



Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Dolores.

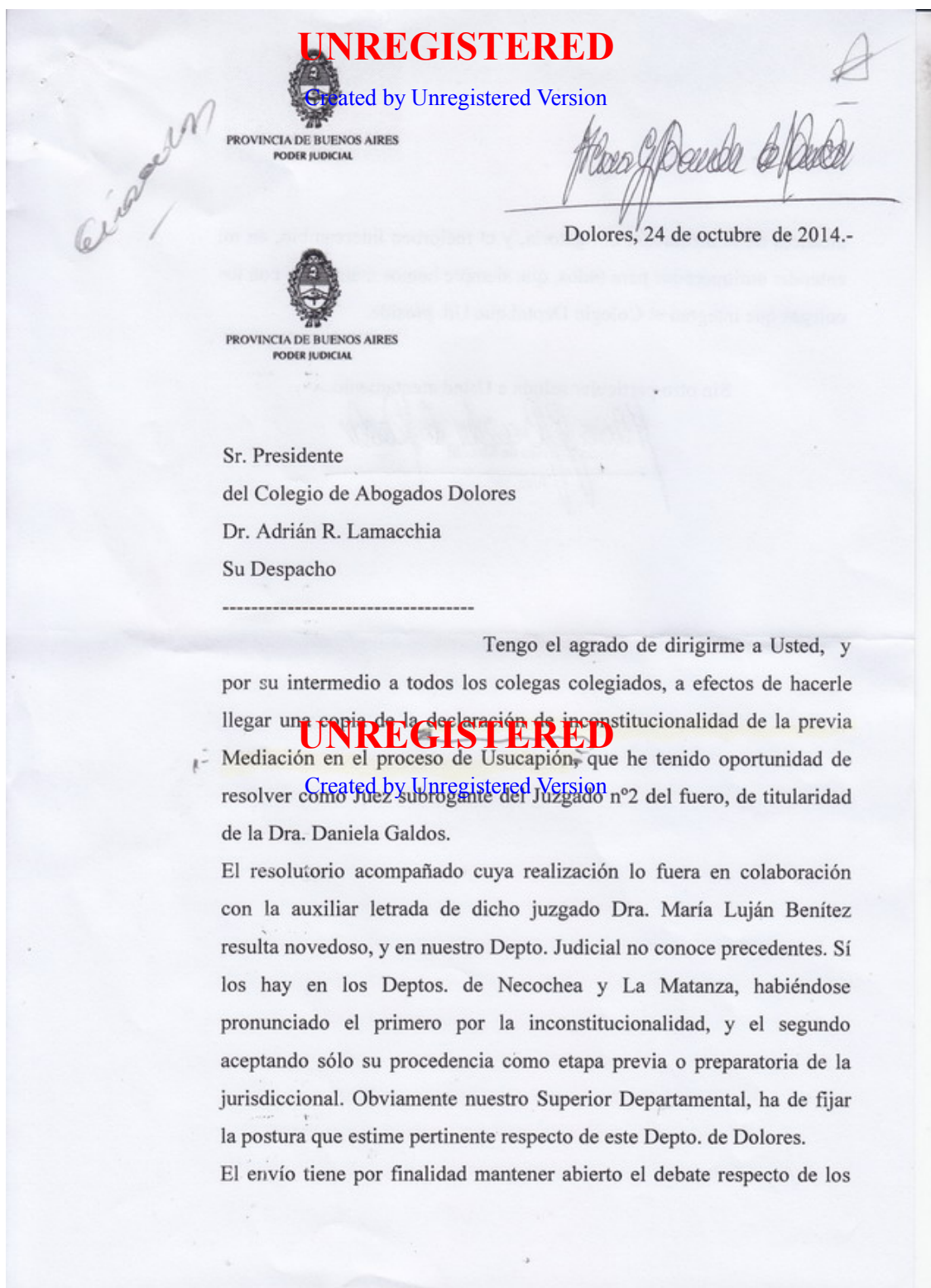
Belgrano N° 160 - 7100 Dolores (B.S. A.) - Tel/Fax: (02235) 441592 / 441990 / 446343

Pagina web: www.colabdol.com.ar E mail: colabdol@speedy.com.ar

Created by Unregistered Version
CIRCULAR N° 2273/14

Dolores, 28 de octubre de 2014.-

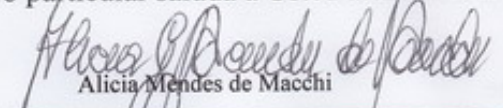
REF: “ Mediación en el Proceso de Usucapión ”
Declaración de inconstitucionalidad de la previa.-



UNREGISTERED

alcances de la mediación obligatoria, y el recíproco intercambio, en mi entender enriquecedor para todos, que siempre hemos mantenido con los colegas que integran el Colegio Deptal. que Ud. preside.

Sin otro particular saluda a Usted atentamente — .


Alicia Mendes de Macchi
Juez

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version



UNREGISTERED

Created by Unregistered Version



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

GARAY MIRTA ANDREA C/ COLOMBO PEDRO ALBERTO y otros
S/MEDIDAS CAUTELARES (TRABA/LEVANTAMIENTO) 55060

NºO.....Fº.....

-Dolores, 24 de octubre de 2014.-

Y VISTOS: estos autos, para resolver la inconstitucionalidad planteada a fs. 74/76, conforme lo ordenado precedentemente;

Y CONSIDERANDO: 1) Que mediante resolutorio de fs. 47/48, se expidió sobre la diligencia preliminar solicitada, se rechazó la medida cautelar de anotación de litis, y se ordenó la entrega de la documentación acompañada para cumplir con el trámite de la mediación obligatoria (ley 13.591) en lo que se refiere a la Posesión Veinteañal entablada.

Dicho resolutorio fue confirmado por la Alzada Departamental a fs. 57/59

A fs. 74/76 se presenta nuevamente el Dr.

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

Guillermo Brown en carácter de apoderado de la parte actora, se notifica del por devueltos del Superior Departamental , y plantea la inconstitucionalidad de Mediación Obligatoria en el caso de autos.

Sostiene que los arts. 2 y 4 de la ley 13.951 resultan inconstitucionales para el caso de autos (Usucapión), por colisionar con normas de fondo (arts. 844, 953, 1044, 1047, 1050 al 1054, y 2502 1º párrafo del C.C.) y violatorios de los arts. 14, 17, 18, 28, 31, 75 inc. 12 de la C.N. Que las provincias no pueden legislar en su derecho local sobre las normas de fondo, por ser ajenas a la competencia de la Legislatura Provincial, y que sin embargo, los mentados artículos de la Ley de Mediación, obligan a la mediación previa aún en el caso de usucapión. Y que no estando excluída la materia en el art. 4 de la citada ley , se concluye que es obligatoria para el juicio de prescripción adquisitiva de inmuebles. Entiende que no se podría homologar un convenio por el que se transfiriera al usucapiente la propiedad, aún cuando la voluntad individual haga alusión a la celebración de una transacción, ya que sería un contrato prohibido por ser indisponible su objeto. Y también alega que la sentencia homologatoria sería nula en los términos de los arts. 953, 1044, 1047, 1050 a 1054 del C.C , así como violatoria del art. 17 de la C.N. Solicita se declare la inconstitucionalidad de la ley 13.951 para el caso de autos -Usucapión-.-

Corrida Vista por auto de fs. 77, es contestada a fs. 78/79 por el Agente Fiscal Diego Bensi, quien dictamina favorablemente a la declaración de inconstitucionalidad de la norma atacada.

Liminarmente deber señalarse que la

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

declaración de inconstitucionalidad, a la que recientemente se ha agregado el llamado control de convencionalidad, constituye un remedio extremo por su gravedad, a la que el Juzgador sólo debe recurrir cuando ha agotado las vías tendientes a la armonización de las normas de diversa jerarquía que se hallan en pugna.

Es pacífica la jurisprudencia de la C.S.J.N, que en tal sentido ha señalado la la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, y por ello, debe ser considerada como "última ratio" de orden jurídico, y sólo procede cuando la repugnancia con las cláusulas constitucionales resulta manifiesta, y la incompatibilidad inconcebible. (Fallos 322-842; 323-2409 y 324-683 entre muchos otros) y en igual sentido se ha expedido la doctrina autoral, precisando que sólo debe utilizarse tal declaración en casos extremos (Spota, Alberto. El principio de Supremacía de la Constitución y los medios establecidos para garantizarlo en la Argentina en el ámbito del Poder Judicial Federal, en La Ley, 1993-c-782). También Linares Quintana se ha referido al tema, puntualizando su carácter excepcional, sólo aplicable cuando tras la prolija interpretación de las normas, se advierta que la disposición cuestionada no es lealmente susceptible de ser concordada con la Carta Magna. (Reglas para la interpretación constitucional, págs. 140/141 y sus citas de pie de página).

En igual sentido, esto es, por la excepcionalidad de la declaración de inconstitucionalidad se ha pronunciado el Superior Bonaerense in re "Sindicato de Trabajadores Municipales de Necochea c/ Municipalidad de Necochea s/ declaración de inconstitucionalidad"

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

Ac. n° 80.897 reiterando conceptos vertidos en otros precedentes a este respecto.

Tiene asimismo resuelto la S.C.B.A. que el pronunciamiento que declara la inconstitucionalidad se limita al caso concreto sometido a decisión, sin que sus efectos puedan expandirse "erga Omnes" (SCBA 23/12/03 en La Ley 2004-C-1084).

Ello no obstante, el Juez como último garante de la Constitución (tal como lo conceptuara el Dr. Augusto Morello en diversas obras), no puede soslayar su tratamiento y decisión cuando le ha sido planteado, por quien tiene un concreto interés en la declaración, y aún oficiosamente cuando el magistrado advierte un quebrantamiento de los derechos individuales constitucionalmente consagrados.

Conforme nuestra organización constitucional, los tribunales de justicia cuentan con la atribución y el deber de realizar el control de constitucionalidad de las leyes. A petición de parte, y en aquellos casos concretos traídos a su decisión, corresponde comparar el texto de la constitución con el de la ley cuestionada, para averiguar si guarda o no conformidad con ella, y en caso de que así no sea, abstenerse de aplicarla.

En esta obligación se hallan comprendidos tanto los jueces nacionales, como los provinciales.

"la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Ley Fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable" (C.S.J.N, 17/III/98, Fallo 321:562) .

2) Que, así reseñados los principios generales que gobiernan el instituto, cabe señalar que en el supuesto concreto sometido a decisión, se solicita la declaración de inconstitucionalidad de las normas de la ley 13.951 y su decreto reglamentario, en tanto determinan que el proceso de adquisición del dominio por prescripción vicinal (usucapión), debe transitar previamente y con carácter de obligatorio, el procedimiento de mediación, como modo alternativo de resolución de conflictos.(Código 124 del Anexo A que contiene el listado de materias incluídas en el régimen de mediación), por entender que resulta violatorio de los principios establecidos en los arts. 14, 17, 18, 31, 75 inc. 11, 121 y 126 de la Constitución Nacional.

Desde antaño la Corte Suprema de Justicia de la Nación, viene sosteniendo en concepto amplio de lo que debe entenderse por propiedad la que se dice resulta comprensiva de todos los intereses apreciables, que un hombre pueda poseer fuera de si mismo, de su vida, y de su libertad. (Fallos 145-307)

Como es sabido, nuestra Constitución contempla el derecho de propiedad en los arts. 14 y 17, sentando esta última norma la garantía de su inviolabilidad, al establecer que nadie puede ser privado de su propiedad, sino en virtud de sentencia fundada en ley.

En el particular supuesto sometido a consideración, se trata del derecho real de dominio que una persona ejerce sobre un bien inmueble, derecho este, cuyos modos de adquisición y extinción, se encuentran legalmente previstos "número clausus", esto es en forma

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

taxativa, por el Código Civil. Tales normas resultan imperativas y por tanto ajenas al principio de autonomía de la voluntad de las partes, estos, son indisponibles.

Tal indisponibilidad se finca en la afectación del orden público que implicaría la constitución o extinción de derechos reales por convenio de partes, y ello responde al interés social que el dominio o la propiedad de un inmueble entraña para la sociedad.

Como es sabido, el derecho real de dominio que constituye según vimos, sólo uno de los aspectos del concepto más amplio de propiedad, es desde el derecho romano el mayor poder de señoría, que una persona puede detentar respecto de una cosa.

De tal manera son numerosas las normas de nuestro derecho positivo que regulan su adquisición, ejercicio y extinción. Normas que esencialmente en lo referido al ejercicio del derecho real de dominio, han evolucionado con el correr del tiempo, desde un ejercicio regulado desde una óptica netamente individualista y sumamente abarcativa, hasta el moderno concepto de un ejercicio regular del derecho (art. 1071 del C.C.), con un enfoque ahora realizado desde lo social, en tanto contempla la función social de la propiedad.

Sin embargo, no puede desconocerse que antes como ahora, la regualción de dicho derecho es imperativa e indisponible para las partes, con un núcleo que compone una de las facetas (la económica) del llamado "orden público" que como tal, se halla excluido de la autonomía de la voluntad. Es cierto que las fronteras del llamado orden público en esta etapa de post modernidad que transitamos, han sufrido un corrimiento (sobre todo ello ha ocurrido en el derecho de familia); pero

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

también, lo es que la regulación del derecho real de dominio imperaban, y aún siguen haciéndolo, normas que en pos del interés de la comunidad toda, recortan el marco de los acuerdos individuales a su respecto.

El aspecto de "orden público " de los derechos reales, se manifiesta por un lado al número cerrado de los creados por ley, y por el otro, el hecho de que los privados - cuando constituyan derechos reales-, no deben apartarse de las normas que los regulan (art. 75 inc. 12 C.N, C.C. , 2502, 2503, 2505, 2506, 2523, 2524 inc. 7º sigs. y concs. del C.C., ley 25.509, Ley 13.512)

La imperatividad de sus normas, es una de las características esenciales de los derechos reales al que el dominio no es ajeno, y que, precisamente encuentra su fundamento en el interés de la sociedad toda, no solamente de sus titulares, de adecuar sus conductas a las pautas de adquisición, ejercicio y extinción que la propia ley brinda con carácter imperativo.

Los derechos subjetivos patrimoniales se hallan enumerados en los arts. 2502 a 2505 del C.C., y reconocen en la ley, su única fuente creadora . A diferencia con los derechos personales, nacidos de la autonomía de la voluntad , orientados a reglar las convenciones privadas, (arts.1137, 1197 y concs. del C.C.), impotentes para conmover las cláusulas imperativas o indisponibles de los primeros, en los términos de los arts. 21, 2502, 2505, 2510, 2611 a 2660, 2693 y concs. del C.C.

Con particular referencia al derecho de propiedad, la manda Constitucional determina que no se puede ser privado de ella, sino en virtud de una sentencia fundada en ley, norma ésta que en mi modesto entender, no se abastece mediante un eventual acuerdo conciliatorio

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

celebrado por las partes.

3º) Que, precisamente, uno de los modos de adquisición del derecho real de dominio es la usucapión o prescripción adquisitiva vicinal (art. 2524 inc. 7º del C.C.) que la ley prevé como materia sujeta a mediación obligatoria.

Como es sabido, en el proceso de usucapión se halla comprometido además del interés de las partes, el interés público, a punto tal, que la propia ley y los pronunciamientos relativos a la usucapión, se han preocupado en poner de resalto los requisitos que se han de cumplimentar.

Sabido es que las normas que regulan la adquisición de dominio de un inmueble por usucapión, resultan de orden público, y que en el juicio de prescripción adquisitiva, se halla en juego tanto el interés particular de las partes, como el interés público. Por ello, si bien el art. 4 de la ley de Mediación 13.951 no menciona como excepción la materia en análisis, lo cierto es que nadie puede dispensar el orden público. Y que el legitimado para la defensa del interés público que se protege en el caso, es el Estado, encarnado en la persona del juez llamado a resolver. (art.18 C.N, art. 33 inc. 1º del C.C.).

En efecto, la ley 14.159 del año 1952 luego modificada por el decreto ley 5756/58 establece la observancia de reglas imperativas tales, las que determinan que "el proceso será de carácter contencioso" y deberá entenderse con quien resulte titular registral de dominio, de acuerdo con las constancias del Registro de la Propiedad. (art. 679 del CPCC).

Asimismo, en el proceso contradictorio, además del informe

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

de dominio del inmueble, resulta requisito ineludible acompañar el plano de mensura del mismo, elementos que hacen a la seguridad jurídica que debe otorgar el pronunciamiento judicial, requisitos éstos, que no han sido previstos para el procedimiento de mediación.

De llegarse a un convenio entre las partes, este acuerdo se arribaría en una instancia prejudicial. Es decir, que de admitirse la aplicación de la ley de Mediación para el supuesto en análisis, se aceptaría una menor exigencia de recaudos que los que se requieren en el ámbito judicial, y se estaría reconociendo a dicha instancia previa, un alcance que viola la normativa legal de fondo imperante en la materia, lo que a todas luces resulta inadmisibile.

Ello así, en razón de que los requisitos legales imperativos, por ser de orden público, deben ser extremadamente analizados, evaluados por un Juzgador en el ámbito judicial y no en una etapa previa.

O sea, que si en una etapa judicial se deben aportar un conjunto de pruebas para la demostración de los hechos afirmados, y generar convicción judicial acerca de la posesión invocada, resulta inadmisibile que estos requisitos puedan ser soslayados en una etapa o instancia extrajudicial . (Causse, Federico , La Transacción, la Mediación y la Transmisión de Derechos Reales, Revista de derecho Procesal; 2010-2 Sistemas Alternativos de Solución de Conflictos. Ed. Rubinzal Culzoni, 2010, pág.210)

En suma, el proceso contencioso previsto por las normas citadas, y que no han sido derogadas, tiende a rodear al proceso de usucapión de carácter contencioso de mayor seguridad jurídica que no le otorga el mero acuerdo de partes (carente de respaldo probatorio), ni aún

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

cuando éste fuera homologado judicialmente en el estrecho margen de conocimiento que establecen los arts. 29 a 32 de la ley 13.951. Estas normas prevén que la homologación, en caso de que las partes arriben a un acuerdo, debe serlo mediante "resolución fundada", la que ciertamente no se condice con la "sentencia fundada en ley" a que refiere el ya citado art. 17 de la Constitución Nacional, en defensa y garantía del derecho de propiedad.

UNREGISTERED

Además, el acuerdo celebrado entre las partes sin recaudos probatorios, posibilita y aun facilita un reconocimiento posesorio, y la consecuente adquisición y pérdida del derecho real de dominio, que puede afectar a terceros que vean disminuir el patrimonio de su deudor (vbgr. por un acuerdo entre éste y un tercero a quien se le reconoce el carácter de poseedor durante 20 años) con notoria afectación del derecho de propiedad del acreedor. Ello así, toda vez que el crédito, bien inmaterial susceptible de apreciación económica, integra la propiedad de una persona (art. 17 de la C.N), en el sentido amplio del término al que aludimos precedentemente.

En suma, la mediación previa obligatoria en el caso de la usucapión, no se adecúa a la manda constitucional. Tampoco resulta una herramienta de utilidad que algunos autores estiman un paso previo y preparatorio del proceso contradictorio posterior en la instancia jurisdiccional, como se predica. (Sosa, Toribio: Especulaciones sobre la ley de mediación en la Pcia. de Bs.As. " en Revista del Derecho Procesal 2010-2-págs. 261/287) ; pues lejos de propender al acceso a una justicia pronta y eficaz, evitando todo dispendio de tiempo y dinero, sólo contribuye a retrasar los tiempos y acrecentar los costos para el

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

reconocimiento de los derechos.

La discusión respecto de la inconstitucionalidad de la mediación previa en el caso de la adquisición de dominio por usucapión, ha ocupado y seguirá haciéndolo, tanto a la doctrina como a la jurisprudencia, existiendo en este aspecto, pronunciamientos en sentido diverso, como los del fallo del Dr. Suárez -Juez del Dpto. Judicial de La Matanza- quien rechazara la inconstitucionalidad (Mularsky c/ Ferrero y otro s/ prescripción adquisitiva vicinal, usucapión, Jdo. Civ. y Com. n° 2 12-03-14); y otros que se pronunciaron acogiendo el planteo de inconstitucionalidad como la Sala III de la Cámara Civil de Necochea (Fuentes Contreras c/ Propietarios de calle 67 n° 749 s/ prescripción adquisitiva vicinal, usucapión, abril de 2014).

Adherimos entonces a la línea de éste último pronunciamiento. Sólo tangencialmente he aludido al control de convencionalidad que el Juzgador debe asimismo realizar, y en este caso hemos advertido que la norma cuestionada no supera el confronto con las disposiciones del art. 23 de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, y arts. 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.(art. 75 inc. 22 de la C.N)

Por ello, citas legales, y lo dictaminado por el Ministerio Público Fiscal, RESUELVO: 1) Declarar la inconstitucionalidad de las normas de la ley 13.951 y su decreto reglamentario 2530/2010 que disponen la previa mediación obligatoria en los procesos de adquisición de dominio por prescripción vicinal o usucapión, por resultar contrarios al derecho y garantía de la propiedad consagrados por el art. 17 de la Constitución Nacional. 2) Exceptuar a los presentes autos del proceso de Mediación

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

Prejudicial Obligatoria. 3) Sin costas, atento la falta de contradicción. 4)

Regístrese. Notifíquese.

Alicia Méndes de Macchi

Juez

Proveo por licencia de su titular

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

Dr. Alberto O. Belén.-
Secretario General.-

Dr. Adrián Rubén Lamacchia.-
Presidente.-