia se impondrán en el orden causado, en atención a las particularidades del caso y la naturaleza de la cuestión.

En virtud de las consideraciones precedentes, el Tribunal resuelve: Confirmar la decisión apelada en lo que fuera materia de agravios, e imponer en el orden causado las costas de esta instancia. Regístrese, y notifíquese por Secretaría. Cumplido, comuníquese al CIJ (Ac. 15/2013 y 24/2013 CSJN) y devuélvase virtualmente y en soporte físico, junto con el expediente sobre simulación. — Liliana E. Abreut de Begher. — Claudio M. Kiper. — José B. Fajre.

Edictos

El Juz. Fed. Civ. y Com. N° 1 de la Cap. F ed. Hace saber que SOLANO PALACIO JUAN SEBASTIAN de nacionalidad Colombiana, DNI

N° 94.091.494 ha solicitado la concesión de la ciudadanía Argentina

Ana Laura Bruno, sec.
LA LEY: I. 11/02/21 V. 11/02/21

Buenos Aires, 16 de diciembre de 2020

