

MARKOVSKY ADRIANA
MARCELA C/ BRUNELIERE
JUAN Y OTRO S/ MATERIA A
CATEGORIZAR
CAUSA Nro.: 3344/1
JUZ Nro.: 7
RSD Nro.: 71 /14
Folio Nro.: 412

En la ciudad de San Justo, Provincia de Buenos Aires, a los 3 días del mes de junio de dos mil catorce, reunidos en Acuerdo Ordinario, los Señores Jueces de la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Primera, del Departamento Judicial La Matanza, Doctores Ramón Domingo Posca y José Nicolás Taraborrelli, para dictar pronunciamiento en los autos caratulados: **“Markovsky Adriana Marcela c/ Bruneliere Juan y otro s/ Materia a categorizar” (causa nro. 3344/1)**, habiéndose practicado el sorteo pertinente -art.168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires-, resultó que debía ser observado el siguiente orden de votación: **Dr. Taraborrelli, Dr. Posca**, resolviéndose plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

1ª Cuestión: ¿Es justa la resolución apelada?

2ª Cuestión: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

VOTACION

A LA PRIMERA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR JOSE NICOLAS TARABORRELLI, dijo:

I.- Antecedentes del caso. El recurso de apelación y sus agravios

A fs. 274/276 vta. la Sra. Jueza de la Instancia de Origen rechazó el planteo de inconstitucionalidad articulado por la parte actora, manteniendo plena aplicación al caso de la mediación previa y obligatoria, disponiendo la suspensión del presente, hasta tanto se produzca el cumplimiento o cierre definitivo de la etapa de mediación.

Contra tal pronunciamiento, a fs. 282 interpuso recurso de apelación la parte actora, el cual fue fundado a fs. 285/288 vta.

Los agravios del apelante giran principalmente en torno a lo siguiente: se agravia en cuanto que la Sra. Jueza de la Instancia de origen, rechazó la inaplicabilidad y/o inconstitucionalidad de la ley 13.951, manteniendo la aplicación al caso de la mediación previa obligatoria. Que atento al carácter legal e indisponible de la usucapión, no se podrá llegar a una conciliación o transacción alguna que permita “la solución del conflicto”. Señala que más allá de que la ley de mediación no excluye expresamente de su ámbito de aplicación a los juicios de usucapión, dicha materia debe considerarse excluida de su ámbito en virtud de lo normado por los códigos de fondo y forma. Sostiene que para el caso de que se considere que el presente juicio no está excluido del cumplimiento de la mediación previa, deberá declararse la inconstitucionalidad de la ley 13.591. Finalmente solicita que se revoque la sentencia de Primera Instancia declarando la inaplicabilidad y/o inconstitucionalidad del procedimiento de mediación al caso de autos.

Radicados los presentes obrados, por antes ésta Sala Primera, previa vista al Fiscal, la cual se tuvo por evacuada con la presentación de fs.

292; a fs. 293 pto. II, se llamaron los Autos para Sentencia (art. 270 del C.P.C.C.).

LA SOLUCIÓN

I.- La mediación previa obligatoria. Su finalidad.

Que abocándome al estudio de la cuestión “sub examine”, en primer término considero oportuno señalar en que consiste la mediación y cuál es su finalidad práctica. En tal sentido, cabe señalar que la misma es un procedimiento no adversarial en el cual el tercero neutral ayuda a las partes a negociar para llegar a un resultado mutuamente aceptable. Constituye un esfuerzo estructurado para facilitar la comunicación entre los contrarios, con lo que las partes pueden voluntariamente evitar el sometimiento a un procedimiento judicial o siquiera arbitral –con el desgaste económico y emocional que pueden conllevar –pudiendo acordar una solución para su problema en forma rápida, económica y cordial o menos ríspida. El mediador no puede imponer una decisión, sino que ayuda a los contrarios a identificar los puntos de controversia, a explorar las posibles bases de un pacto y las vías de solución, puntualizando las consecuencias de no arribar a un acuerdo. Por esos medios, facilita la discusión e insta a las partes a conciliar sus intereses. Plantea la relación en términos de cooperación, con enfoque de futuro y con un resultado en el cual ambos sectores ganan, en actitud diversa a la que adoptan en el litigio donde la postura es necesariamente antagónica, por lo que una parte gana y la otra pierde. En la mediación ambos antagonistas resultan ganadores puesto que se arriba a una solución consensuada y no existe el resentimiento de sentirse “perdedor” al tener que cumplir lo decidido por un tercero. En definitiva, puede decirse que realmente “la mejor justicia es aquella a la que arriban las partes por sí mismas”, en tanto el haber participado en la solución torna más aceptable el cumplimiento. No hay aquí obligación o constreñimiento sino libre voluntad de concluir una situación conflictiva. Esa predisposición al cumplimiento que deriva del acuerdo no impuesto y de que las relaciones con la parte contraria

no se han deteriorado –llegan en algunos casos a mejorarse- determina que los contrayentes encaren el cumplimiento de aquello a que se han obligado sin resistencia y con buena voluntad, modificando su actitud al respecto. (Etcheverry Raúl A., Highton Elena I, Resolución Alternativa de Conflictos, Tomo 2 mediación, Edit. Hammurabi, año 2010, págs. 32 y 33).

La provincia de Buenos Aires tiene tres sistemas de mediación. Uno relacionado con las cuestiones patrimoniales, de regulación reciente, que tiene su base en el modelo nacional (ley 13.951 y dec. Reglamentario 2530/2010 y otro de familia en sentido lato (incorporado al Código Procesal Civil, ley 13945). Finalmente se ha agregado uno en materia penal (ley 13.433)

II.- La Prescripción adquisitiva. Los derechos reales. Su carácter de orden público.

En primer lugar, podemos definir a la usucapión como un modo de adquisición de los derechos reales sobre cosa propia y de los de goce o disfrute sobre cosa ajena por la continuación de la posesión en forma pública pacífica, continua e ininterrumpida, durante el tiempo establecido por la ley. (Arean Beatriz, Juicio de Usucapión, Edit. Hammurabi, año 1998, p. 36)

Por su parte, se ha definido al derecho real diciendo que "es un derecho absoluto, de contenido patrimonial, cuyas normas, sustancialmente de orden público, establecen entre una persona (sujeto activo) y una cosa determinada (objeto) una relación inmediata que, previa publicidad, obliga a la sociedad (sujeto pasivo) a abstenerse de realizar cualquier acto contrario al mismo (obligación negativa), naciendo para el caso de violación una acción real y que otorga a sus titulares las ventajas inherentes al ius perseguendi y al ius preferendi". También se lo explicó como el "poder jurídico, de una persona, sobre una cosa, reglado por la ley, en virtud del cual se puede obtener directamente de ella, todas, algunas, o alguna de sus utilidades con exclusión de injerencias extrañas, y que con suficiente publicidad, se adhiere y sigue a la cosa, pudiendo oponerse a cualquier

interesado".

Los derechos subjetivos patrimoniales reales o de cosas, que por su oponibilidad frente a los demás -erga omnes- revisten carácter absoluto, están contenidos y enumerados taxativamente en los artículos 2502 a 2505 del Cód. Civil, normas generales en las que se ponen de relieve a la ley como única creadora de los mismos -a diferencia de los derechos personales o creditorios, en los que en su génesis impera la autonomía de la voluntad- y, por tanto, la impotencia de las convenciones privadas -art. 1197, Cód. Civil- para concebirlos, importando esto último asentar tales prerrogativas en el orden público civil, el que, a su vez, ingresa al orden jurídico vigente mediante cláusulas imperativas o indisponibles (arts. 21, 2502, 2505, 2610, 2611 a 2660, 2693, Cód. Civil; Ley N° 17.801, Adla, XXVIII-B, 1929). El interés público es el que concierne a toda la sociedad, mientras que el interés privado sólo a una o a un grupo de personas; su titular es la comunidad y el legitimado para su defensa el Estado, ente jurídico de carácter público (art. 33, inc. 1., Código Civil) cuya presencia en todo proceso judicial se observa en la persona del juez llamado a resolver (art. 18, Const. Nacional). Por su parte, el orden público fue conceptualizado como aquel principio "que tiene un contenido elástico y variable en el tiempo, su concepto no es unívoco y, en sentido amplio, comprende las bases esenciales del ordenamiento jurídico, social y económico de un país en un momento de su evolución histórica". Su admisión puede ser legal o jurisprudencial, en tanto su naturaleza está determinada en consideración al bien público y al de las instituciones políticas, no dependiendo de la voluntad de los particulares. "Nadie" puede dispensar el orden público. El aspecto de "orden público" de los derechos reales, hace referencia, por un lado, al número cerrado -*numerus clausus*- de derechos reales creados por ley -de ahí su limitación nacional: art. 75, inc. 12, Const. Nacional- (Código Civil: dominio, condominio, usufructo, uso y habitación, servidumbre activa, hipoteca, prenda, anticresis; Ley 25.509 (Adla, LXII-A, 18): Superficie Forestal; Ley N° 13.512 de Propiedad Horizontal, Adla, VIII-254) y, por el

otro, a que los privados, cuando constituyan derechos reales, no deben apartarse de las normas que los regulan, es decir, a la tipicidad legal (Galimberti, Héctor Rubén "Usucapión. Sentencia homologatoria y mediación", publicado en Sup. Act. 02/12/2010, Revista La Ley).

III.- El caso de autos.

Habiendo establecido de manera precedente el continente en el que se ubica la cuestión "sub examine", pasaré a analizar la cuestión traída a estudio de éste Vocal preopinante; lo que me lleva en primer término a hacerme la siguiente pregunta: ¿Resulta aplicable el régimen de mediación previa obligatoria en el caso de juicios de prescripción adquisitiva vicenal/usucapión?

Adelantando mi opinión, la respuesta negativa a éste interrogante se impone. El art. 4 de la ley 13.951 establece que quedarán exceptuados de la mediación: 1. Causas Penales, excepto las sometidas a Mediación voluntaria de acuerdo a lo establecido en la Ley 13.433; 2. Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación y patria potestad, alimentos, guardas y adopciones; 3. Procesos de declaración de incapacidad y de rehabilitación; 4. Causas en las que el Estado Nacional, Provincial, Municipal o los Entes Descentralizados sean parte; 5. Amparo, Habeas Corpus e interdictos; 6. Medidas cautelares hasta que se encuentren firmes; 7. Las diligencias preliminares y prueba anticipada; 8. Juicios sucesorios y voluntarios; 9. Concursos preventivos y quiebras; 10. Las acciones promovidas por menores que requieran la intervención del Ministerio Público; 11. Causas que tramiten ante los Tribunales Laborales; 12. Causas que tramiten ante los Juzgados de Paz Letrados.

Si bien es cierto que entre los supuestos de excepción enumerados en el mentado art. 4 no se encuentra la materia que aquí se pretende eximir, del análisis interpretativo de la ley, llego a la convicción judicial de que tal enumeración legal no resulta ser taxativa; pues de la atenta lectura del art. 1, la ley da lugar a más supuestos, pues dice: "Establece el régimen de

Mediación como método alternativo de resolución de conflictos judiciales en el ámbito de la Provincia, declarándoselo de interés público. La mediación se caracteriza por los principios de neutralidad, imparcialidad, confidencialidad y consentimiento informado. El estado proveerá la capacitación, utilización, promoción, difusión y desarrollo de la misma como método de resolución de conflictos, cuyo objeto sea materia disponible por los particulares... (lo subrayado y la cursiva me pertenecen).

Asimismo cabe consignarse que el art. 1° que reglamenta tal normativa establece que "...la mediación será de aplicación en los conflictos cuyo objeto sea materia disponible..." (lo subrayado y la cursiva me pertenecen).

Por lo que, siendo que en nuestro ordenamiento positivo para la adquisición -y consecuente pérdida- del derecho real de dominio de bienes inmuebles que tiene por causa fáctica la posesión continuada de veinte años, con ánimo de tener la cosa para sí -art. 4015, Cód. Civil-, y jurídica la prescripción adquisitiva larga o veinteñal, art. 2524, inc. 7., Cód. Civil, art. 3947, párrafo 2°, Cód. Civil, la técnica jurídica generada por la ley para aplicar a los derechos reales que se ejercen y se obtienen por la posesión, se requiere del cumplimiento ineludible de normas imperativas de fuente legal y, como tales, de orden público, como ser aquellas según las cuales ambas formas de modificar ese derecho en las cosas debe provenir de un proceso judicial de carácter contencioso (art. 24, inc. a), Ley N° 14.159 (Adla, XII-A, 24), texto según Decreto Ley N° 5756/58) en el que se acredite, por ante el juez que entiende en el pleito y con cierta severidad y preferencia en los medios probatorios que se produzcan (art. 24, inc. c), Ley N° 14.159), los presupuestos de hecho contemplados por el orden jurídico (arts. 2373, 3948, 4015 y 4016 del Cód. Civil), requisitos que no pueden ser suplidos por la libertad convencional de los litigantes -el prescribiente y el propietario de la cosa prescripta-, desde que la convención no constituye ninguno de los modos tasados previstos por la ley (art. 2524, Cód. Civil) -en forma incompleta según algunos escritores - para adquirir el dominio (art. 2524,

Cód. Civil) y, por ello, inhábil para sustituir la declaración del juez del derecho real respectivo y neutralizar lo dispuesto por la preceptiva legal con asidero en razones de orden público (art. 21, Cód. Civil) (Galimberti, Héctor Rubén, opus cit.); poco trecho basta recorrer para llegar a la conclusión de que el objeto del juicio de usucapión, resulta ser materia no disponible para los particulares; y por ende, atento a lo normado por el art. 1° de la propia ley en análisis como así también por el art. 1° de su decreto reglamentario, entiendo que el mismo no es susceptible de ser sometido a mediación previa obligatoria.

Respaldan tal decisión legislaciones análogas a la presente, como por ejemplo la de la Provincia de Santa fe, que específicamente en el artículo 4° inc. m de la ley 13. 151 excluye de la mediación “todas aquellas cuestiones en que éste involucrado el orden público o, que resulten indisponibles para los particulares.

Más allá de todo lo expuesto, hay otra cuestión que merece ser tenida en cuenta. Ello es que, en el sistema provincial el art. 19 de la ley 13.951 dispone que “el acuerdo se someterá a la homologación del juzgado sorteado según el artículo 7ª de la presente ley, el que la otorgará cuando entienda que el mismo representa una justa composición de los intereses de las partes”. Aquí, la justicia no aparece sólo como un mero espectador o instrumento de un sistema administrativo de mediación sino que cumple, como corresponde, una función jurisdiccional necesaria. Esta ley trata de hallar la composición de los conflictos más allá de las meras formas. La intervención judicial es esencial en la finalización del acuerdo (...). La falta de homologación equivale al fracaso de la mediación” (lo subrayado me pertenece).(Falcón Enrique M, Sistemas Alternativos de Resolver Conflictos Jurídicos, Edit. Rubinzal-Culzoni, año 2012, ps. 334/335).

Es aquí, donde nace otro interrogante: ¿puede ser homologado un acuerdo efectuado en materia de usucapión?

Al respecto, señala Federico Causse que: “En el marco de una mediación convocada de manera preliminar a un juicio por prescripción

adquisitiva, el titular registral no podría reconocer la adquisición por ésta vía y, sin más, ambas solicitar en sede civil la inscripción del acuerdo. La prescripción adquisitiva de dominio –se ha sostenido- “es legal y no dependiente de la voluntad de los particulares. Cuando el órgano judicial competente comprueba la posesión continua, con los elementos y por el plazo que exige la ley dicta la sentencia declarativa y ordena la inscripción registral para su debida publicidad erga omnes. La conformidad de los titulares registrales del bien no resulta suficiente para tornar operativa la transferencia del dominio (...). Por éstas razones resulta inejecutable lo pactado en éste sentido por las partes en el acuerdo de mediación y deviene innecesaria su homologación” (Causse, Federico, La Transacción, la Mediación y la Transmisión de Derechos Reales, en Revista de Derecho Procesal; 2010-2 Sistemas Alternativos de Solución de Conflictos, Edit. Rubinzal Culzoni, año 2010, p. 210).

Asimismo Señala Galimberti que: “el juez no puede ni debe homologar el convenio por el que, en el juicio de usucapión y sin producción de prueba o con ello pero sin evaluarlo sentencia mediante, se transfiera al usucapiente la propiedad objeto de la acción; aun cuando la voluntad individual haga alusión a la celebración de una transacción, ya que ésta es, en estas condiciones, un contrato prohibido por ser indisponible su objeto (arts. 844 y 2502, primer párrafo, Cód. Civil). De hacerlo, la sentencia homologatoria resultaría nula (arts. 953, 1044, 1047, 1050 a 1054, Cód. Civil) y violatoria del derecho de propiedad consagrado por la Constitución Nacional (art. 17), al permitir la eliminación de tal prerrogativa real por la mera expresión de voluntad del titular del dominio que se despoja de él sustituyendo indebidamente 'la declaración estatal de otorgamiento del dominio a quien ha ejercido la posesión durante el lapso requerido por la ley', actuación del juzgador que posibilitaría su acusación por mal desempeño de la función (arts. 53, 110 y 115, Const. Nacional). (ver también fallo de la Cámara Civil y Comercial de Necochea: Expte. 9466; Reg. 145 (R) del 11/9/2013, caratulado: “Del Hoyo Enrique Cruz c/ Club Deportivo y Social Huracán s/

Homologación Mediación Ley 13.951”)

En éste orden de ideas, estimo que, conforme todo lo expuesto, ha quedado bien en claro que el objeto de la prescripción adquisitiva resulta ser indisponible para los particulares, motivo por el cual un acuerdo establecido en la materia, entre los particulares, no resulta susceptible de ser homologado judicialmente. Ello, sin hesitación, conlleva a que no se pueda cumplir con la finalidad práctica y propia de la mediación, que como se señaló “ut supra” es llegar a un acuerdo que traiga aparejada la solución del conflicto. Una solución contraria a la que aquí se plantea, no solo retardaría el ejercicio de la acción –entorpeciendo el acceso a la justicia-, sino que estaríamos obligando a los justiciables a asumir costos –honorarios de los abogados, del mediador, etc- devengados por un sistema, del cual de antemano, se sabe que va a fracasar, al no poder homologarse un acuerdo conforme lo establece el art. 19 de la ley de mediación, trayendo ello aparejado la vulneración de preceptos constitucionales como lo son el Derecho de Propiedad y el de acceso a la tutela judicial efectiva (arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional y art. 15, arg. art. 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

A la luz de tales preceptos, teniendo en consideración lo dictaminado por el Sra. Agente Fiscal a fs. 269/270 vta., todo me lleva a concluir que sin lugar a duda, de una acabada interpretación de lo dispuesto en el art. 1 de la ley 13.951 y en el art. 1 del Decreto Reglamentario 2530/2010, que el juicio de usucapión se encuentra exceptuado de la mediación previa obligatoria, deviniendo tales previsiones inaplicables al mismo.

Así las cosas, atento a la solución que propicio, entiendo que resulta abstracto el tratamiento del planteo de la inconstitucionalidad articulada por la accionante.

En suma, propicio se revoque la sentencia apelada, sin costas, atento a la naturaleza sobre la que versa la presente cuestión, la ausencia de contradictor y el modo en cómo se resuelve (art. 68, segundo párrafo del C.P.C.C.)

Por todas las consideraciones legales, jurisprudenciales y doctrinales expuestas, **VOTO POR LA NEGATIVA.**

Por análogos fundamentos, el Doctor Posca también **VOTA POR LA NEGATIVA.**

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR JOSÉ NICOLÁS TARABORRELLI dijo:

Visto el Acuerdo que antecede, propongo a mi distinguido colega: **1º) SE REVOQUE** la resolución de fs. 274/276 vta., debiendo proseguir los autos según su estado. **2) SIN COSTAS** de Alzada, atento a la naturaleza sobre la que versa la presente cuestión, la ausencia de contradictor y el modo en cómo se resuelve (art. 68 segundo párrafo del C.P.C.C.).

ASI LO VOTO

Por análogos motivos el Dr. Posca adhiere y vota en igual sentido.

Con lo que terminó el Acuerdo que antecede, dictándose la siguiente:

SENTENCIA

AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO: el resultado obtenido en la votación que instruye el Acuerdo que antecede, este Tribunal **RESUELVE:** **1º) REVOCAR** la resolución de fs. 274/276 vta., debiendo proseguir los autos según su estado. **2) SIN COSTAS** de Alzada, atento a la naturaleza sobre la que versa la presente cuestión, la ausencia de contradictor y el modo en cómo se resuelve (art. 68 segundo párrafo del C.P.C.C.). **REGISTRESE. DEVUELVA.** Fdo. Dr. José Nicolás Taraborrelli, Dr. Ramón Domingo Posca –Jueces- Ante mi: Dra. Carolina Virginia Fernandez –Auxiliar Letrada-

