

De la prescripción en la Ley de Ordenamiento Territorial

Arturo Yglesias

INTRODUCCIÓN

En honor de todos ustedes, trataré de ser breve y creo que lo puedo ser, pues me voy a referir a un solo artículo de la Ley, un artículo largo que ha dado lugar a conflictos sobre su entendimiento, sobre su alcance, sobre su aplicación, sobre su período de vigencia y sobre la bondad de la solución que nos trae. Es entonces uno de los artículos polémicos, de la Ley.

En principio reconozco que yo mismo, por estar al inicio alejado de estos temas, me planteaba algunas preguntas: ¿qué hacía un artículo referente a la prescripción y otro referente al Derecho de superficie dentro de una Ley de Ordenamiento Territorial? Me parecía que era un tema que debería haberse tratado por separado, que correspondía a una modificación del Código Civil. Luego, en una recorrida por los antecedentes encontré que la presencia de estos temas no es una originalidad de nuestra ley de ordenamiento, que figura en los antecedentes y que tiene las mismas características que otros temas del ordenamiento territorial y también del Derecho Urbanístico. Esto es: el tratamiento de los mismos temas que podemos tratar en Derecho Público o en Derecho Privado, pero con un enfoque, con una visión diferente. Una visión donde aparecen combinadas con las situaciones clásicas, otras que tienen que ver con la propia idea de “ordenamiento territorial”, con la cuestión de los espacios públicos, con la vida de la ciudad, con el derecho “de” y “a” la ciudad, con la cuestión de la vivienda y con la protección del medio ambiente, tal como señalaba en su exposición precedente el Dr. Marcelo Cousillas y sucede que todo eso aparece tratado en las mismas disposiciones. Esta es una característica de este enfoque que nos da así una visión distinta de cosas que antes tratábamos aisladamente.

Así que antes de aceptar lo que dice la ley sin hacer cuestionamientos, o de rechazarlo “in límine” (como hacen muchos sin tratar de entenderlo) nos parece que corresponde analizarlo, verlo, y tratarlo con el respeto que se merecen estas disposiciones que no son ningún invento, que tienen profusos antecedentes y razones en que se fundamentan y entonces, lo que debemos hacer es tratar de colaborar, desde nuestro punto de vista, señalando lo que a nuestro parecer tiene de positivo, señalar aquello que se debe corregir y aquello que nos parece negativo. Esa es, al menos, nuestra actitud respecto de la ley.

EL TEXTO DE LA LEY

Con relación al punto concreto que tratamos hoy la Ley nos habla de una “prescripción ad-

quisitiva”, diciendo:

“Artículo 65. (Prescripción adquisitiva).- *Aquellas personas cuyo núcleo familiar no supere el nivel de pobreza en sus ingresos y que, no siendo propietarias de inmuebles, sean poseedoras de un predio, no público ni fiscal, con aptitud de ser urbanizado de acuerdo con el instrumento de ordenamiento territorial aplicable, destinado a su vivienda y la de su núcleo familiar durante un período de cinco años, podrán solicitar a la Sede Judicial competente se declare la adquisición del dominio sobre el mismo por el modo prescripción. La posesión deberá ser ininterrumpida y con ánimo de dueño, pública y no resistida por el propietario.*

No podrán adquirirse a través de las disposiciones de este artículo, predios o edificios de una superficie que exceda la necesaria para cumplir el fin habitacional básico que establezcan los correspondientes instrumentos de ordenamiento territorial para la zona en que se localice el predio.

No se reconocerá este derecho más de una vez al mismo poseedor.

Cuando el predio sea parte de un inmueble, en que existan otros en similar situación, la prescripción adquisitiva podrá gestionarse colectivamente. En esta situación, podrán considerarse colectivamente las áreas del territorio que determinen los instrumentos de ordenamiento territorial. Las áreas necesarias para las infraestructuras, servicios y espacios públicos prescribirán en favor de la Intendencia Municipal.

La prescripción será declarada por el Juez competente a instancia de los beneficiados o de la Intendencia Municipal, a través del proceso judicial correspondiente el cual estará exonerado de toda tributación; a su vez, podrá ser opuesta como defensa o excepción en cualquier proceso judicial.

En los litigios en aplicación de este instituto, quedará en suspenso toda otra acción, de petición o posesoria, que pueda llegar a interponerse con relación al inmueble.”

COMENTARIO Y ANTECEDENTES

Ahora bien, la extensión de la disposición nos lleva a la necesidad de analizarla en cada una de sus partes, vamos a hacerlo brevemente, en honor a todos ustedes.

Debemos en primer lugar referirnos a los antecedentes y a los fundamentos que lucen, o que emergen, de esta disposición y del análisis del texto.

LA PRESCRIPCIÓN EN EL CCU

Como cuestión previa, todos lo saben pero no está de más recordarlo, el Código Civil uruguayo trata la prescripción como modo de adquirir el dominio, causada en la posesión, bajo la forma de la usucapación ordinaria o en la antiguamente llamada “longi tempore prescriptio” que es la comúnmente conocida como “prescripción treintenaria” en el caso de los inmuebles y que viene al caso señalar, en sus orígenes, se relaciona con la extinción de las acciones reales; esto quiere decir que se trata de una prescripción que es adquisitiva, pero que tiene en cuanto a su fundamento un origen extintivo y eso no deja de ser un tema interesante a tener en cuenta para el tema

que hoy nos ocupa. El código, por supuesto, también trata la prescripción como modo de extinguir, causada por el no ejercicio de un derecho. Todo esto, que son cosas por demás conocidas, lo traemos a colación porque especialmente nos interesa para interpretar la disposición que hoy nos ocupa.

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL ART. 65 DE LA LOT

¿Qué antecedentes tiene concretamente este artículo 65 de la LOT? Nosotros pensamos que su fuente principal, si bien no parece invocada, lo es la Ley Federal 10.257 brasilera, conocida como Estatuto Da Cidade; si tuviéramos hoy tiempo compararlas, tengo aquí la Ley brasilera, y podríamos ver la similitud de los términos entre una y otra y así veríamos que varias de las dudas que se plantean en la interpretación de la ley uruguaya proceden de transcripciones de la ley brasileña.

Esta ley brasileña es por su fecha de vigencia, de las primeras en América del Sur que introducen las nuevas ideas sobre organización urbana y territorial que se caracterizan por lo que se denomina un ordenamiento “sostenible”.

Otro antecedente a tener en cuenta, por ser anterior, y por tratarse de un país donde se han sancionado numerosas leyes bastante avanzadas, no solo de ordenamiento urbano, sino también en lo que tiene que ver con el régimen de la propiedad territorial, es la legislación colombiana, sancionada con posterioridad a la Constitución de 1991. La Constitución colombiana de 1991, a texto expreso, consagra el principio de que: la propiedad debe cumplir una función social y consagra, también a texto expreso, la regla de que debe procederse por la sociedad a la recuperación de “la plusvalía”, esto es el mayor valor de la propiedad que se produce por la acción de la colectividad.

Nosotros no tenemos una regla en la Constitución que consagre, a texto expreso, la función social de la propiedad, en todo caso es algo que deberemos deducirlo del contexto de sus disposiciones y así cabe deducir del texto fundamental un concepto moderno de propiedad; de modo tal que no podemos pensar en la propiedad del siglo XIX; pero, como decíamos, eso es algo que tenemos que deducirlo, mientras que en Colombia lo tienen expresamente consagrado.

PROYECTOS URUGUAYOS ANTECEDENTES

Respecto de la prescripción hay proyectos uruguayos que debemos tener en cuenta también como antecedentes a lo que establece esta Ley. Hubo un proyecto que nació en la Cámara de Representantes, en el año 2000, con el cual se procuro abreviar los plazos excesivos que hoy tienen todos los plazos de prescripción de nuestro Código Civil, que están hechos para un tiempo que no es el actual y que ya no se adecuan a los plazos de los países que nos circundan. Nosotros tenemos plazos que son los más largos en este momento, de toda la región, y se procuraba a través de ese proyecto, en el cual se estuvo trabajando en la Facultad por diversos profesores, tanto del Instituto de Derecho Civil Salas I y VI, como por del Instituto de Derecho Civil II y III considerando sus múltiples aspectos, porque se trataba de compatibilizar los plazos con los que rigen en un variado número de derechos y obligaciones. Como sucede con muchos proyectos quedó paralizado y hasta el momento no se ha llevado adelante.

Hubo también otro proyecto en el que nosotros participamos, más cercano a lo que establece la LOT, en el que se incluía un régimen de prescripción especial referido a los bienes adjudica-

dos por el Programa de Integración de Asentamientos irregulares.

Como diferencias entre aquellos proyectos y el texto actual cabe señalar que en el proyecto de la Cámara de Representantes del año 2000, había, en su historia, una cierta intención de que eso sirviera para regularizar asentamientos irregulares, pero lo hacían sin referir especialmente a ese tema y sin salir de las demás pautas de la prescripción del Código Civil. A su vez el Proyecto que realizamos para los predios regularizados por el PIAI que luego, a instancias de los asesores de la Intendencia Municipal de Montevideo, se extendió a otras posibles situaciones, sólo se refería a los bienes adjudicados, que además se trataba de bienes originariamente públicos y no tenía el alcance general que tiene el texto de la LOT que es aplicable a predios privados.

FINALIDAD DE LA PRESCRIPCIÓN ABREVIADA

¿Cual es la finalidad de esta prescripción de la LOT?

1. Una de sus finalidades es regularizar la situación de ocupantes irregulares en predios privados, trata situaciones individuales y colectivas. Hay aquí una diferencia con la Ley brasilera que se refiere fundamentalmente a situaciones colectivas, por más que puede ser también aplicada a situaciones individuales, pero que está más bien orientada a situaciones colectivas.

2. Se procura por esta vía asegurar el derecho a la vivienda del núcleo familiar en esa situación, hay aquí una clara vinculación con el derecho a la vivienda del núcleo familiar.

3. Al mismo tiempo, se procura integrar al tejido urbano dichos predios, en forma adecuada y entonces acá aparece esa combinación de temas que es común a la generalidad de las normas en esta materia.

El texto nos habla en principio de una prescripción adquisitiva, y es contundente en ese sentido, porque empieza por el título que nos habla ya al inicio de prescripción adquisitiva, luego un

poco más adelante dice: *“cuando el inmueble sea parte de otros en igual situación la prescripción adquisitiva podrá gestionarse colectivamente”*. Como se ve sigue allí hablando de prescripción adquisitiva. Luego dice *“que se declare la adquisición del dominio”* y al final: *“no podrán adquirirse a través de las disposiciones de este artículo”*, de modo que nos habla claramente de prescripción adquisitiva, los términos, las palabras de la Ley, son en ese sentido contundentes. De modo tal que, si nos quedamos en los términos de la ley y en el valor que a ellos les da el art. 17 del CCU debemos decir que sobre esto no hay dudas en cuanto al tipo de prescripción de que se trata. Sin embargo hoy (gracias al propio Bello, a De Sassure, a Van Dijke y otros) sabemos que la “claridad” de un texto no resulta de su expresión literal sino de su integración en el “discurso”, que es en nuestro caso: toda la ley como así resulta también del CCU en su art. 20.

Para avanzar sobre esta cuestión interpretativa cabe analizar las cualidades requeridas aquí a la posesión para que opere esta prescripción y compararlas con aquellas del CCU.

CUALIDADES DE LA POSESIÓN PARA PRESCRIBIR

Hay cualidades que presenta esta prescripción, que son propias de la prescripción adquisitiva,

así nos dice “*aquellas personas que sean poseedoras de un predio*”. Tengamos en cuenta que la calidad de poseedor es algo que corresponde a la prescripción adquisitiva y más adelante hay una alusión clara, aunque no se utilizan todos los mismos términos, al art. 1196 del Código Civil en cuanto a los requisitos necesarios para que opere la prescripción adquisitiva. No usa los mismos términos del CCU pero nos habla de que tiene que ser ininterrumpida, debemos suponer que en ese término va incluida la calidad de continua. Nos dice luego: “con ánimo de dueño”, podemos suponer que se refiere a la misma idea que el 1196 cuando dice: “en concepto de propietario” porque, en realidad, eso es lo que nosotros entendemos que quiere decir la ley cuando habla de “ánimo de dueño”. Agrega luego: “pública” y “no resistida por el propietario”. Esta última expresión nos genera más dificultad: ¿quiere decir “pacífica” (término este que no aparece) o podemos darle alguna otra significación? Decir: ¿no resistida por el propietario, es lo mismo que consentida por el propietario?, ¿está en ello comprendido “el precario” de que nos habla el Art. 2238 segunda parte del Código Civil? Nosotros entendemos y así lo fundamentamos en nuestro libro sobre la Pose-

sión que el precario a que se refiere el art. 2238 segunda parte del CCU que no lo es “*por contrato, sino por ignorancia, o por el mero consentimiento del dueño*”, es una figura que se asemeja al clásico precario romano, alguien que no tiene causa para poseer y que, igualmente, en definitiva podría llegar a adquirir por la prescripción larga. Esta es una de las cosas que no están claras en la disposición. Tampoco resulta claro: ¿porqué no figura el equívoco? El vicio de equívoco tiene trascendencia a nivel de la jurisprudencia y se utiliza en muchos casos para descartar la prescripción.

En el art. 1196 del CCU aparecen: la violencia, la clandestinidad, el equívoco y el precario, ellos son los cuatro vicios clásicos del Derecho Romano. Aquí también podremos interpretar que se encuentran todos ellos, pero no resulta con la misma claridad y podríamos así preguntarnos: ¿porqué aquí no figura el equívoco? Ello puede tener más de una explicación. Una primera explicación podría ser el hecho de que el equívoco sea un vicio que tradicionalmente se lo ha vinculado a las situaciones de condominio o coposesión, y que por eso no se hable aquí del equívoco ya que justamente se está previendo la hipótesis de coposesión como una de las causales de adquisición. No nos parece, sin embargo que sea esa la razón, pensamos que en realidad eso se debe a que estas disposiciones se tomo del Estatuto da Cidade brasileño y se usó la terminología de ese antecedente y no la de nuestro art. 1196. En el Estatuto da Cidade no se menciona el vicio de equívoco y de allí procede también lo de “con ánimo de dueño” en lugar de decir “en concepto de propietario” como lo hace nuestro código. No pensamos entonces que esta ley pretenda modificar esas cualidades clásicas de la posesión. Pensamos que desde el punto de vista práctico esto no tendrá mayores consecuencias. Esto es, en los casos en que en nuestra jurisprudencia tiene más trascendencia el equívoco, es cuando el poseedor tiene una relación familiar que puede justificar la ocupación posesión por otra causa que no sea una posesión excluyente, esto es, la ocupación por parte del ex concubino o concubina, por parte de un hijo u otro familiar, en nuestra jurisprudencia se ha tratado, frente a una posible prescripción, como una posesión equívoca, porque la ocupación puede corresponder a la existencia de otro derecho y no ser entonces necesariamente una posesión apta para prescribir.

Sin embargo esta prescripción, tiene calidades que no son propias de la prescripción adquisitiva. Al decir no propias no decimos que sean inapropiadas o no convenientes, sino que no corresponden, al tipo usucapión. Hay calidades no propias que refieren a las personas, otras que refieren a los bienes, y otras que refieren al modo de adquirir el mismo, al modo prescripción.

CUALIDADES PROPIAS DE LAS PERSONAS

Referentes a las personas, la disposición nos dice que estarán legitimados para promover esta prescripción y ser beneficiados por ella aquellas personas “*cuyo núcleo familiar no supere el nivel de pobreza*”; esta no es una cualidad del poseedor para adquirir por prescripción prevista por el CCU. La única aptitud personal relevante para el CCU es la buena o mala fe. En realidad debemos decir que, moralmente, tiene un fundamento más sólido esta prescripción del art. 65 de la LOT que la del CCU cuyo fundamento ético ha sido cuestionado por muchos autores y especialmente si, como decía Jean Carbonnier, el fundamento ético del amparo posesorio debemos buscarlo en el amparo del estado de necesidad. Un defecto que tiene nuestro sistema de prescripción que constituye su principal debilidad, en la forma en que es comúnmente entendido por doctrina y jurisprudencia, es prescindir de las razones por las cuales se está poseyendo; eso es lo que posibilita las posesiones fraudulentas que vemos reiteradamente, de quienes en realidad no están poseyendo y que simplemente invocan haber realizado actos posesorios sin que se inquiera realmente si los realizaron y fundamentalmente sin que tengan necesidad de explicar ¿por qué motivo los realizaron? Nosotros pensamos que es sano, que la ley empiece a exigir que haya una causa para poseer, que aunque no sea un título, sí sea una causa que explique razonablemente la ocupación, el derecho o la necesidad que con ello se busca satisfacer. Esta exigencia en cuanto a las personas es uno de los aspectos positivos de esta prescripción que instrumenta la LOT, porque no es cualquiera quien puede prescribir, no es simplemente quien por conocer que los bienes están desocupados o abandonados por sus propietarios, se las ingenia para aparecer como poseedor, sino quien ocupa porque tiene una necesidad no satisfecha y porque en este caso: existe además un derecho constitucional a la vivienda no satisfecho. Por eso aquí aparece justificada, en los términos que decía Carbonnier, la posibilidad de la prescripción.

Dice también esta ley referente al poseedor que “no siendo propietario de inmuebles”. Aquí tenemos otra calidad personal, que tampoco existe en la prescripción adquisitiva del CCU y agrega que el bien ocupado debe estar: “*destinado a su vivienda y la de su núcleo familiar*”, todo esto es coherente con lo anterior y en ello aparece un vínculo con el derecho a la vivienda en esta norma referente a la prescripción, cosa que tampoco ocurre en la prescripción adquisitiva en la forma en que aparece regulada en el CCU.

También establece que: “*no podrá adquirirse a través de las disposiciones de este artículo, predios o edificios en superficies que excedan las necesarias para el fin habitacional básico*”. Esto quiere decir que no se adquiere lo que se posee, sino lo que se necesita. Aquí el fundamento de la prescripción no es tanto la posesión como la necesidad y más específicamente: la necesidad de vivienda. Adquiere porque necesita la vivienda y en ese caso, su derecho se determina en parte por lo que está ocupando y en parte por lo que necesita. Resulta entonces una forma indirecta de satisfacer, en alguna medida, el derecho a la vivienda a través de una prescripción que sale de los parámetros tradicionales de la prescripción adquisitiva, porque no se tiene en cuenta lo poseído sino lo necesario.

Otra calidad personal es que: “*No se reconocerá este derecho más de una vez al mismo poseedor*”. Esto es algo que tiene fundamentalmente una trascendencia práctica y es también tomado de la ley brasilera pero no se ajusta bien a la idea de satisfacer el derecho a la vivienda, porque siendo el derecho a la vivienda un derecho a la personalidad, no tendría por qué no tenerse tal derecho por haberlo ejercido una vez; por el hecho de que una vez se me haya salvado la vida, yo no dejo de tener derecho a la vida, y bueno, por el hecho de que una vez se me haya resuelto

el problema de la vivienda, no dejo de tener derecho a la vivienda, o a la libertad, o a la reserva de los datos de mi vida privada. Entonces si estamos hablando del derecho a la vivienda como un derecho a la personalidad, esto denotaría cierta incoherencia. Pero del punto de vista práctico tiene sentido porque busca evitar situaciones de reclamos reiterados que suelen darse en estos casos.

Debe tenerse en cuenta que la causa de la propiedad adquirida por prescripción no es, en este caso la posesión simple, sino la posesión motivada en el derecho a la vivienda, es una posesión “vinculada”. Por ser la causa el beneficio de la vivienda, debe tenerse presente que ella se adquiere a beneficio de la familia, esto es aquí no tiene sentido hablar de una adquisición individual “por el jefe o la jefa de hogar”, porque el derecho a la vivienda, no lo tiene solo el jefe de hogar, es un derecho de todos los individuos, de todo habitante de la República, así lo dice la Constitución. Entonces no puede ser un derecho de propiedad que solo tenga en cuenta el interés de uno de los integrantes de ese núcleo familiar. Se adquiere por estar “*destinada a su vivienda y la de su núcleo familiar*” y es de suponer que lo adquiere para seguir vinculada al mismo fin. Eso ya nos conduce a un tema que la ley no lo resuelve expresamente, pero que se infiere de ella, se adquiere una “propiedad vinculada” a la función de vivienda, porque ahí por lo que dice la Ley se adquiere en tanto sea la vivienda y en tanto sea para la vivienda. No se adquiere lo poseído, sino lo necesario en función de la vivienda. Esta característica también surge de la Ley brasilera.

CUALIDADES PROPIAS REFERIDAS A LOS BIENES

Hay cualidades propias de este régimen, referentes a los bienes, cualidades urbanísticas. Dice que los predios deben serlo: con capacidad de ser urbanizado de acuerdo a los instrumentos de ordenamiento de territorial aplicable. No es cualquier bien que se puede adquirir, sino que tiene que ser un bien con determinadas calidades esto es: que se pueda urbanizar, o que esté urbanizado. Es necesario que se encuentre dentro de las categorías que de acuerdo a los planes de ordenamiento territorial, puede ser urbanizado. El bien debe serlo: con una superficie que sea la necesaria para cumplir las necesidades básicas que establezcan los correspondientes instrumentos de ordenamiento territorial para la zona en que se localice el predio, esto significa que también la superficie va determinada por los planes territoriales, no solo por lo poseído, no solo por lo necesario, sino por lo que determinen, en este caso, los planes.

Podrán considerarse colectivamente las áreas del territorio que determinen los instrumentos de ordenamiento territorial, como se ve: hay una referencia continua a los instrumentos de ordenamiento territorial.

CUALIDADES PROPIAS RELATIVAS AL MODO DE ADQUIRIR

Hay cualidades propias relativas al modo de adquirir: no podrán adquirirse a través de las disposiciones de este artículo predios, edificios, de una superficie que exceda lo necesario para cumplir el fin habitacional básico. Como decíamos: no se adquiere lo poseído sino lo necesario al fin habitacional.

Un aspecto que escapa totalmente a la idea de prescripción adquisitiva es que las áreas necesarias para infra estructuras, servicios y espacios públicos prescribirán en favor de la Intendencia Municipal y aquí el tema resulta complejo, porque la Intendencia Municipal, no es poseedora, esto que establece aquí la ley es una solución práctica pero que genera un problema serio para

poder calificar esta prescripción como adquisitiva. Es una solución práctica, porque si el predio es urbanizable, y se puede urbanizar y adquieren por prescripción los ocupantes, después tendrían que estar cediendo las áreas correspondientes a espacios libres, a la Intendencia para que de allí resulte un fraccionamiento acorde con las normas de la Ley de Centros Poblados y la propia LOT. De esta forma se busca que ya de inicio esos espacios estén en el patrimonio de las intendencias pero con ello sucede que se adquiere por “prescripción adquisitiva” por la intendencia algo que no estaba poseyendo, lo que resulta un contrasentido.

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA O EXTINTIVA

Pensamos que es esta una prescripción que se presenta como adquisitiva, pero tiene características de extintiva y que funcionaría mejor como extintiva.

En la legislación colombiana, se llegó a prever la caducidad o extinción del derecho de propiedad territorial por incumplimiento de deberes territoriales. Aquí plantear eso parecería una cosa escandalosa y seguramente se levantarían encendidas arengas en defensa del derecho de propiedad, pero en realidad, también aquí entre nosotros, tenemos tipos de propiedad que se extinguen por el no uso, por el no uso adecuado o por el transcurso del tiempo, tal cosa sucede con la propiedad intelectual.

La alarma surge cuando estamos hablando de la propiedad territorial, porque a su respecto sigue dominando la idea de que el propietario puede hacer con ella lo que quiere o no hacer nada si le place y que igualmente la ley debe preservarle su derecho, pero eso es algo que en el futuro seguramente no podrá seguir siendo así. El mundo ha cambiado, la tierra es hoy un bien escaso y ello se hace notar principalmente en la tierra urbana con una población mundial que es hoy principalmente urbana. El entorno de situación es entonces muy diferente a como lo fue en el siglo XIX y por ende nuestra forma de entender la propiedad: no puede ser la misma.

En una ley como la LOT que establece a texto expreso obligaciones al propietario territorial y en particular donde su Art. 37 establece la obligación de cuidar el bien e impedir la ocupación por terceros, esta prescripción de su art. 65 se podría entender más fácilmente y seguramente podría funcionar también más fácilmente, como extintiva por incumplimiento de la obligación de cuidar, que como adquisitiva.

PRESCRIPCIÓN DE LA LOT Y DERECHO A LA VIVIENDA

Decíamos que la que hoy analizamos se trata de un tipo de prescripción donde la adquisición del derecho a ocupar el bien tiene por fundamento: el derecho a la vivienda, pero sucede que el derecho a la vivienda no exige la propiedad. Cuando la Constitución habla del derecho a la vivienda, no dice que se tenga derecho a la propiedad de una vivienda, se tiene derecho a la vivienda y ella puede serlo en propiedad, o en ejercicio de otro derecho que puede ser tanto o más adecuado para satisfacerla según las circunstancias de ese grupo humano en particular. Eso lleva también a considerar que hubiera sido más adecuado pensar en estas situaciones en una prescripción extintiva pues puede darse el caso de que por diferentes motivos sea más razonable y conveniente a los ocupantes y a la sociedad en su conjunto, satisfacer ese derecho a la vivienda en otro lugar o en otra forma que no sea la adquisición de la propiedad privada del predio ocupado.

COCLUSIONES SOBRE EL TIPO DE PRESCRIPCIÓN

Decíamos entonces que lo que se adquiere por esta prescripción especial, será una propiedad vinculada, compatible con la propiedad urbana, con cualidades de adquisitiva y de extintiva.

Esa difícil diferenciación de la prescripción como adquisitiva o extintiva, es algo que dentro del Sistema Civil ocurre también con otro tipo de prescripciones que tenemos ya en el propio Código Civil; hay allí una larga discusión sobre dos prescripciones en cuanto a si son adquisitivas o extintivas, tal es el caso de la prescripción del derecho hereditario de la que en algún momento tuvimos la inquietud de investigar y escribir un trabajo y de la prescripción de la acción de participación, sobre la cual hay un trabajo de Juan Andrés Ramírez. Sobre esas dos prescripciones, que están en el Código Civil se discute desde hace tiempo si son adquisitivas o extintivas. De modo que no tiene que llamarnos la atención que se nos planteen similares dudas respecto a esta prescripción peculiar que resulta de la LOT.

LA PRESCRIPCIÓN EN EL TIEMPO

En Brasil se discutió en su momento sobre si para el computo del plazo de la prescripción quinquenal que estableció el Estatuto da Cidade, se podía computar el tiempo transcurrido antes de la ley o si debía comenzar a computarse a partir de la vigencia de la ley. A favor de lo primero se invocó la necesidad de resolver, en forma inmediata, la situación de los asentamientos irregulares a los que estaba dirigida la norma y la necesidad de evitar que esta se convirtiera en un estímulo a los propietarios para promover la desocupación de los bienes, en lugar de ser un instrumento para asegurar a los ocupantes su vivienda. A favor de lo segundo se invocó el riesgo de que la norma fuera impugnada en su constitucionalidad al dejar sin su derecho al propietario sin haber tenido oportunidad de ejercitarlo dentro de los términos que ya tenía concedidos por la ley civil. Los tribunales brasileños se inclinaron por esta última posición.

Entre nosotros se han planteado las mismas dudas y en general la mayoría de las opiniones se inclinan a entender que el cómputo del plazo debe realizarse a partir de la vigencia de la ley, por las mismas razones que se invocaron en Brasil. A similar conclusión llevaría el entender que esta prescripción con un plazo más breve que el civil se fundamenta en el cumplimiento del deber territorial del Art. 37 de la LOT porque a texto expreso el deber de cuidar está previsto a partir de ella, aunque anteriormente estuviere implícita en su deber como guardador. En sentido contrario podría argumentarse que la consagración o abreviación de plazos de prescripción (adquisitiva) en un caso anterior, se computaron los plazos anteriormente transcurridos; por lo menos así sucedió con la prescripción de las tierras públicas consagrada por la ley de 1960.-

Nosotros pensamos que la ley tendría que haberse planteado el caso de las situaciones ya existentes con alguna disposición transitoria.

Otro problema que se planteo en Brasil y que también se nos habrá de plantear aquí es el de resolver cómo se compatibiliza la actuación de la intendencia respectiva y el tribunal respectivo en las funciones que conforme a dicha disposición debe cumplir cada uno. En Brasil esto ocasionó diversas dificultades y en ciertos casos llevo a la paralización de los procesos.

Nosotros pensamos que, previo al inicio o continuidad del proceso judicial, sería necesario un proceso administrativo tramitado en la Intendencia, para resolver las cuestiones que ahí están

planteadas como previas, esto es:

- a) Si el predio tiene aptitud para ser urbanizado,
- b)Cuál es la superficie necesaria para cada familia ocupante,
- c) tiene que haber, para ello, un relevamiento de los hogares ocupantes, tal como se hace en la regularización de asentamientos para ver cuál sería la superficie necesaria para cada familia ocupante,
- d) tendría que haber un plan de urbanización y de obras a realizar,
- e) debería existir previsión del financiamiento de las obras, y ver eso como se va a pagar, porque cuando hablamos de regularización de asentamientos a iniciativa del Estado, eso se hace con fondos públicos o financiado con préstamos de instituciones como el BID o el Banco Mundial, pero esto que va a suceder a iniciativa de los particulares que están ocupando, plantea el problema de: ¿quién se va a hacer cargo de los costos? Allí habrá que prever gastos que no son pocos.
- f) Relacionado con lo anterior habrá que resolver si se reclamará a los ocupantes contribuciones de mejoras, retorno de valorizaciones o si se habrá de exonerarlos de ello en razón de su situación económica.

Todo eso tendría que resolverse antes de hacer lugar a una posible prescripción y por lo mismo nos parece que sería razonable que fueran objeto de un procedimiento previo al judicial.

Les agradezco a todos la paciencia de escucharnos en esta exposición que se extendió más de lo previsto.