

ACCIÓN REIVINDICATORIA¹ Y DESALOJO POR PRECARIO

Gunther Hernán Gonzales Barrón (*)

Fecha de publicación: 01/10/2013

SUMARIO: 1. Mecanismos de tutela. 2. Acción reivindicatoria. 2.1 Definición y requisitos. 2.2 Caracteres. 3. Desalojo por precario. 3.1 Indeterminación de la jurisprudencia. 3.2 El desalojo no protege la propiedad. 3.3 El desalojo es acción posesoria. 3.4 El caso del demandante-propietario con título formal frente al demandado-poseedor que alega usucapión 3.5 La relaciones familiares y el desalojo por precario. 3.6. El desalojo por precario y su inaceptable confusión con la reivindicatoria. 3.7 Hay que estudiar la teoría del derecho. 4. La Corte Suprema tiene la palabra.

¹ Vale aclarar que usamos el nombre de “acción reivindicatoria”, con el cual se le conoce desde el Derecho romano hasta la actualidad. La razón es simple: Este es un libro de Derecho civil, y no de procesal, por lo que no entramos a la polémica de llamarla “pretensión reivindicatoria”, que además no tiene demasiada importancia práctica. Por el contrario, para el estudiante o profesional interesado, es conveniente llamarlo con el nombre histórico, pues de esa forma puede buscar bibliografía o información complementaria en la web. Por supuesto que el nombre usual le permitirá acceder a ingente material; mientras el nombre procesal tal vez lo envíe a una página de exquisiteces adjetivas.

(*) Profesor de Derecho Civil y Registral en pregrado y postgrado de la PUCP, USMP, UIGV y UNMSM. Profesor Ordinario de la PUCP. Doctor en Derecho, Magíster en Derecho Civil y Abogado por la PUCP. Estudios concluidos en la Maestría con mención en Política Jurisdiccional por la PUCP. Estudios de Máster Universitario de Derecho Constitucional en la Universidad Castilla La Mancha. Diplomado en Jurisdicción, Derechos Humanos y Democracia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y PUCP. Pasantía en la Corte Suprema de Costa Rica por invitación de su presidente. Postgrado de Especialización en Responsabilidad Civil Contractual y Extra-contractual por la Universidad de Castilla La Mancha. Diplomado en Economía y Derecho del Consumo por la Universidad de Castilla La Mancha. Miembro de la Unión Mundial de Agraristas Universitarios (UMAU), con sede en Pisa, Italia. Miembro del Consejo de Dirección del Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial (España). Director de las colecciones jurídicas “Biblioteca Moderna de Derecho Civil” y “Derecho Privado Contemporáneo”. Juez Superior Titular de la Corte de Justicia de Lima. Ha sido Presidente y Vocal Titular del Tribunal Administrativo de la Propiedad de COFOPRI y Vocal Presidente de una Sala del Tribunal Registral. ggonzales@pucp.pe

1. MECANISMOS DE TUTELA

Todos los derechos subjetivos tienen mecanismos de protección para el reconocimiento y efectividad del conjunto de facultades, poderes o prerrogativas que otorga.

En el caso de la propiedad, el mecanismo típico de defensa, pero no único, es la reivindicatoria (art. 923 CC), por cuya virtud, el propietario pretende la comprobación de su derecho y, en consecuencia, que se le ponga en posesión de la cosa.

Por el contrario, en la posesión, por ejemplo, el mecanismo de tutela típico son los interdictos (art. 921 CC), cuya función es la protección de la posesión actual o de la anterior que ha sido objeto de despojo dentro del año anterior. El desalojo por precario también es un mecanismo de protección posesoria, pero de la posesión mediata.

Sin un medio de protección, los derechos serían meramente ilusorios, programáticos, sin fuerza; en buena cuenta, quedarían vaciados de efectividad.

Por tanto, la acción reivindicatoria logra que la propiedad sea un derecho realmente efectivo y exigible.

2. ACCIÓN REIVINDICATORIA

2.1 DEFINICIÓN Y REQUISITOS

La acción reivindicatoria puede definirse como el instrumento típico de protección de la propiedad de todo tipo de bienes, muebles o inmuebles², por cuya virtud, se declara comprobada la propiedad a favor del actor, y, en consecuencia, se le pone en posesión del bien para hacer efectivo el ejercicio del derecho. Es, por tanto, una acción real (protege la propiedad frente a cualquiera, con vínculo o sin él, en cuanto busca el reconocimiento jurídico del derecho y la remoción de los obstáculos de hecho para su ejercicio); de doble finalidad (declarativa y de condena); plenaria o petitoria (amplia cognición y debate probatorio, con el consiguiente pronunciamiento con autoridad de cosa juzgada) e imprescriptible (art. 927 CC).

Por su parte, **los requisitos de procedencia de la reivindicatoria son los siguientes:**

- i. El actor debe probar la propiedad del bien. No basta acreditar que el demandado no tiene derecho a poseer, pues si el

² “La reivindicatoria no solo es *actio in rem*, sino la *in rem actio* por excelencia”: NUÑEZ LAGOS, Rafael. *Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles*, Editorial Reus, Madrid 1953, p. 13.

demandante no prueba su pretensión entonces la demanda será declarada infundada. El efecto de una sentencia negativa es rechazar definitivamente –y con efecto de cosa juzgada- la invocada calidad propietaria del actor; sin embargo, la sentencia negativa no produce efecto alguno en el demandado³. Evidentemente, una cosa es decir que el primer requisito de la reivindicatoria es la prueba de la propiedad, pero otra muy distinta es lograr la acreditación. No debemos olvidar que uno de los problemas prácticos más serios del Derecho civil patrimonial es conseguir la suficiente prueba del dominio⁴. En otro artículo daremos mayores luces sobre esta importante cuestión.

- ii. El demandado no debe ostentar ningún derecho que le permita mantener la posesión del bien. Sin embargo, durante el proceso, el demandado pudo invocar cualquier título, incluso uno de propiedad. Por tanto, no es correcto pensar que el demandado es un mero poseedor sin título, pues bien podría tener alguno que le sirva para oponerlo durante la contienda. En tal sentido, la reivindicatoria puede enfrentar, tanto a sujetos con título, como a un sujeto con título frente a un mero poseedor⁵. En cualquiera de las dos hipótesis, el juez se encuentra legitimado para decidir cuál de los dos contendientes es el *verus dominus*.
- iii. El demandado debe hallarse en posesión del bien, pues la reivindicatoria pretende que el derecho se torne efectivo, recuperando la posesión. Por ello, el demandado podría demostrar que no posee, con lo cual tendría que ser absuelto. También se plantean problemas si el demandado ha dejado de poseer, pues la demanda planteada no tendría eficacia contra el nuevo poseedor. ¿Qué pasa si el demandado pretende entorpecer la reivindicatoria traspasando constantemente la posesión a una y otra persona a fin de tornar ineficaz la

³ SACCO, Rodolfo y CATERINA, Raffaele. *Il Possesso*, Giuffrè Editore, Milán 2000, p. 469.

⁴ “Prueba del dominio significa, pues, prueba de tres cosas: Primera. El hecho constitutivo del dominio, causa remota o modo originario de adquirir. Segunda. La sucesión válida de titulares (tracto regresivo). Tercera. La titularidad actual del actor en su existencia y subsistencia”.
NUÑEZ LAGOS, Rafael. *Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles*, Op. Cit., p. 30.

⁵ Por tal fundamento, es menester rechazar la antigua definición, por la cual, la reivindicación es el instrumento que le permite al *propietario no-poseedor* hacer efectivo su derecho a exigir la restitución del bien respecto del *poseedor no-propietario*: PUIG BRUTAU. *Fundamentos de derecho civil*, Editorial Bosch, Barcelona 1994, Tomo III-1º, p. 162. El error se advierte por el hecho que el demandado solo podía ser un mero poseedor, lo que no es cierto.

sentencia por dictarse? En doctrina se admite que la acción es viable contra quien dejó de poseer el bien en forma dolosa una vez entablada la demanda⁶. Esta es la solución del Derecho romano, pero, ¿cómo evitar las dificultades de la prueba del dolo? Nuestra opinión es distinta: la reivindicatoria es una acción real y se impone contra todo tercer poseedor, pues si el traspaso se produjo luego de iniciado el proceso judicial, entonces la sentencia afecta al demandado y a todos los que derivan sus derechos de aquel (art. 123 CPC).

- iv. No basta individualizar al demandante y al demandado, pues, también es necesario que el objeto litigioso sea identificado. Los bienes, normalmente, constituyen elementos de la realidad externa, es decir, son los términos de referencia sobre los cuales se ejercen las facultades y poderes del derecho real. En caso contrario, este caería en el vacío, pues no habría objeto de referencia. Por ello, los bienes deben estar determinados, es decir, conocerse cuál es la entidad física (o ideal) sobre la que su titular cuenta con el poder de obrar lícito. En tal sentido, los bienes deben estar individualizados, aislados o separados de cualquier otro bien; en resumen, deben contar con autonomía jurídica, fundada sobre la función económica y social que el bien cumple de acuerdo a su naturaleza y la voluntad de los sujetos⁷. En efecto, el derecho de propiedad se ejerce sobre cosas u objetos del mundo exterior que sean apropiables y cuenten con valor económico. Estas cosas u objetos tienen necesariamente límites físicos que permiten establecer con exactitud (o, por lo menos, con determinación aproximada) hasta donde se extienden las facultades del propietario. Si se prueba la propiedad del actor, pero no se prueba que el objeto controvertido sea el mismo al que se refiere el título de propiedad, entonces la demanda será rechazada⁸. **Vamos a**

⁶ SACCO, Rodolfo y CATERINA, Raffaele. *Il Possesso*, Op. Cit., p. 207.

⁷ MESSINEO, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial*, traducción de Santiago Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires 1979, Tomo II, p. 259.

⁸ Así ocurrió en la sentencia de la Corte Suprema de 11 de julio de 2002 (Casación N° 3436-2000-Lambayeque), publicada en el diario oficial el 03 de febrero de 2003: “Tercero: Que, en efecto, el bien que se pretende reivindicar debe ser determinado, por consiguiente, identificable, ya que este elemento en sí constituye el fondo de la controversia que garantiza el otorgamiento de la tutela jurisdiccional efectiva. Cuarto.- Que, la recurrente denuncia la inaplicación del artículo del artículo novecientos veintitrés del Código Civil que correspondía aplicar al supuesto que la norma citada considera, cuál es, el derecho de propiedad y su atributo de reivindicar. Para el caso concreto, sin embargo, ha dejado de considerar los presupuestos del derecho objetivo indicado significados en los elementos de la acción reivindicatoria. Quinto.- Que, de otro lado,

exponer algunas ideas adicionales sobre la identificación del bien:

- a) En el caso de los predios, **sus confines se determinan a través de los límites verticales y horizontales**. En cuanto a los **límites verticales**, el derecho de propiedad se extiende al sobresuelo y subsuelo “hasta donde sea útil al propietario” (art. 954 CC), es decir, hasta donde sea necesario para la explotación del predio de acuerdo con su naturaleza y destino, esto es, se trata de un criterio objetivo que descarta una noción de “interés del propietario” que se base en la opinión subjetiva del titular. En cambio, los **límites horizontales** vienen a ser los confines del predio con respecto de los cuatro puntos cardinales, representándose como una línea imaginaria que encierra una superficie del suelo o un espacio cúbico. La delimitación horizontal nunca es natural, siempre es convencional, ya que la superficie territorial se extiende en forma continua sin tener confines intrínsecos; únicamente el hombre pone límites al terreno, con el fin de demarcar hasta donde se ejerce el derecho de propiedad, y separar así los distintos objetos susceptibles de apropiación. La delimitación horizontal de los predios se aprecia gráficamente, por ejemplo, a través de los llamados planos de ubicación. Si los límites horizontales de los predios no son naturales, sino convencionales, entonces dichos límites emanan de los títulos de adquisición de cada derecho de propiedad⁹. En tal sentido, la delimitación física de los predios no es una cuestión meramente fáctica, sino fundamentalmente jurídica, pues el título busca concretar –con mayor o menor precisión– una línea ideal con fines inclusivos para el propietario (lo que está dentro de la línea es objeto de su derecho), y con fines excluyentes para los terceros. ¿Cómo se delimita esta línea ideal? Los dos elementos descriptivos fundamentales de un predio son los linderos y el área (cabida). Los **linderos** son los confines o límites colindantes de una finca con otra, cuya descripción en el título hace, precisamente, que se delimite la línea poligonal que encierra la superficie del terreno. Esta

las resoluciones de mérito no han aplicado el artículo citado porque el supuesto hipotético de la norma no es aplicable a la cuestión fáctica establecida en autos, toda vez que no ha existido la determinación del bien materia de reivindicación” (Finalmente, se declaró infundada la demanda).

⁹ MORALES MORENO, Antonio Manuel. *Publicidad registral y datos de hecho*, CRPME, Madrid 2000, p. 29.

superficie encerrada constituye la **cabida o área**¹⁰, la misma que debe ser necesariamente expresada en el sistema métrico decimal, que tiene carácter oficial en nuestro país desde una Ley dictada el 16 de diciembre de 1862¹¹. No obstante, durante mucho tiempo los títulos de propiedad siguieron arrastrando las unidades de medida anteriores, con la consiguiente inexactitud en las inscripciones. A la cabida y los linderos debe agregársele un elemento descriptivo adicional: las denominadas “**medidas perimétricas**”, que consisten en la expresión numérica de los linderos y de las distintas vicisitudes de estos. En este caso estamos ante un procedimiento de linderación (permítasenos este neologismo) realizado por medio de unidades de medida (metros lineales) que tiene como finalidad expresar numéricamente la línea ideal o polígono que abarca una determinada porción de la superficie terrestre. Los elementos descriptivos señalados requieren, además, de un **punto de referencia** que permita ubicar el terreno en la realidad física y desarrollar la labor de medición y linderación. En efecto, si contamos solo con la cabida, los linderos y las medidas perimétricas, pero no con un punto de referencia, entonces resulta imposible localizar el predio dentro de la superficie terrestre, pues simplemente tendríamos unos datos de medición que no se podrían homologar por falta de datos. En la práctica, el punto de referencia que se utiliza es muy variado, y depende del carácter urbano o rural de la finca. Por ejemplo, en los predios urbanos es muy común utilizar la calle, la manzana o el lote, o la numeración del inmueble, lo que permite contar con un punto de referencia con elevado grado de precisión. La cuestión se complica, sin embargo, en el ámbito rural, pues allí no existen calles ni numeración. En tal caso, el punto de referencia pueden ser accidentes geográficos notables, tales

¹⁰ Se debe precisar que el término técnico es **cabida**, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Sin embargo, en nuestro medio se ha generalizado como sinónimo el vocablo “área”, lo que en puridad es un error gramatical. En efecto, el término “área” constituye una unidad de medida superficial (como el metro cuadrado), pero no es la superficie en sí misma encerrada dentro de un polígono. El área equivale a la centésima parte de una hectárea, por lo que si ésta representa 10,000 m², entonces aquella abarca 100 m². Por tanto, el “área” es una unidad de medida que se traduce en 100 m², y no es sinónimo de “cabida”. Es más, el Diccionario de la Lengua no le reconoce esta última acepción que se ha generalizado en nuestro medio. Este es un típico ejemplo de deformación del lenguaje, en el que la unidad de medida termina identificándose con el objeto medido.

¹¹ GUEVARA MANRIQUE, Rubén. *Derecho Registral*, Gráfica Horizonte, Lima 1998, Tomo III, p. 56.

como una montaña, un río, un barranco, etc.; también puede utilizarse obras humanas o construcciones, tales como estaciones eléctricas, postes de alta tensión, ductos de hidrocarburos, puentes, carreteras u otros.

- b) A falta de estos accidentes geográficos u obras humanas, la descripción en los títulos de propiedad se complica sobremanera, pues resulta probable que se utilicen descripciones meramente literarias referidas al nombre de los colindantes o a realidades materiales del terreno que son cambiantes y que no prestan seguridad. Aquí podemos encontrar las remisiones a acequias, bosques, línea de árboles, canales, alguna piedra notable, o incluso, la simple mención del nombre de los colindantes. Sin embargo, la identificación entre el “objeto físico” y el “objeto de los títulos” debe ser aproximativo, nunca puede exigirse un valor absoluto (¡en el Derecho no existen absolutos ni pruebas totalmente plenas!). Por ejemplo, en las fincas no puede requerirse la exacta y absoluta determinación de la superficie y linderos, sino más propiamente el establecimiento de una relación entre los títulos y la finca de manera aproximativa y funcional. Basta una individualización razonable de la finca (¡según los títulos, no puede tratarse de otra finca!); no una delimitación exacta o absoluta.
- c) Sin embargo, los títulos de propiedad pueden ser insuficientes para localizar un terreno en el espacio físico, sea porque se usan descripciones imperfectas, faltan datos de identificación (cabida o linderos) o se utiliza colindancias meramente literarias (ejemplo: se colinda con predio de terceros), sin expresiones numéricas. **En estos casos, los títulos dominicales no bastan por sí solos para lograr la localización, pero, podrían existir medios supletorios, extra-título, que coadyuven al fin**, tales como los planos catastrales, municipales, otras escrituras públicas o documentos complementarios, como autos judiciales de sucesión intestada o de inventarios. Por ejemplo: el señor A es propietario de una casa frente a la iglesia del Pueblo, sin mayores datos; empero, en la relación municipal de contribuyentes consta que A es titular de un predio individualizado de 200 m², que aproximativamente se encuentra frente a la iglesia. El título ha sido completado por el padrón municipal.

- d) La insuficiencia de los títulos también puede subsanarse con la posesión. Por ejemplo, un título de propiedad alude a un predio que se encuentra en esquina, por lo que está localizado, sin embargo, no se indica el área o cabida. A pesar de ello, la individualización puede realizarse sobre la base de la posesión actual, que le corresponde a uno de los herederos del propietario primigenio, quien ha desmembrado el predio en tres porciones. Aquí existe una vinculación que no puede ser casual: el propietario de hace medio siglo declaró una casa en esquina; y uno de sus herederos posee una casa que estuvo ubicada en esa misma esquina cuando el predio fue una matriz, pero que hoy se encuentra separado por efecto de la desmembración. En buena cuenta, la posesión ha confirmado los títulos defectuosos¹².

¹² En la magistratura hemos tenido la oportunidad de resolver un caso de identificación del predio mediante el criterio de la posesión. Se trata de la sentencia de 12 de septiembre de 2012 emitida por la Tercera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de Lima, Expediente N° 19225-2006 (N° 421-2011), con ponencia del autor de este artículo:

“Sexto: En el presente caso, tal como se aprecia del petitorio de la demanda y los argumentos expuestos en el recurso impugnativo, la controversia se centra en determinar si las actoras son propietarias del inmueble, ubicado en el lote 12 de la manzana 122 del Centro Poblado de Canta.

Séptimo: De los actuados en sede administrativa, se aprecia lo siguiente:

1. **Escritura Pública de Testamento de fecha 21 de agosto de 1954¹²**, otorgado por don Gregorio Vásquez Espinoza (abuelo de las demandantes)
2. **Acta Notarial sobre Protocolización de solicitud de Sucesión Intestada de Don Víctor Alfonso Vásquez Álvarez de fecha 10 de noviembre de 1998¹²**, en la que se declara como herederas a sus hijas María Sara y Epifania Vásquez Huschucagua.
3. **Ficha de Empadronamiento y/o Verificación, Asentamiento Humano/ Pueblo Joven/ Centro Poblado de fecha 20 de Noviembre del 2004¹²**, que señala como Observaciones: “Vivienda consolidada 2 pisos de adobe, titulares ausentes viven en Lima, según Gilberta Requis, son titulares Sras. María Vásquez Huschucagua y Epifania Vásquez. Se apersonó la Sra. María Deri Pérez, quien manifiesta que es ella la posesionaria por más de 30 años, no adjunta datos.”
4. **Ficha de Empadronamiento y/o Verificación, Asentamiento Humano/ Pueblo Joven/ Centro Poblado de fecha 06 de marzo del 2005¹²** que señala como Observaciones: Indagar por posible titular, María Vásquez y Epifania Vásquez, verificar la vivencia y empadronar/ titulares ausentes por residencia en Lima/ se apersono María Deri Pérez, manifiesta hacer posesión hace 30 años, verificar si existe conflicto de intereses por el lote, adjuntar documentos.
5. **Acta de Inspección¹² de fecha 10 de Junio del 2005**, en la que consta la diligencia de inspección en el procedimiento sobre mejor derecho de posesión del lote N° 12, Mz. 122, del Centro Poblado Canta, efectuada por COFOPRI, en la que se indica que fue atendida por María Deri Pérez Sosa.

-
6. **Informe N° 248-2005-LFC/PAS de fecha 20 de setiembre del 2005¹²**, se señala que efectuada la inspección ocular se verificó que el lote 12 de la manzana 122, se ubica con frente al Jirón Arica, a la vez se toma conocimiento que el área del lote 12 forma parte de un área de mayor extensión, según se corrobora con los datos detallados en la **Ficha N° 008-Canta**¹² que describe el inmueble como: Casa ubicada en la plaza de armas de Canta que hace esquina con el Jr. Arica s/n, con una área de 170.90 m²; (ficha N° 008- Canta), en la cual se advierte que dicha área se inmatricula a favor de Francisco, Ángel, Justo y Víctor Vásquez Álvarez, apreciándose también que, posteriormente, mediante Escritura Pública de fecha 04 de noviembre de 1982, el lote fue transferido a favor de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Inmaculada Concepción N° 49; concluyendo el dictamen que: “no es posible elaborar un plano de superposición del predio declarado en la Escritura Pública, con el plano de trazado y Lotización del Centro Poblado a razón de que el documento no detalla medidas perimétricas, ni área; tan solo enuncia referencias que permitirían ubicar el inmueble en relación al frente- Plaza de Armas del predio propiedad de terceros (ubicado por el lado colindante izquierdo del lote 12 de la manzana 122).”
 7. **Resolución de Gerencia de Titulación N°324-2005-COFOPRI/GT¹² de fecha 31 de octubre del 2005**, que resolvió: “Declarar el mejor derecho posesorio y disponer la adjudicación y la emisión del respectivo título de propiedad sobre el lote 12, manzana 122, del centro Poblado Canta, ubicado en el distrito y provincia de de Canta, departamento de Lima, inscrito en el código N° P18020140 del Registro de Predios, a favor de doña Epifania y Doña María Sara Vásquez Huscuchagua.”
 8. Mediante **escrito¹²** presentado con fecha **09 de diciembre del 2005**, doña **María Deri Pérez Sosa**, interpone recurso de apelación contra la **Resolución de Gerencia de Titulación N°324-2005-COFOPRI/GT¹²** de fecha 31 de octubre del 2005.
 9. **Certificado de Posesión¹²** de fecha **02 de diciembre del 2005**, expedido por el Alcalde de la Municipalidad Provincial de Canta en el que se certifica que el inmueble ubicado en la Localidad de Canta Manzana 122, lote 22 se encuentra en posesión de **María Deri Pérez Sosa**.
 10. **Mediante Resolución del Tribunal Administrativo de la Propiedad N° 070-2006-COFOPRI/TAP de fecha 28 de marzo del 2005, se resolvió:**
 - **Declarar fundado el recurso de apelación** presentado por Maria Deri Pérez Sosa.
 - **Revocar la Resolución de Gerencia de Titulación N°324-2005-COFOPRI/GT¹²** de fecha 31 de octubre del 2005 emitida por la Gerencia de Titulación.
 - **Declarar el mejor derecho de posesión** del lote 12, Manzana 122 del Centro Poblado Canta, ubicado en el distrito y provincia de de Canta, departamento de Lima, inscrito en el código N° P18020140 del Registro de Predios a favor de **María Deri Pérez Sosa**.

Octavo: Que, la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal - COFOPRI, creada por el Decreto Legislativo 803 y cuyo Texto Único Ordenado se aprobó por Decreto Supremo N° 009-99-MTC, es el organismo rector máximo encargado de diseñar y ejecutar de manera integral, comprehensiva y rápida un Programa de Formalización de la Propiedad y de su mantenimiento dentro de la formalidad, a nivel nacional, centralizando las competencias y toma de decisiones a este respecto.

En tal contexto, el Decreto Supremo N° 006-2006-VIVIENDA, señala que la formalización de centros poblados se realiza en mérito de título de propiedad fehaciente que cuente, cuando

menos con cinco años de antigüedad antes del empadronamiento; y solo a falta de título, COFOPRI procederá a reconocer como propietario al que ejerce la posesión directa, continua, pacífica y pública por un plazo no menor de un año a la fecha de empadronamiento; concordante con el Decreto Supremo N° 013-99-MTC, Reglamento de Formalización.

Noveno: En el caso de autos, tratándose de un centro poblado (Canta), es necesario determinar, en primer lugar, si los demandantes cuentan con título de propiedad fehaciente; y, solo en defecto de ello, acudir a la posesión.

Décimo: El inmueble materia de controversia es el lote 12 de la manzana 122 del centro poblado de Canta, cuyo gráfico obra a fojas 51 del expediente administrativo.

Décimo Primero: Sobre el particular, es necesario hacer un estudio de los antecedentes de la propiedad, para arribar a conclusiones:

- a. En el testamento del causante Gregorio Vásquez Espinoza (fojas 15 a 27 del expediente administrativo), este detalla ser propietario de una casa ubicada en la Plaza de Armas, compuesto de dos plantas, con vista a la plaza y a la calle de enfrente, lo que implica que se encuentra en una esquina.
- b. El lote colindante al que es materia de controversia, aparece signado como propiedad de terceros, cuenta con un área de 169.82 m², y actualmente pertenece a la Cooperativa de Ahorros y Créditos Inmaculada Concepción, que aparece inscrita como propietaria en la ficha N° 008-CANTA del Registro de Predios de Lima (Informe de fojas 58 a 61 del expediente administrativo), en mérito de la compraventa otorgada por los herederos Francisco, Ángel, Justo y Víctor Vásquez Álvarez, que precisamente lo habían heredado por virtud del testamento otorgado por Gregorio Vásquez Espinoza, de fecha 21 de agosto de 1954, ante el notario de Lima Miguel Córdova.
- c. En virtud de lo anterior, se infiere que el propietario original del predio que se encontraba en la esquina de calle Arica y plaza de armas era el causante Gregorio Vásquez Espinoza. Esta afirmación se sustenta en el testamento que permite ubicar el predio en la citada esquina corroborado con la inmatriculación de la ficha N° 008-CANTA, del Registro de Predios de Lima.
- d. Es más, el inmueble matriz relatado en el testamento tenía mayor área o cabida que el inmueble en controversia, pues el actual ya no se encuentra en esquina (Informe N° 248-2005-LFC/PAS, de fojas 58 a 60 del expediente administrativo).
- e. Si el inmueble tenía mayor área en su origen, cuando el causante dispuso de él en testamento, entonces se colige que la fracción adicional, que ya no pertenece al actual inmueble, coincide con el predio inmatriculado en la ficha N° 008-CANTA, pues con él se conforma el predio en esquina de calle Arica y plaza de armas.
- f. Por tanto, la reconstrucción de la historia dominical del inmueble permite concluir que este se configuraba por dos secciones: la actual, en disputa, y la otra que fue inmatriculada y vendida a la cooperativa, precisamente por los herederos de Gregorio Vásquez Espinoza.
- g. Si el propietario original es el citado Vásquez Espinoza, entonces hay que acudir al testamento, en el cual se transfiere en herencia a su hijo Víctor Vásquez Álvarez la sala, parte y bajos, la cocina y todo el rectángulo que se forma hacia adentro; y, en efecto, el plano de fojas 51 del expediente administrativo detalla una parte angosta en el frente de la calle, y un rectángulo que se abre al fondo, lo que coincide con la descripción del testamento.
- h. Siendo así, y por imperio del testamento de Gregorio Vásquez Espinoza, el lote controvertido pasó a su heredero Víctor Vásquez Álvarez, quien al fallecer dejó dos

- e) Un último elemento identificador es la coincidencia entre las partes respecto del bien en conflicto. Este caso se presentó en una sentencia judicial, que fue resuelta correctamente por la Corte Suprema. En efecto, el propietario reivindicó con un título de propiedad de casi cien años de antigüedad, en el que faltaban datos de localización; sin embargo, tanto el demandante, como el demandado, reconocieron que el lote poseído se encontraba dentro del predio matriz al que se refería el título¹³. En consecuencia, las partes pueden

causahabientes por sucesión intestada: María Sara Vásquez Huscuchagua y Epifanía Vásquez Huscuchagua (fojas 12 y 13 del expediente administrativo), por lo que se acredita que los demandantes gozan del derecho que invocan; y, por tanto, COFOPRI deberá reconocerlas como propietarias.

- i. En resumen, el propietario original fue Gregorio Vásquez Espinoza, que dejó una porción del inmueble a favor de su heredero Víctor Vásquez Álvarez; cuya descripción coincide con el predio en actual disputa, y que, a su vez, ha sido transferido a sus dos hijas, las demandantes, por sucesión intestada.

Décimo Segundo: Por su parte, la alegación de la poseedora María Deri Pérez Sosa respecto a que ha ejercido la posesión directa (en concepto de dueño), se desbarata cuando ella misma reconoce en forma implícita, que ingresó al predio como conviviente de Rafael Vásquez Álvarez, familiar de los hermanos Vásquez Álvarez, herederos del propietario original Gregorio Vásquez Espinoza (escrito de apelación en la vía administrativa, de fojas 79 a 80 del expediente administrativo). De esta forma, se acredita que su posesión se inicia por gracia o liberalidad de los propietarios; por lo que constituye **una típica precaria**, pues cuando median relaciones sociales, familiares, se presume, por máxima de experiencia, que la posesión se origina por causa gratuita; y, obviamente, no por despojo.

Décimo Tercero: Es más, el Tribunal Administrativo de la Propiedad se equivoca cuando reconoce como “medios probatorios” de posesión directa, el DNI, Libreta Militar o Constancia de Posesión (fojas 28, 29 del expediente administrativo), pues tales pruebas no acreditan el concepto posesorio, sino, en el mejor de los casos, la simple posesión, pero no que lo haya ejercido en concepto de dueño. Nótese que la señora María Deri Pérez Sosa ni siquiera paga el impuesto predial del inmueble; a diferencia de las demandantes que sí lo hacen (fojas 49, 50, 54, 55, 64, 65, 66, 102 y 110 del expediente administrativo).

Décimo Cuarto: En consecuencia, la historia dominical del predio permite inferir que las actoras son propietarias; mientras que la poseedora no lo es en concepto de dueño, sino en precario; por lo que de conformidad con el Decreto Supremo N° 006-2006-VIVIENDA, corresponde formalizar a los que ostentan título de propiedad con más de cinco años de antigüedad desde el empadronamiento” (Finalmente, se revocó la sentencia de primera instancia y se declaró fundada la demanda).

El texto completo puede verse en: www.gunthergonzalesb.com

¹³ Puede citarse la siguiente sentencia en la que se discutió la identificación del bien: “CONSIDERANDO: PRIMERO.- Que, la sentencia de vista, que no ha reproducido los fundamentos de la apelada, se sustenta en que don Simeón Alarcón fue propietario de un terreno aproximadamente de una hectárea de extensión ubicado en el barrio de Belén de la Ciudad de Ayacucho, que a su fallecimiento correspondió a sus herederos entre los cuales se encuentra la demandante, que pretende la reivindicación de sólo cuatrocientos sesenta y siete metros cuadrados aproximadamente que tratándose de un bien indiviso, de conformidad con el artículo novecientos setenta y nueve del Código Civil cualquier copropietario puede reivindicar

confirmar que se trata del mismo objeto, aun cuando cada una de ellas exhiba un título o situación jurídica diferente. Por lo demás, este es el criterio adoptado por COFOPRI¹⁴.

el bien común; SEGUNDO.- Que, a pesar de ello la sentencia llega a la conclusión que no se encuentra identificado el bien objeto de la acción reivindicatoria y que ni la inspección ocular de fojas setenta y uno ha podido subsanar la omisión de este requisito y que la prueba actuada no contribuye a suministrar los elementos de juicio suficientes al juzgador, por lo que confirma la apelada y declara improcedente la demanda de reivindicación; TERCERO.- Que, sin embargo, la sentencia de vista no ha tomado en consideración que la demandada doña Eugenia Ventura Prado al contestar la demanda a fojas treintiséis reconoció que se encontraba poseyendo por más de veintiocho años consecutivos parte del inmueble que con una mayor extensión de una hectárea adquirió en remate público y judicial don Simeón Alarcón, por escritura pública de fecha dieciocho de enero de mil novecientos dieciocho por ante notario público de ese entonces Albino Guerra, encontrándose el inmueble inscrito a favor del propietario, pero que la demandada ha adquirido por prescripción dicho bien, para luego negar que la actora sea propietaria del bien que posee; CUARTO.- Que, la demanda y su contestación son piezas principales del proceso y el juzgador no puede omitir considerar lo que las partes reconocen en dichos escritos; QUINTO.- Que, habiendo admitido la demandada que ocupa el inmueble sub-litis, la sentencia de vista no puede llegar a la conclusión de que no se encuentra identificado el bien objeto de la acción reivindicatoria, lo que determina que no se ha valorado debidamente por los litigantes (...): Finalmente la Corte Suprema declaró nula la sentencia de vista (Casación N° 3748-2000-AYACUCHO, de fecha 09 de abril del 2001, publicada el 31 de julio del 2001).

¹⁴ Resolución del Tribunal Administrativo de la Propiedad de COFOPRI N° 106-2008-COFOPRI/TAP, del 26 de mayo de 2008, con ponencia del autor de este artículo:

3. Que, Emilia Vásquez Puente, mediante escrito presentado el 11 de enero de 2008 (folios 127), interpone recurso de apelación indicando que la Resolución ha declarado el mejor derecho de posesión y dispone la adjudicación en copropiedad de “el predio” además de la recurrente y su hijo a otras tres personas que no son poseedores de dicho inmueble, pues señala que ella viene poseyendo con su hijo César Augusto Mateo Vásquez desde hace más de 40 años, y que si bien reconoce que María del Carmen, Eugenio Danilo y Jesús Mateo Ortega son hijos de su finado esposo, refiere que no son poseionarios de “el predio”. Además, señala que a la muerte de Eugenio Mateo Ramírez le corresponde como cónyuge supérstite el 50% y el otro 50% en partes iguales a los demás hijos y a ella también.

4. Que, María del Carmen Mateo Ortega, mediante escrito cursado el 22 de enero de 2008 (folios 133), interpone recurso de apelación indicando que “el predio” fue adquirido por su causante Lucio Eugenio Mateo Ramírez con su anterior esposa María Espinoza Sotelo, por lo que no puede pertenecer a Emilia Vásquez Puente, quien viene poseyendo “el predio” de mala fe y no tienen justo título. Asimismo, refiere que la sentencia de declaratoria de herederos fue hecha de mala fe, a sabiendas que la recurrente y sus hermanos son los únicos herederos de su padre, e hicieron caer en error a la autoridad judicial, razón por la cual considera que la Resolución impugnada le viene privando de su derecho a la herencia y propiedad.

5. Que, en el presente caso estamos frente a una posesión informal en el Centro Poblado “Concepción”, cuya etapa de calificación individual se encuentra regulada en el artículo 16° del Reglamento del Título I de la Ley N° 28687, referido a la “Formalización de la Propiedad Informal de Terrenos Ocupados por Posesiones Informales, Centros Urbanos Informales y Urbanizaciones Populares, que a la letra dice: *“Si en la calificación individual de lotes se detecta la existencia de escrituras imperfectas u otros títulos de propiedad no inscritos, que cumplan con el plazo establecido en el artículo 2018° del Código Civil, se emitirá el instrumento de formalización respectivo, a favor del titular del derecho, aun cuando éste no se encuentre en posesión del lote. En este último caso, el poseedor podrá solicitar la prescripción*

adquisitiva de dominio conforme al presente reglamento". Así también prevé el segundo párrafo: *"De no contarse con títulos de propiedad o documentos que acrediten este derecho, se verificará el ejercicio de la posesión y el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Decreto Supremo N° 013-99-MTC y demás normas complementarias y conexas, a fin de emitirse el título respectivo"*.

6. Que, en este sentido, para la calificación individual de "el predio" corresponde determinar: **i)** si existen escrituras imperfectas u otros títulos de propiedad no inscritos, que cumplan con el plazo establecido en el artículo 2018° del Código Civil, para emitir el instrumento de formalización respectivo a favor del titular del derecho; y de no contar con títulos de propiedad o documentos que acrediten este derecho, establecer **ii)** el mejor derecho de posesión en virtud del cumplimiento de los requisitos establecidos en el Decreto Supremo N° 013-99-MTC y demás normas complementarias y conexas.

7. Que, consta de la ficha de empadronamiento, a folios 46, que Emilia Vásquez Puente y César Augusto Mateo Vásquez fueron empadronados con fecha 14 de junio de 2000, diligencia en la cual se observó la existencia de una sucesión intestada respecto "el predio". Asimismo, obra en autos la declaración judicial de sucesión intestada de Eugenio Lucio Mateo Ramírez del 05 de noviembre de 1996 (folios 3) en la cual se les declara a los empadronados como sus únicos y universales herederos, así como copias de la Declaración Jurada de Autoavalúo del año 1989 del 29 de enero de 1990, del recibo de suministro de electricidad cancelado el 25 de noviembre de 1999 y del recibo de agua cancelado el 29 de octubre de 1999, todos los cuales se encuentran a nombre de Eugenio Mateo Ramírez.

8. Que, mediante escrito del 10 de julio de 2000 (folios 11), María del Carmen Mateo Ortega, Eugenio Danilo Mateo Ortega y Jesús Mateo Ortega formulan reclamación contra el empadronamiento de Emilia Vásquez Puente por cuanto "el predio" fue adquirido por su padre Eugenio Mateo Ramírez cuando estaba casado con María Espinoza Sotelo, con quien contrajo matrimonio en 1935, y que si bien al enviudar, contrajo nupcias con Emilia Vásquez Puente en el año de 1967, dicha relación no duró más que un año y medio debido a la incomprensión, por lo que posteriormente tuvo como conviviente a Domitila Flavio Ortega Mayta, con quien contrajo matrimonio en el año de 1980 y tuvo tres hijos llamados Jesús, María del Carmen y Danilo Eugenio Mateo Ortega, quienes tuvieron que dejar "el predio" que venían poseyendo debido al hostigamiento de doña Emilia Vásquez Puente. Presenta como medios probatorios, entre otros documentos, el Testimonio de la Escritura Pública de enajenación (compraventa) celebrado el 20 de junio de 1940 (folios 28) por la cual Armando Vargas Gonzáles y Serafina Cano de Vargas dan en venta real y perpetua a don Eugenio Mateo Ramírez y esposa doña María Espinoza de Mateo de un terreno situado en Prolongación del jirón Sucre del tercer cuartel de la ciudad de Concepción.

9. Que, conforme establece el artículo 51° del Reglamento de Normas, siendo relevante para la solución del presente conflicto la constatación técnica para determinar si "el predio" corresponde al inmueble objeto del testimonio de la Escritura Pública de compraventa del 20 de junio de 1940, ésta se efectuó mediante Informe N° 001-2007-LFV del 22 de marzo de 2007 (folios 82) que refiere que en vista que la descripción del terreno no se hace referencia a las medidas perimétricas ni al área, no ha sido posible elaborar el plano del terreno de la citada escritura, ni la superposición con el Plano de Trazado y Lotización. Sin embargo aprecia la correspondencia de la colindancia por el norte con el Jirón Sucre (ahora Av. Mariscal Cáceres) del inmueble de la citada escritura pública con "el predio".

10. Que, si bien lo señalado en el Informe Técnico no es concluyente respecto de la correspondencia de inmueble descrito en la citada Escritura Pública con "el predio", debe tenerse en cuenta que conforme se estableció en la Resolución del Tribunal Administrativo de la Propiedad N° 059-2008-COFOPRI/TAP "(...) *el informe técnico no es una prueba exclusiva para acreditar la identidad del predio, por lo que se pueden utilizar otros medios probatorios que cumplan idéntica finalidad, los cuales deben ser valorados conjuntamente en forma*

- f) En el caso de los bienes muebles, la identificación del objeto no es tarea sencilla, máxime si se trata de géneros. No obstante, la reivindicatoria siempre será posible si la identificación del bien queda probada con datos complementarios. Por ejemplo: un bien genérico puede identificarse con señales puestas en él, o indicando el lugar en el que está depositado. Además, la individualización de los bienes muebles puede prepararse mediante una diligencia previa conocida desde el Derecho romano: la *actio ad exhibendum*¹⁵.

razonada.” En este sentido, en el escrito del 26 de julio de 2001 (folios 32) Emilia Vásquez Puente señaló textualmente que “*el titular del predio fue única y exclusivamente Eugenio Mateo Ramírez*”, por lo que esta afirmación debe considerarse una declaración de parte con pleno valor probatorio, así como la referida por los reclamantes que en el mismo sentido sostienen que el titular de “el predio” es su padre Eugenio Mateo Ramírez, titularidad que proviene del testimonio de la Escritura Pública de compraventa del 20 de junio de 1940 donde adquirió el predio conjuntamente con María Espinoza Sotelo, lo cual no ha sido negado, ni contradicho por Emilia Vásquez Puente, quien más bien reconoce la titularidad de su finado esposo, de lo que se desprende que dicha Escritura Pública está referida a “el predio”.

11. En consecuencia, de conformidad con el artículo 16° del Decreto Supremo N° 006-2006-VIVIENDA, al haber quedado determinado que respecto de “el predio” existe una Escritura Pública que es un documento público, que tiene más de cinco años de antigüedad con relación a la fecha del empadronamiento, resulta necesario emitir instrumento de saneamiento respecto a dicho título de propiedad.

12. Que, de otro lado, con relación al ejercicio de la posesión alegada por la recurrente, es preciso indicar que, ante la existencia de un derecho de propiedad, no es procedente evaluar la existencia de un mejor derecho de posesión en su favor, más aún si tenemos en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 22° de la Ley de Promoción del Acceso a la Propiedad Formal según su texto único ordenado¹⁴, “*no podrán ser objeto de adjudicación para fines de vivienda [...] los de propiedad privada*”; por lo tanto no cabe que COFOPRI se pronuncie sobre un mejor derecho de posesión, pues esto sólo es posible de no contarse con títulos de propiedad o documentos que acrediten este derecho, conforme lo señala el segundo párrafo del artículo 16° del Reglamento del Título I de la Ley N° 28687, referido a la “Formalización de la Propiedad Informal de Terrenos Ocupados por Posesiones Informales, Centros Urbanos Informales y Urbanizaciones Populares”.

(Finalmente, se revocó la resolución de primera instancia y se ordenó que se emita título de propiedad a favor de favor de Eugenio Mateo Ramírez y María Espinoza Sotelo).

El texto completo puede verse en: www.gunthergonzalesb.com

¹⁵ ALVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *Curso de Derechos Reales*, Editorial Civitas, Madrid 1986, Tomo I, pp. 54-56.

La *actio ad exhibendum* era un paso previo a la reivindicación de muebles: el reivindicante solicitaba ante el pretor la exhibición del bien por parte del demandado, con lo cual éste se identificaba y el emplazado aceptaba la posesión. Si el emplazado negaba ser el poseedor, entonces fácilmente podía ser despojado sin que luego pudiese alegar su condición posesoria. Esta “*actio*” ha subsistido en nuestro ordenamiento jurídico, pero en los Códigos procesales. El art. 293-4 CPC admite la exhibición de “*otros bienes muebles materia de un futuro proceso*”. El art. 209-2 del viejo Código de procedimientos de 1911 era más preciso, pues se refería a la

La Corte Suprema ha expresado la necesidad de estos mismos requisitos: “Segundo.- Que, la procedencia de la acción reivindicatoria se define por la concurrencia de los siguientes elementos: a) Que, la ejercite el propietario que no tiene la posesión del bien; b) Que, esté destinada a recuperar el bien no el derecho de propiedad, c) Que, el bien esté poseído por otro que no sea el dueño, d) Que, el bien sea una cosa determinada” (Sentencia de 11 de julio de 2002, Casación N° 3436-2000-Lambayeque, publicado el 03 de febrero de 2003).

2.2 CARACTERES

En primer lugar, la reivindicatoria es una **acción real**, es decir, la dirige el propietario contra cualquier tercero que se encuentra en posesión del bien, sea que mantenga vínculo, o no, con el titular¹⁶. Esta es una diferencia radical con los interdictos o el desalojo¹⁷, que son remedios estrictamente posesorios.

Por tanto, el actor debe comprobar el dominio como presupuesto para el éxito de la acción. Si así ocurre, entonces el efecto inmediato es reponer al demandante en el ejercicio del derecho que le corresponde; hacer efectiva la titularidad; remover los obstáculos para la actuación en el caso concreto de la prerrogativa jurídica. En buena cuenta, si el propietario tiene derecho a usar y disfrutar el bien (art. 923 CC), entonces la reivindicatoria busca restablecer ese goce.

“exhibición de cosa mueble objeto de la acción real que se trata de entablar” (el subrayado es nuestro).

¹⁶ En este sentido, la reivindicatoria ofrece grandes ventajas con respecto de cualquier otra acción personal, entre los que se encuentran los siguientes (SACCO, Rodolfo y CATERINA, Rafaella. *Il Possesso*, Op. Cit., p. 32):

- i. El actor solo requiere la prueba de su propiedad, por lo que no necesita probar la existencia de una específica obligación de restituir por parte del demandado,
- ii. La reivindicatoria tiene éxito no solo contra el usurpador, sino contra cualquiera que tuviese el control del bien.
- iii. El legislador suele acordar a favor del reivindicante, términos largos para ejercer su pretensión.

¹⁷ “En los interdictos, las acciones policiales y posesorias se discuten cuestiones de hecho y se protege al poseedor aun sin derecho, pues de lo que se trata es de mantener un estatus de hecho y de evitar la violencia privada. La sentencia que recaiga con relación a los interdictos y acciones mencionadas en el párrafo que antecede no hace cosa juzgada material, pues, satisfechas las condenaciones impuestas, se puede intentar luego la pertinente acción real o ‘petitoria’. En cambio, en las acciones reales se examina el derecho o mejor derecho del reclamante, y la sentencia que se dicte tendrá fuerza de cosa juzgada definitiva. En definitiva, las acciones reales se distinguen de las acciones posesorias, ya que estas apuntan a la conservación o restitución de la posesión con independencia de quién sea el titular del derecho real, y no precisan otra prueba –en principio- que la de haber poseído”: CULACIATTI, Martín Miguel. “Tutela de los derechos reales”. En KIPER, Claudio (Director). *Juicio de acciones reales*, Hammurabi, Buenos Aires 2010, pp. 34-35.

El fin de la reivindicatoria es proteger la propiedad, pero, luego de comprobado ello, la consecuencia es poner en posesión al actor. Por tanto, la posesión solo es el fin subsidiario de la reivindicatoria, pero no el principal ni inmediato.

En segundo lugar, **la reivindicatoria cumple doble finalidad: es acción declarativa y acción de condena**. Es declarativa, en cuanto el juez concluye con una comprobación jurídica de titularidad que elimina definitivamente el conflicto de intereses. Es de condena, pues, la ejecución de la sentencia produce un cambio en el mundo físico, por lo que el poseedor vencido deberá ser despojado legítimamente para efecto de que el propietario vencedor inicie el disfrute directo de la cosa¹⁸. Así lo reconoce la sentencia de la Corte Suprema de 07 de abril de 2008 (Casación N° 1734-2007-Loreto¹⁹). Conforme a la mejor doctrina, “resulta extremadamente natural que el sistema normativo permita, en primer lugar, al propietario, la posibilidad de reconciliarse materialmente con el bien objeto de propiedad”²⁰.

Muchos creen que la acción reivindicatoria es meramente posesoria, esto es, la subsumen como acción exclusiva de condena, lo que es un grave error, pues si fuera así, entonces el demandado debería ser el vencedor siempre, pues, ya cuenta con la posesión actual; mientras que el actor solo tiene el título dominical. Por tanto, lo que se pretende en primer término es el reconocimiento del derecho real, y solo en vía complementaria, la puesta en posesión. La confusión nace porque la reivindicatoria, sin duda alguna, culmina también con el ejercicio posesorio a favor del demandante, pero ello no elimina el paso previo que lo define y lo caracteriza: la declaración jurídica de propiedad.

En tercer lugar, la reivindicatoria es un remedio procesal de **carácter plenario o petitorio**²¹, es decir, la controversia es amplia y no está sujeta a

¹⁸ “Es decir, su efecto consistirá no solo en obtener la cosa juzgada, sino también en la constitución de un derecho, o la condena a la reparación o ejecución procesal forzada”: *Ibíd.*, p. 24.

¹⁹ “Octavo.- Que, la acción reivindicatoria es la acción real por excelencia, ya que protege el derecho real más completo y perfecto que es el dominio; por ella se reclama no solo la propiedad, sino también la posesión, la que puede ejercitar el propietario no poseedor de un bien determinado para que el poseedor no propietario se lo restituya”.

²⁰ COLANTUONI, L. “I Remedi generali”. En GAMBARO, Antonio y MORELLO, Ugo (Directores). *Tratatto dei Diritti Reali*, Volumen I: *Proprietá – Possesso*, Giuffré Editore, Milán 2010, p. 966.

²¹ Esta característica es muy importante para diferenciar la reivindicatoria de otras acciones en donde se busca probar la propiedad, pero sin que se trate de procesos plenarios. Es el caso de las tercerías de propiedad y de la oposición a la inscripción en los predios rurales regulado en el parcialmente derogado Dec. Leg. 667. En esta última hipótesis, existe muchas ejecutorias de la

limitación de medios probatorios, por lo que se trata de un proceso contradictorio, con largo debate, que concluye mediante una decisión con autoridad de cosa juzgada. Esta es una de las grandes diferencias con las acciones sumarias, como aquellas de tutela de la posesión, particularmente el interdicto o el desalojo por precario.

En cuarto lugar, la reivindicatoria es **imprescriptible** (art. 927 CC), lo cual significa que la falta de reclamación de la cosa no extingue el derecho. Una cosa distinta es que hechos jurídicos sobrevenidos puedan extinguirla, como la usucapión (posesión de tercero, sin interrupción) o el abandono (falta de posesión o vinculación con la cosa). La Corte Suprema lo ha recordado en la sentencia de 16 de septiembre de 2003 (Casación N° 65-2002-La Libertad, publicada en el diario oficial el 01 de marzo de 2004²²).

3. DESALOJO POR PRECARIO

3.1 INDETERMINACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

La situación actual del concepto de “precario”, y los contornos indefinidos que padece, constituye, sin duda, un grave atentado contra la seguridad jurídica y, por ello, también, un déficit de justicia que el sistema institucional debe corregir y enrumbar.

En efecto, la situación actual es claramente desesperanzadora, pues nadie sabe a ciencia cierta qué es un “ocupante precario”. No está delineado en la doctrina, ni en los Tribunales, ni siquiera en el sentido común de los particulares a quienes, finalmente, se dirige el ordenamiento civil. Buen ejemplo de ello son las constantes idas y venidas (un día se declara que una hipótesis es precario y al día siguiente que ya no), las incongruencias (el desalojo es acción posesoria pero con la carga de probar el dominio) o la

Corte Suprema que, en forma correcta, le niegan el carácter de reivindicatoria. Una de ellas es la sentencia de 30 de abril del 2004, publicada el 03 de enero del 2005 (Exp. 3679-01-AREQUIPA): “QUINTO.- Que, en puridad, para que se ampare la oposición a la inscripción de la prescripción adquisitiva de predios rústicos debe demostrarse que el titular del derecho inscrito no se encuentra explotando económicamente el predio, ni poseyéndolo de acuerdo a lo regulado en el artículo veinticuatro del Decreto Legislativo seiscientos sesentisiete. SEXTO.- Que, de haberse aplicado las normas sustantivas denunciadas otro hubiera sido el sentido de la decisión. En efecto, los demandados durante el proceso han acreditado la posesión del fundo en calidad de propietarios, corroborado con la inspección judicial y el dictamen pericial actuados en este proceso judicial, y, por ende, no se puede en un proceso de esta naturaleza dilucidarse el título de propiedad que esgrime el actor; consecuentemente, aquellos tienen mejor derecho a que se inscriba su derecho de posesión...”. Finalmente, la Corte declaró fundado el recurso de casación, y actuando en sede de instancia declaró **infundada** la demanda de oposición a la inscripción.

²² “Séptimo.- Que, el juez de la causa así como la Sala de mérito han amparado la excepción de prescripción extintiva de la acción, sin tener en cuenta la naturaleza imprescriptible de la acción de mejor derecho de propiedad y de la acción de restitución de bien inmueble, habiéndose contravenido lo dispuesto en el artículo novecientos veintisiete del Código Civil”.

incertidumbre producida por esta peligrosa inseguridad jurídica (nadie sabe qué es precario).

Debemos recordar que la categoría jurídica de los derechos reales agrupa el sistema normativo sustentado en valores, que ordena las distintas situaciones jurídicas que relacionan a los hombres con respecto a los bienes que conforman la riqueza material. Este sistema se basa en atribuir las cosas dentro de la sociedad, ya sea en forma definitiva (propiedad) o provisional (posesión); dentro de las bases de justicia, retribución al mérito y trabajo. Para dilucidar la primera se requiere de un proceso plenario en el que se actúe la regla de propiedad (art. 923 CC); mientras que la segunda necesita solo un proceso sumario que actúe la regla de posesión (art. 921 CC).

El desalojo es una acción posesoria en la que se hace efectiva la situación jurídica del poseedor mediato que exige la restitución del bien frente a uno inmediato (art. 586 CPC). Se trata de un instrumento sumario de tutela basado en la reducción de la controversia (cognición limitada a la posesión) y en la abreviación del procedimiento (restricción de prueba, menores trámites). **Sin embargo, la tesis “judicial” de precario, permite una perversión, pues el desalojo termina protegiendo el dominio**, por lo que las acciones posesorias serían también “propietarias”. Esta solución contraviene los artículos 921 y 923 CC.

En efecto, el concepto judicial dice que el precario puede ser un invasor o cualquier sujeto sin título, aunque posea en concepto de dueño (art. 911 CC). Pues bien, **esta tesis desarticula totalmente la ordenación jurídica de los derechos reales**, basada en las reglas de la posesión y la propiedad, pues el desalojo se convierte en una “reivindicatoria encubierta”, en tanto y en cuanto se necesita probar el derecho de propiedad del demandante frente al supuesto precario; sin embargo, ello se hace con limitación de cognición y de debate probatorio, lo que es incompatible con la prueba del dominio. Además, el desalojo, por ser acción posesoria, no produce el efecto de clausurar el debate respecto a la propiedad, ni siquiera entre las mismas partes; y ello en virtud, reiteramos, de la anotada cognición limitada del proceso. Siendo así, el demandante de un desalojo **puede vencer por efecto de la prueba preliminar de la propiedad**, no obstante, luego podría terminar perdiendo una reivindicatoria o prescripción adquisitiva. Por tanto, la mayor incoherencia se encuentra en reconocer que el demandante pueda invocar la propiedad a su favor (mediante título), pero se rechaza que el demandado haga lo propio, pues en ese caso se dice: “tiene expedita la vía pertinente”. Nótese lo absurdo del argumento, pues uno sí se vale del sumario para acreditar la propiedad; mientras al otro se le

niega esa posibilidad y se le reenvía al plenario²³. Si hubiese un mínimo de congruencia, entonces ninguno podría acudir al sumario para decidir el dominio (solución correcta), o en todo caso ambos podrían hacerlo (solución que crearía desorden y una gran inseguridad por las limitaciones estructurales del proceso de desalojo, pero tendría cierta coherencia). En todo caso, lo que sí resulta inaceptable es la tercera opción, precisamente aquella de la jurisprudencia nacional, por la cual el demandante tiene el dominio a su favor; mientras el demandado no puede invocar las mismas razones cuando le falta un título meramente formal. De este modo se contraviene el principio de igualdad, que es uno de los cardinales del Derecho procesal.

La situación es alarmante, conforme el siguiente resumen:

- i. Un grupo de sentencias dice que el arrendatario con plazo de contrato vencido es precario, pues “el título ha fenecido”, como la Casación N° 4078-2006-Lima, de 03 de diciembre de 2007²⁴, o la N° 2165-2009-Lima, de 12 de noviembre de 2009²⁵; mientras otro

²³ Nótese tal error en esta ejecutoria de la Corte Suprema: “Séptimo.- Que, previamente, debemos señalar que en el proceso sumarísimo, por su propia naturaleza, los plazos procesales son más breves, las actuaciones procesales están reducidas en atención al fin que se propende mediante esta vía, de tal modo que el debate probatorio se encuentra limitado. Siendo así, si el demandado por desalojo por ocupante precario en esta vía procesal, señala que no tiene la condición de tal, alegando haber adquirido la propiedad por prescripción adquisitiva de dominio, adjuntando medios probatorios y, el solo hecho de admitirlos desnaturalizaría el proceso sumarísimo, abriendo un debate que necesita de un proceso más amplio, salvo que como prueba se adjunte la sentencia judicial o escritura pública que contenga la declaración de propietario por usucapión efectuada por notario público (sic). Como es claro, la presentación de tales documentos no generan mayor controversia por ser públicos, que crean certeza en el juez como culminación de un proceso judicial o de un procedimiento notarial que solo se han limitado a declarar un derecho ya existente” (Casación N° 5656-2007-Lima, de 01 de diciembre de 2008).

¿Cómo puede explicarse que al demandado no se le permita probar la propiedad, a pesar de presentar medios probatorios con tal fin; mientras que el demandante sí puede hacerlo? Esta notoria injusticia conlleva que la parte demandada sea desalojada abruptamente en vía sumaria, a pesar de su condición posesoria, lo que implica violación de las garantías judiciales (específicamente, la de igualdad) del art. 6° de la Convención Americana de Derechos Humanos, concordante con el art. 139 de la Constitución.

²⁴ “Décimo.- Que, sin embargo, la naturaleza del proceso, como ya se ha dicho, es la del desalojo por ocupación precaria, esto es, cuando el demandado ejerce la posesión sin título alguno o cuando el poseído ha fenecido; siendo que, según las instancias, en este caso, el título del demandado ha fenecido con la resolución del contrato por incumplimiento de pago de arriendos, por parte del recurrente; por ende, en esta sede no se puede revertir los efectos de la declaración antes anotada”.

²⁵ “Undécimo.- Que, de lo expuesto en el considerando precedente es de tenerse en cuenta que con la decisión adoptada por la demandante, los efectos del contrato de arrendamiento quedaron sin efecto, y de conformidad con lo señalado en el último párrafo del artículo 911 del Código Civil (Nota: es un error, pues la norma solo tiene un párrafo), la ocupación de los demandados

grupo dice lo contrario, conforme la Casación N° 918-2002-Lima²⁶.

- ii. Algunas sentencias sostienen que el contratante con título manifiestamente ilegítimo (tesis de Héctor Lama More) es precario; pero la inmensa mayoría de las decisiones opina exactamente lo contrario, por ejemplo, que basta cualquier acto jurídico, incluso nulo, para evitar la precariedad (Casación N° 1074-2004-La Libertad, de 24 de mayo de 2006, publicada el 04 de diciembre de 2006); o que ni siquiera se requiere título putativo o falso, pues resulta suficiente cualquier circunstancia, de mero corte social o familiar, que otorgue una remota apariencia de legitimidad. Otro caso en el que se negó la precariedad es la del poseedor que ha entablado una demanda de nulidad del título que ostenta el demandante, pues la compraventa se habría logrado a través de la falsificación del poder en su perjuicio, según la Casación N° 2854-2010-Ucayali, de 24 de junio de 2011²⁷.
- iii. Existen sentencias en las que se reputa precario a quien invoca un título afectado de nulidad absoluta (Casación N° 2009-2002-Juliaca, de fecha 06 de julio de 2004, publicada en el diario oficial el 31 de enero de 2005²⁸); pero otras lo niegan (Casación N° 1074-2004-La Libertad, de fecha 24 de mayo de 2006, publicada en el diario oficial el 04 de diciembre de 2006). En ambos casos, el debate se centró en un contrato de anticresis que

deviene en precaria, interpretación que protege la posibilidad del pleno disfrute del derecho a la propiedad por el adquirente, reconocido y amparado por el artículo 70 de la Constitución de 1993, sin más trabas que las establecidas expresamente por la ley”.

²⁶ “Una vez concluido el plazo del contrato de arrendamiento, la condición del arrendatario no es la de un ocupante precario, ya que el contrato de arrendamiento –si antes no se ha solicitado la devolución del inmueble- sigue vigente y bajo las condiciones en un inicio pactadas, siendo que en tal supuesto el arrendador puede solicitar la devolución que debe hacerse valer a través de la vía legal correspondiente, según lo prevé el artículo 1700 del Código Civil”.

²⁷ “Sexto.- Que, consiguientemente en el presente caso, resulta evidente que si bien los actores han acreditado ser propietarios con derecho inscrito en los registros públicos del bien inmueble sublitis, sin embargo, tal derecho de propiedad es negado por el demandado quien incluso viene cuestionando en sede judicial la validez del título que escolta a la demanda, por lo que se incumple el tercer requisito del proceso de desalojo por causal de ocupación precaria aludido en el considerando precedente, toda vez que, al alegar el demandado derecho de propiedad y cuestionar judicialmente la validez del título del demandante se da una especial circunstancia que justifica la posesión del demandado sobre el bien inmueble materia de la demanda”.

²⁸ La Corte razonó de la siguiente forma: “siendo nulo el contrato de anticresis, los demandados resultan ser precarios, de conformidad con el artículo 911 del Código Civil, que establece que la posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía feneció”.

constaba en instrumento privado, cuando el art. 1092 CC exige la escritura pública, bajo sanción de nulidad.

- iv. Un grupo de sentencias dice que el poseedor carente de título es precario, esto es, a quien adolece de negocio jurídico justificativo de la posesión, aunque sea nulo, como lo indica la Casación N° 417-2009-Ica²⁹); pero, otras muchas la desmienten, pues señalan que la posesión no es precaria cuando la ejerce la ex - conviviente del propietario, con quien tiene hijos, pese a que no cuenta con título jurídico alguno, salvo el acta de conciliación por violencia familiar (Casación N° 3191-2010-Cusco, de 07 de junio de 2011³⁰), pues basta, según una mención muy usual de la jurisprudencia, “cualquier circunstancia que justifique el uso y disfrute del bien”, lo que va más allá de la necesidad de título como negocio jurídico. En este tema familiar existen otras sentencias como la Casación N° 336-02-Lima³¹ y la N° 3135-99-

²⁹ “Décimo.- (El artículo 911 del Código Civil, establece que la posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido. La norma acotada exige que se prueben dos condiciones copulativas: que la parte demandante sea la titular del bien cuya desocupación pretende; y que la parte emplazada ocupe el mismo sin título o el que tenía ha fenecido. El “título” a que se refiere la segunda condición copulativa es el que emana de un acto jurídico por el que se otorga al poseedor la propiedad, arrendamiento, usufructo, uso, comodato, superficie, anticresis, entre otros, del bien que detenta, por lo que reiteradas ejecutorias de la Corte Suprema de Justicia han establecido que la posesión precaria es la que se ejerce de facto, sin contar con título que justifique la posesión, entendiéndose como tal a la ausencia absoluta de cualquier circunstancia que permita advertir la legitimidad de la posesión que detenta el ocupante”.

³⁰ “Décimo Cuarto.- Que, en el caso concreto, conforme se tiene de la instrumental obrante a fojas tres, el bien materia de litis fue adquirido por el demandante por contrato de venta de fecha veintitrés de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro de la señora Concepción Delgado Sosa de Santos; es decir, con fecha anterior a la relación convivencial iniciada con la demandada Paula Quispe Cruz, por lo tanto, no podría considerarse dicho inmueble como bien social o parte de la sociedad de gananciales habidas dentro de una convivencia, dado que fue adquirido antes de iniciar la unión de hecho. Ahora, respecto de las mejoras que alude la recurrente haber hecho en el mencionado inmueble, se tiene que a nivel de todo el proceso, no se acreditó fehacientemente dicha situación (artículo 196 del Código Procesal Civil); por lo que los argumentos de la recurrente, de considerar el bien sublitis como parte de la sociedad de gananciales habidos durante su convivencia con el demandante, quedan enervados. Décimo Quinto.- Que, respecto del acta de conciliación otorgado en el proceso de violencia familiar con fecha uno de diciembre de dos mil cuatro, seguido por la recurrente, por el cual el demandante le autorizó el ingreso, junto con sus menores hijos, al inmueble ubicado en la Calle Bolívar número novecientos setenta (hogar conyugal o de hecho), a razón de haberse reanudado sus relaciones convivenciales con la demandada; constituye título suficiente para no ser considerada como ocupante precaria, ya que ejercita su posesión en dicho inmueble como madre de los hijos del actor. Por tanto, el título que invoca la demandada para poseer las dos habitaciones reclamadas no ha fenecido”.

³¹ “La posterior permanencia del (hijo) demandado en el inmueble, luego de surgir las desavenencias y discusiones familiares que refiere el actor en su demanda, no convierte en

Lima³², en las que también se niega la precariedad. Por otro lado, la Corte Suprema aduce que no hay precario cuando el poseedor discute los derechos hereditarios que le corresponderían en una casa que fue otorgada en anticipo de herencia a otro de los hijos del causante, pues se encuentra pendiente una demanda judicial por “colación”, por cuya virtud, la Sala Superior establece, en argumento confirmado por el Tribunal Supremo, que “los demandados poseen un bien colacionable de su causante, situación que justifica su posesión de modo que mediante desalojo por ocupante precario no resulta posible su restitución” (Casación N° 4072-2010-Cusco, de 09 de marzo de 2012).

- v. Unas sentencias indican que es precario el comprador, incluso con inscripción registral, a quien el vendedor le resolvió el contrato de forma extrajudicial y unilateral, conforme la Casación N° 396-04-Lima, de 07 de septiembre de 2005³³ y la N° 2705-2010-Lima, de 31 de mayo de 2011³⁴; mientras otras sostienen

precario al recurrente; no resultando pertinente en esta vía sumarísima determinar la naturaleza de las relaciones jurídicas existentes entre el propietario y los demás ocupantes del inmueble, y que autorizarían el derecho de uso a favor del demandado”.

³² “la posesión ejercida por el hijo menor de edad sobre los bienes de propiedad del padre, nunca va a ser una posesión precaria, pues su título posesorio es justamente su calidad de hijo (...) El solo hecho de acudir a los hijos con una pensión alimenticia, no exime al padre de la obligación de proporcionarles vivienda, pues este hecho debe tomado en cuenta a efectos de fijar la pensión, y no tiene efecto alguno en la calidad posesoria del hijo (...) De obtenerse el desalojo de la madre, que ejerce la tenencia del menor, se estaría obteniendo de forma indirecta el desalojo del hijo, quien no tiene la calidad de precario”.

³³ “Décimo Tercero.- Que, la demandante sustenta su demanda precisamente en el hecho de que el contrato de compraventa que suscribió con el demandado, ha fenecido a consecuencia de haber operado la resolución del mismo por falta de pago de las cuotas acordadas, lo cual fue pactado expresamente en su cláusula cuarta, entonces es lógico y congruente concluir que era necesaria la cita, interpretación y análisis del artículo 1430 del Código Civil, que efectuaron las instancias de mérito, por ser pertinente dicha norma para efectos de establecer la vigencia del título que justifica la posesión”.

³⁴ “Quinto.- Que, revisados los actuados, de fojas veintisiete a treinta y nueve, se advierte el contrato de compraventa sujeto a condición suspensiva, celebrado entre el demandante Lumiere Maritime Inc. a favor del demandado Fernando Zevallos Gonzales, verificándose en la cláusula cuarta, que las partes contratantes, de conformidad con el artículo 1583 del Código Civil, pactaron que en caso de incumplimiento por parte del comprador de abonar dos o más cuotas mensuales consecutivas o no, otorgará la posibilidad al vendedor, de resolver el contrato de compraventa de pleno derecho, y por ende, exigir la desocupación del inmueble, bastando para ello, la comunicación notarial al comprador conforme a lo pactado en la referida cláusula cuarta. Hecho que se produjo como consecuencia que el demandado no cumplió con pagar las últimas tres cuotas de la parte fraccionada del precio de venta, ni el saldo deudor como era su obligación contractual, lo cual se acredita con las cartas notariales cursadas al demandante obrante a fojas cuarenta y dos, sesenta y cinco, ochenta y ocho, ciento once, ciento doce y ciento trece, configurándose así la causal de resolución de contrato contenida en la cláusula cuarta del contrato en mención. Siendo así, resulta aplicable al presente caso el artículo 911 del Código

exactamente lo contrario, como la Casación N° 1144-2005-Lima³⁵.

- vi. Una sentencia llegó a resolver un caso de doble venta mediante la vía del desalojo; por lo cual se consideró precario al comprador que celebró el contrato en primer lugar, pero que no había inscrito su derecho (Casación N° 1352-2004, de 13 de septiembre de 2005).
- vii. Una reciente sentencia de la Corte Suprema avala la posición de la Sala Superior, pues “no revisa hechos”, en cuanto el demandado con título sobre las edificaciones, igual es precario (Casación N° 3741-2010-Tacna, de 14 de marzo de 2011). Esta decisión es contradictoria con una sentencia anterior, en la cual se dijo que el autor de la edificación, no es precario (Casación N° 1311-2009-Lambayeque, de 02 de noviembre de 2009). Es decir, hoy nadie sabe a qué atenerse en el tema del precario. Un día es a favor, y el otro en contra.

No solo son incoherentes las definiciones de precario, sino también las del propio desalojo, al que se define como: “*acción principal, inmobiliaria, posesoria, personal y de contenido real*” (Casación N° 3741-2010-Tacna). Primero, es contradictorio que una pretendida acción sea real y personal en forma simultánea. Segundo, no se entiende cómo una acción es posesoria, cuando la propia Corte seguidamente exige la prueba del dominio en el desalojo por precario (lo mismo hacen los “doctrinarios”, como Pasco Arauco). Tercero, no sabemos por qué esta acción se aplica solo a los inmuebles. ¿Cuál es la solución frente al despropósito del “precario judicial”? Muy simple: dejar que el edificio se caiga, pues nada lo salva; y empezar con la construcción de una nueva definición, acorde al sistema general de los derechos reales y a la igualdad de las partes.

Por tanto, en la actualidad, el demandante no tiene seguridad alguna de obtener un resultado exitoso; y el demandado malicioso tiene todas las

Civil, al haber sido resuelto el contrato de compraventa sujeto a condición suspensiva y no habiendo objetado el demandado las comunicaciones que se le cursaron en tal sentido, por lo que tiene la condición de precario porque el título que tenía ha fenecido, de acuerdo con los artículos 1428 y 1429 del Código Civil”.

³⁵ “En cuanto a la referencia al artículo 911 del Código Civil, se sostiene que el comprador que posee un inmueble no tiene la calidad de poseedor precario, pues la sola obligación de enajenar un inmueble hace al acreedor propietario del mismo, conforme al artículo citado, siendo que la posesión precaria debe entenderse para los poseedores temporales con título, como los casos del usufructuario, usuario, superficiario y acreedor anticrético, no alcanzando la norma al caso sub-materia en donde las partes celebraron un contrato de compraventa en donde la restitución del inmueble corresponde ser accionada en la vía de la acción reivindicatoria”.

armas para complicar el pleito hasta hacerlo de significado incierto³⁶. Sin embargo, los problemas también vienen por el lado contrario. Así, no descartamos la hipótesis de demandantes aventureros, que, rápidamente, pueden inscribir un título de propiedad en el registro, incluso falsificado, o que inventan una causal de resolución contractual, con lo que se encuentran en posibilidad de reclamar la posesión del bien mediante la figura sobredimensionada del precario (un caso paradigmático es la ya citada Casación N° 1352-2004, en la que se discutió el problema de la doble venta a través de ¡un desalojo por ocupante precario!).

Esta lamentable situación de la jurisprudencia es la que patrocinan Lama More y Pasco Arauco³⁷; quienes, probablemente, tampoco saben qué es precario, pues todo lo dejan librado a la “discreción judicial”, sin que se hayan tomado la molestia de establecer un catálogo de hipótesis de la precariedad, lo que demuestra que no tienen claro el concepto que ellos mismos postulan³⁸.

3.2 EL DESALOJO NO PROTEGE LA PROPIEDAD

En el ámbito de los derechos reales, las normas y principios se construyen alrededor de la idea de propiedad o de la posesión. Esa es la base de la ordenación jurídica que regula la asignación, uso y circulación de los bienes conformantes de la riqueza material.

La propiedad es la atribución definitiva que el ordenamiento reconoce sobre los bienes, con la finalidad de obtener su goce y disfrute; mientras tanto, la posesión es la atribución provisional o interina, que otorga protección para esa misma finalidad, pero hasta que un tercero exhiba un título mejor. Por ejemplo, el poseedor puede repeler los ataques de

³⁶ En la práctica, como nadie sabe qué es precario, entonces resulta que el demandado puede complicar el asunto hasta que la demanda sea declarada improcedente, por lo que el propietario tiene que iniciar un segundo proceso judicial, lato, de reivindicación o mejor derecho. En el ámbito judicial ya se tiene noticia de este problema: “bastaría que cualquier demandado por desalojo por ocupación precaria presente un título cualquiera, otorgado por cualquier persona incluso ajena, incluso falsificado, para que la demanda sea declarada improcedente”: ABANTO TORRES, Jaime David. “La nulidad de oficio declarada por el juez en el Código Civil de 1984”. En *Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica, Tomo 219, Lima, febrero 2012, p. 33.

³⁷ Este señala que mi posición es “minoritaria”: PASCO ARAUCO, Alan. “Sembrando la duda razonable en el juez sobre la precariedad del demandado”. En *Diálogo con la Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, N° 173, Lima, febrero 2013, p. 56), como si en el Derecho lo **único** importante fuese el número o el peso, y no las razones. En todo caso, si en el otro lado de la mesa están Lama More y Pasco Arauco, entonces yo prefiero estar solo.

³⁸ Una curiosidad: Pasco se cree el “autor” de una tesis sobre el precario, cuando en realidad él se limita a seguir la errática jurisprudencia, que a su vez repite mecánicamente el art. 911 CC (Ibídem). Es evidente, pues, que él no ha formulado una propuesta diferente a la de las sentencias. Por tanto, el debate aquí planteado se hace, en realidad, con la jurisprudencia de los tribunales.

cualquier sujeto que pretenda despojarlo, hasta del titular, por la vía de los interdictos, sin embargo, su protección cesa cuando se enfrenta al propietario en un proceso en el cual se discute el dominio. En resumen, el poseedor es, metafóricamente, un “cuasi-propietario”, pues se opone a todos los terceros, excepto contra quien pueda invocar eficazmente la regla de la propiedad.

¿Y cómo se invoca esta regla? La propiedad es una atribución definitiva, lo que exige que este derecho se dilucide a través de un proceso amplio, sin límites de pruebas ni de cognición, que produzca cosa juzgada entre las partes. Ese mecanismo es la reivindicación o la acción declarativa de dominio, que en nuestro país a veces se confunde con el llamado “mejor derecho de propiedad” (art. 923 CC).

Por el contrario, la posesión se protege a través de un medio simplificado (art. 921 CC), pues el carácter de atribución provisional soporta que la posesión se dilucide por medio de un proceso sumario y limitado, en cuanto la materia controvertida es simple y sencilla; máxime, cuando este tipo de procesos no genera cosa juzgada.

En resumen, si el demandante solo cuenta con título de propiedad, sin posesión, entonces debe acudir a la reivindicatoria o la acción declarativa. Por su parte, si el demandante tenía la posesión, pero fue despojado, sin importar las razones del dominio, entonces puede acudir al interdicto posesorio.

No obstante, sigue la pregunta en pie: ¿el desalojo protege la propiedad o la posesión?

Vamos a analizar un caso recurrente para avanzar hacia una respuesta: La jurisprudencia ha entendido que el conflicto entre un propietario, que nunca fue poseedor, frente a un poseedor sin título, se resuelve a través del desalojo por ocupación precaria. Nótese que el demandante solo exhibe el título de propiedad, pues no ha sido poseedor, por lo que, en tal perspectiva, el desalojo se convierte en un mecanismo de protección de la propiedad, análogo a la reivindicatoria, pues en ambos instrumentos judiciales se discute la propiedad, y no la posesión.

Sin embargo, la asimilación de ambos remedios no puede admitirse, por los siguientes fundamentos:

- i. El desalojo por precario se decide en proceso sumario, incompatible con la naturaleza y fines de la reivindicatoria. En efecto, la reivindicatoria cierra el debate sobre la propiedad del bien, por lo que se produce cosa juzgada entre las partes. Por el contrario, es bien conocido que el desalojo no clausura, ni puede

hacerlo, el debate sobre el dominio, precisamente por la sumariedad del proceso que lo contiene.

- ii. Si el desalojo por precario fuese un proceso de tutela de la propiedad, entonces, tanto el demandante, como el demandado, estarían habilitados para exponer, alegar y probar sus razones sobre la propiedad. Así lo impone el principio de igualdad de armas (derecho procesal fundamental, consistente en la igualdad que preside las relaciones de las partes en el proceso, y que configura el debido proceso). Por ejemplo, el demandado podría considerar que las construcciones realizadas lo han convertido en propietario, o que la posesión en concepto de dueño ha consumado la usucapión, y eso también debería controvertirse en los procesos de desalojo. Sin embargo, eso no ocurre, pues en tales hipótesis se declara fundada la demanda, y la pretensión que tuviese el demandado (por usucapión o accesión) se reenvía a “otro proceso más lato”. Por tanto, el desalojo por precario permite, hoy por hoy, que el demandante exhiba la prueba del dominio, pero esa misma prerrogativa no se le reconoce al demandado. Siendo así, el demandante que falsificó un título de propiedad, puede gozar del rápido desalojo frente a un poseedor con medio siglo de ocupación, pues a este le dirán que hoy se vaya del inmueble, y que, en todo caso, “reclame después”. **Este es un clamoroso ejemplo de injusticia**, por el cual no solo se desconocen los derechos adquiridos de quienes ya son propietarios por la posesión, sino, también se violan las garantías procesales de carácter fundamental, previstas en la Constitución de 1993 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- iii. Si el desalojo conlleva la pérdida del hogar de vivienda, entonces se produce, adicionalmente, una violación del derecho humano a una vivienda adecuada. En efecto, dentro del contenido protegido de este derecho se encuentra la prohibición de los desalojos forzosos, “cuando estos violan el debido proceso”. El Estado Peruano, a través del Poder Judicial, infringe el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (de 1966), en cuanto se dispone este tipo de desalojos, en los que escucha a una de las partes, pero se cierra frente a la otra³⁹.

³⁹ En la actualidad, el derecho a la vivienda puede exigirse judicialmente en los siguientes ámbitos mínimos (ONU. Comisión de Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado*, Sr. Miloon Kothari, 1º de marzo de 2002, E/CN.4/2002/59, p. 13):

- iv. Los poseedores en concepto de dueño no pueden ser desalojados por la vía sumaria, ya que cuentan con un valor patrimonial autónomo de relevancia social. Por tanto, la titularidad provisional que representa la posesión solo puede ser desvirtuada mediante una titularidad definitiva, lo que exige actuar la prueba de la propiedad a través de la reivindicatoria. Siendo así, un poseedor en rumbo a la usucapión no puede ser privado de tal condición por el desalojo, que no es reivindicatoria. Recuérdese que la posesión tiene una importancia de primer orden en nuestra sociedad, máxime por la dificultad de obtener títulos registrados, por lo que la indiscriminada estimación de las demandas de desalojo por precario hace que se infrinjan los derechos del poseedor en concepto de dueño, que en muchos casos podría oponer la usucapión, la accesión, las mejoras u otra pretensión. En tal caso, quien se considera propietario deberá acudir necesariamente a la reivindicatoria, por lo que el actor no puede utilizar una vía sumaria para recuperar con tanta facilidad una posesión que nunca ha tenido, y que podría ser una señal de que tampoco cuenta con el derecho. La controversia, así planteada, debe resolverse en un proceso plenario con todas las garantías.
- v. Un último argumento, de esos que gustan a los positivistas, se encuentra en el art. 587 CPC, que señala en forma contundente: *“si el predio es ocupado por un tercero ajeno a la relación establecida entre el demandante y la persona a quien este cedió la posesión, el demandante debe denunciarlo en su demanda”*. Esto significa, fuera de toda duda, que el desalojo está habilitado para la relación entre cedente y cesionario de la posesión, lo que solo ocurre en la posesión mediata e inmediata. Luego de esta inequívoca voluntad del legislador: ¿qué dirán ahora todos los seguidores del positivismo a ultranza?

En resumen, el desalojo, por cualquier causa que fuese, incluyendo el precario, no protege la propiedad, sino la posesión. El tema hace tiempo está resuelto en el sentido que el desalojo es acción posesoria y sumaria,

-
- i. Protección de las personas vulnerables para que no queden sin techo, debido a una medida arbitraria o discriminatoria
 - ii. Garantía del derecho a una vivienda adecuada, incluida la prestación no-discriminatoria de servicios cívicos, y asegurar que no haya una política de regresión en el derecho a la vivienda. Aquí, por ejemplo, se advierte un grave problema de discriminación racial o de migrantes respecto al acceso a la vivienda alquilada
 - iii. **Prohibición de desalojos forzosos masivos, salvo en casos excepcionales, y siempre con preaviso razonable, audiencias antes del desalojo, derecho al debido proceso y reconocimiento del derecho a la vivienda en otro lugar**

esto es, resulta incompatible con la reivindicatoria o con la tutela del dominio.

3.3 EL DESALOJO ES ACCIÓN POSESORIA

Las situaciones jurídicas consolidadas y definitivas requieren de procesos plenarios; mientras que las situaciones interinas se conforman con procesos sumarios, más breves y expeditivos; por tanto, la estructura técnica del desalojo calza perfectamente con la protección de la posesión.

Esta conclusión es reforzada por los artículos 585 y 586 CPC, en cuanto el desalojo permite la **restitución**, lo que implica que el demandado devuelve el bien al demandante, quien antes le había cedido voluntariamente la posesión. Por tanto, se trata de un instrumento de tutela de la posesión mediata, a efecto que el cedente obtenga la posesión directa por virtud de la devolución que deberá realizar el demandado. El art. 587 CPC ratifica esta conclusión: se necesita un acto de cesión de posesión entre demandante y demandado. Esa circunstancia solo se encuentra en la posesión mediata (art. 905 CC), cuya configuración ocurre cuando un sujeto entrega voluntariamente el bien a otro, en virtud de un título jurídico o social (contractual o extracontractual, según la doctrina alemana), de carácter temporal, por lo que el receptor queda obligado a su restitución.

Nadie discute que el concepto de precario solo tiene sentido en relación con la norma procesal⁴⁰, pues el desalojo es el cauce instrumental que sirve para recuperar la posesión. Por tanto, la ley procesal complementa la norma civil, y no puede realizarse la construcción del concepto a partir del aislado art. 911 CC. En consecuencia, la norma procesal permite construir el desalojo como una acción posesoria especial, que protege la posesión mediata del demandante.

Si el desalojo es acción posesoria, entonces el demandante debe ser poseedor, ¿pero qué clase de poseedor? Si el actor es poseedor, y el demandado también lo es, pues se busca restituir la posesión que tiene el segundo a favor del primero, entonces la conclusión evidente es que **ambas partes del proceso son poseedores**, lo que solo puede ocurrir cuando uno es mediato y el otro mediato. Esta afirmación se ratifica con el término “restitución” que utiliza claramente los arts. 585, 586 y 587 CPC, que es la característica de la posesión mediata (art. 905 CC).

⁴⁰ PASCO ARAUCO lo admite expresamente en un artículo (“Sobre la posesión precaria, el desalojo y los intolerantes”. En *Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica, N° 219, Lima, febrero 2012, p. 65), que tiene el dudoso mérito de haber sido objeto de refutación punto por punto, y que el estudioso debe consultar: GONZALES BARRÓN, Gunther. “La posesión precaria, en síntesis (y réplica contra los positivistas radicales)”. En *Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica, N° 223, Lima, junio 2012. Algunos de los cuestionamientos irrefutables que se expresaron en dicha ocasión, sobre los que se evita responder, los recordaremos aquí con mayor detalle.

Por el contrario, la actual configuración (judicial) del desalojo incurre en un error insalvable: reconoce que esta vía tiene la condición de acción posesoria, pero, el demandante no es poseedor, por lo que basta exhibir un título de propiedad. Aquí, la confusión jurisprudencial es grave, pues tenemos sentencias de la Corte Suprema que, en el mismo texto y en forma simultánea, dicen que el desalojo es acción posesoria, pero el demandante debe exhibir el título de propiedad, por lo que carece de posesión⁴¹. ¿Puede reconocerse acciones posesorias a favor de quien no es poseedor? La respuesta es obviamente negativa, aunque no para algún “autor”, cuya lógica se ha extraviado en el camino.

3.4 EL CASO DEL DEMANDANTE-PROPIETARIO CON TÍTULO FORMAL FRENTE AL DEMANDADO-POSEEDOR QUE ALEGA USUCAPIÓN

En el Perú existe una doctrina que se sustenta exclusivamente en la jurisprudencia, por virtud de la cual, se pretende igualar los remedios posesorios a los de la propiedad, de tal suerte que postula un desalojo que sirve para dilucidar el dominio y también la usucapión. Es el caso de Pasco Arauco, que en el caso de un propietario con título enfrentado con un poseedor de larga data, entonces el tema se “resuelve” por el fácil expediente de la prueba: si el demandado-poseedor acredita la usucapión, entonces la demanda de desalojo por precario es infundada⁴². **Lamentamos decir que el error en el que incurre es terrible.** El problema, obviamente, no es de prueba del demandado, ni mucho menos. Vamos a refutarlo de modo convincente:

En primer lugar, todos están de acuerdo en que el desalojo es acción posesoria, por tanto, resulta poco menos que absurdo sostener que un no-poseedor sea titular de una acción posesoria. ¿Cómo explicar esta contradicción? Pasco sigue sin decir una sola palabra sobre este fundamental tema, pues en todos sus artículos, incluyendo el último, mantiene su silencio, de lo cual hay que deducir una capitulación en todos los términos: ¡no puede explicarlo!

En segundo lugar, el problema no se resuelve con la “prueba del demandado sobre la usucapión”, como él piensa alegremente, sino, con la

⁴¹ Casación N° 3471-2010-Tacna, de fecha 14 de marzo de 2011, y publicada en el diario oficial el día 01 de agosto de 2011: “El proceso de desalojo por ocupante precario es una acción principal, inmobiliaria, posesoria, personal y de contenido real, que tiene por finalidad próxima el lanzamiento del demandado y consiguiente desalojo de personas y enseres, y como fin remoto la recuperación por parte del propietario de la posesión natural de la posesión objeto de litis; en consecuencia, en el proceso de desalojo por ocupante precario, corresponderá al titular de la acción acreditar su condición de propietario con la presentación del título respectivo que lo avale como tal”.

⁴² PASCO ARAUCO, “Sembrando la duda razonable en el juez (...)”, Op. Cit., p. 60.

imperiosa necesidad de que el demandante acredite la posesión, pues el desalojo es acción posesoria. Por tanto, en el caso del actor con título, pero que nunca ha poseído, entonces el juez tiene que declarar automáticamente la improcedencia de la demanda, pues de los propios fundamentos de la pretensión queda establecido que esta no es viable; siendo así, ¿qué importan las alegaciones del demandado? **Seguimos esperando que se nos explique cómo un no-poseedor (con título o sin título) puede actuar por medio de una acción posesoria.** Eso es simplemente absurdo. Imaginemos que alguien sostenga que un ladrón, que robó el día de ayer un objeto, sin embargo, se le conceda la acción reivindicatoria: ¡un no-propietario reivindicando! Esa barbaridad es exactamente la misma que sostiene Pasco.

En tercer lugar, el desalojo no puede ventilar cuestiones referidas a la propiedad y usucapión, pues su función es meramente posesoria (arts. 585, 586, 587 CPC). En tal sentido, tampoco hemos leído cómo Pasco justifica el art. 587 del Código adjetivo: *“Si el predio es ocupado por un tercero ajeno a la relación establecida entre el demandante y la persona a quien este le cedió la posesión, el demandante debe denunciarlo en su demanda (...)”*. Es obvio, pues, que según la norma citada, el desalojo solo pretende la restitución de la posesión a favor del que “cedió la posesión”. Los positivistas se olvidan de la ley y callan en todos los idiomas cuando les conviene, como sucede en este caso.

Como conclusión, es irrelevante lo que alegue el demandado (usucapión o lo que sea), o sus pruebas, pues antes debe exigirse que el actor sea poseedor⁴³. Solo de esa manera tendría habilitada una acción posesoria, como es el desalojo.

Pero el tema no queda allí.

En efecto, para algunos, la lógica no existe ni debe existir, pues luego de señalar que el desalojo es proceso sumario, con limitación de cognición, por ende, acción posesoria; inmediatamente insisten en que en el desalojo

⁴³ Parece que el contradictor no lee adecuadamente, pues sigue diciendo que “el dicho del demandado no puede dar lugar a que el desalojo se venga abajo cual castillo de naipes” (Ibídem); cuando en realidad debería preocuparse, en primer término, por mantener la sistemática y coherencia de la ordenación jurídica de los derechos reales: los propietarios, que solo invocan las razones de su título, y nunca fueron poseedores, entonces solo pueden utilizar las acciones de la propiedad, pero no obviamente las posesorias, pues carecen de tal condición. Por su parte, las acciones posesorias solo están reservadas a los poseedores. Por tanto, no se entiende para qué se discute la situación del demandado, o si tiene o no pruebas de usucapión que generen “duda razonable” sobre su “justificada posesión” (¿esto es derecho penal? La frase en un tema de derecho civil es absurda) sin antes haber dilucidado qué cualidad debe tener el demandante; y en este caso, tratándose de una acción posesoria, solo cabe que sea planteada por un poseedor. Toda la otra verborrea es inútil, mientras no se aclare este trascendental punto. En resumen, si el actor es un propietario, que nunca ejerció la posesión, entonces no puede actuar en vía posesoria, y solo le queda la reivindicatoria.

sirve para controvertir la usucapión del demandado, con lo cual, este medio de protección sirve para dilucidar el dominio⁴⁴. **O sea, dentro del mismo desalojo también se va a discutir la usucapión, y si el demandado tiene la razón, ¿se le declarará así en la sentencia? En buena cuenta, según él, el proceso de desalojo es acción posesoria, sin embargo, el propietario, sin posesión, la puede invocar, por lo que ya no es acción posesoria, pues se convierte en reivindicación encubierta. Luego dice que el demandado también puede aducir sus razones de dominio, por lo que se convierte en acción declarativa o de usucapión, y lo de la acción posesoria parece que ya pasó a mejor vida⁴⁵. Por último, el**

⁴⁴ “no toma en cuenta que la prescripción adquisitiva puede ser alegada por el demandado en cualquier situación, ante cualquier circunstancia y aun sin tener razón. Es más, es del todo claro que al momento de contestar la demanda y a efectos de impedir el desalojo, el demandado pondrá sobre la mesa todos los mecanismos de defensa que estén a su alcance para poder burlar el desalojo”: *Ibíd.*, p. 59. Luego, añade otro argumento francamente equivocado, por donde se le mire: “Al final de cuentas, es en el proceso en el que se ventilan todos los temas que las partes quieran plantear como sustento de sus pretensiones”: *Ibíd.*, p. 60.

Es decir, el demandado puede argüir razones de propiedad en un desalojo por precario, en consecuencia, se ha convertido en acción declarativa de dominio y prescripción adquisitiva. No solo eso. El desalojo ahora es acción plenaria en el cual “se ventilan todos los temas que las partes quieran plantear”.

⁴⁵ La incongruencia no tiene cuando acabar, pues enseguida sostiene: “Por el contrario, en caso de que el demandado hubiese presentado alguna prueba que hubiese (sic) acreditado o generado algún indicio de que en efecto venía poseyendo el bien por 20 años, entonces la demanda de desalojo debió ser desestimada, dejando que las partes acudan a un proceso plenario como la reivindicación para discutir el derecho de propiedad sobre el inmueble” (*Ibidem*).

El error notorio se demuestra de la siguiente forma:

Primero, ¿cómo entender que un proceso sumario sirva para discutir la prescripción adquisitiva? Recuérdese que el demandado no solo deberá probar el plazo de la posesión, sino los otros requisitos, incluyendo el *animus domini*, y, ¿todo eso lo hará en el breve plazo de contestación de cinco días (art. 554, 1 CPC)?; mientras tanto, el demandante, que no supo cómo contestaría el emplazado, ¿cómo podría reaccionar si inmediatamente se fija fecha para la audiencia de pruebas, y no hay posibilidad de ampliar sus pruebas, ni siquiera por hechos nuevos (art. 559 CPC). Claramente, el desalojo no está pensado para conocer pretensiones complejas.

Segundo, ¿si el desalojo es acción posesoria, cómo se debate una cuestión vinculada al dominio?

Tercero, si aceptamos que la prueba de la usucapión se discuta “ampliamente” en el desalojo (*Ibidem*, 4 a 8º línea de la columna izquierda), entonces, ¿para que se le reenvía al plenario y no se resuelve de una buena vez? La premisa y la conclusión no calzan.

Cuarto, si reenviamos el proceso al plenario, entonces estamos de acuerdo que la prescripción adquisitiva no puede ventilarse en un sumario, entonces, que alguien por favor nos explique cómo pudo sostenerse unas cuantas líneas antes que el demandado puede presentar todas las pruebas y alegaciones que convengan a su derecho. **El solo reenvío al plenario significa reconocer que el tema no puede debatirse en el sumario.** Una incoherencia tras otra, y cuyo origen se encuentra en la pregunta que viene esquivándose hace mucho tiempo: ¿cómo un no poseedor (propietario con título formal, pero sin posesión) pretende utilizar una acción

mismo autor dice que esta vía sirve para reparar el despojo sufrido por medio de usurpadores o ladrones, esto es, reemplaza al interdicto. En resumen, según Pasco, el desalojo por precario sirve de interdicto, desalojo, reivindicación, mejor derecho de propiedad, prescripción adquisitiva y hasta para la resolución unilateral de contrato. Nunca antes nos habíamos topado con una incoherencia de este tipo. En fin, ¿todavía cabe seguir discutiendo el tema?

3.5 LAS RELACIONES FAMILIARES Y EL DESALOJO POR PRECARIO

Las relaciones familiares y la posesión dan lugar a complejos problema que últimamente se controvierten en nuestros Tribunales.

Una primera hipótesis ocurre cuando un pariente le presta el bien a otro, por simple gracia o liberalidad, en forma indeterminada o por un periodo de tiempo, sin ninguna obligación subyacente; por mero favor o deber moral⁴⁶. Estos casos se subsumen perfectamente en el art. 911, en cuanto el “poseedor carece de título”, pues tales ocupantes precarios no se fundan en título jurídico, sino en “relaciones de cortesía o amistad”.

Una segunda hipótesis se produce cuando, al interior de la relación familiar, el propietario del bien, que también posee, solicita la desocupación al pariente no-titular, que ingresó como alojado del dueño, pero se resiste a la restitución. En tal circunstancia, debe entenderse que el rebelde, por efecto de su negativa a seguir las instrucciones, muta su condición jurídica, y pasa de servidor a poseedor. Es el caso del padre e hijo que habitan conjuntamente la misma casa; en cuyo caso, si bien en principio se encuentran en relación de poseedor y servidor, sin embargo, luego el segundo se convierte en poseedor autónomo por rechazo al padre. Se produciría, entonces, una coposesión. También cabe que luego de la rebeldía, el padre manifieste su aquiescencia o mera tolerancia al hijo, y este lo acepte, con lo cual se convertiría en precario. Aquí surge una dificultad dogmática en cuanto padre e hijo ocupan la casa, pero uno es concedente-poseedor mediato y el otro es precario-poseedor inmediato, lo que da origen a una co-posesión anómala: el padre es mediato, en parte, y directo, en parte; mientras el hijo es inmediato, en parte. La doctrina alemana propone esta solución.

posesoria, que está reservada a los poseedores o a los que han sufrido un ataque a su posesión pasada?

⁴⁶ Así, la sentencia del Tribunal Supremo Español de 30 de noviembre de 1964: “es normal y frecuente que los padres de familia, al casarse los hijos, les entreguen una vivienda para que vayan a habitar en ella, y esta cesión del uso y disfrute de la misma, sin exigencia de pago de renta, constituye técnicamente un verdadero precario, que cesará cuando quiera ponerle fin el cedente”: Cit. BELLO JANEIRO, Domingo. *El Precario. Estudio teórico y práctico*, Editorial Comares, Granada 1997, p. 63.

En la jurisprudencia peruana se presentó el caso de un padre, titular exclusivo de un inmueble, que demanda a su ex – esposa (por divorcio judicial) e hijos mayores de edad, para que desocupen el inmueble a través de la vía del desalojo por precario. Los hechos denotan que el padre abandonó en su momento el hogar conyugal, produciéndose luego la crisis y rompimiento del vínculo matrimonial; a pesar de lo cual, la ex – esposa y los hijos continuaron en ocupación del bien por muchos años. Es evidente que, en este caso, los poseedores ocuparon el bien, en principio, por gracia o benevolencia familiar y con el consentimiento del propietario, por lo que se les debió reputar como precarios. Sin embargo, la desvinculación total del padre por muchos años (abandono del hogar conyugal) hizo que este pierda la posesión. La Corte Suprema casó la sentencia, la declaró nula y ordenó que se vuelva a emitir resolución, pues “la Sala Superior se ha limitado a consignar que no existe medio probatorio que acredite la existencia de un contrato verbal entre el actor y los demandados, sin valorar las partidas de nacimiento de los hijos del demandante y de la demandada, habidos durante la unión matrimonial, quienes siguen viviendo en el inmueble en la actualidad” (Casación N° 1588-2011-Lima, del 05 de marzo de 2012, publicada el 01 de octubre de 2012). La verdad es que no se entiende la necesidad del reenvío a la Sala Superior, pues las citadas partidas de nacimiento solo sirven para confirmar que la ocupación de los hijos y su madre se debió originalmente a una liberalidad nacida de la vinculación familiar, pero nótese que el paso de muchos años de abandono hace que el padre pierda la posesión, por lo que los parientes pasaron a convertirse en poseedores autónomos, incluso *ad usucapionem*, por lo que la demanda de desalojo es improcedente: un no-poseedor está impedido, por lógica, de invocar una acción posesoria. El padre solo tiene a su favor la acción reivindicatoria, siempre que no se hubiese consumado la usucapión contraria. La jurisprudencia comparada ya ha sancionado, en casos análogos, la posibilidad de adquirir por prescripción adquisitiva.

Una tercera hipótesis ocurre cuando la detentación que ejerce un pariente, sea cónyuge, conviviente o hijos, se funda en el deber legal de asistencia y auxilio, por lo que no se trata de precario, pues la detentación está protegida por las normas del Derecho de familia, que obviamente interfieren en la situación, haciéndola devenir en posesión inmediata con título jurídico. En efecto, un numeroso grupo de sentencias de la Corte Suprema, tales como la Casación N° 3191-2010-Cusco, de 07 de junio de 2011⁴⁷), N° 336-02-Lima⁴⁸ y N° 3135-99-Lima⁴⁹, señalan que el deber de

⁴⁷ “Décimo Cuarto.- Que, en el caso concreto, conforme se tiene de la instrumental obrante a fojas tres, el bien materia de litis fue adquirido por el demandante por contrato de venta de fecha veintitrés de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro de la señora Concepción Delgado Sosa de Santos; es decir, con fecha anterior a la relación convivencial iniciada con la

alimentos o la asistencia entre cónyuges constituye causa justificada de la detención.

Esta compleja tipificación, que por supuesto no aparece ni por asomo en el ensayo del contradictor, denota claramente que en el Perú sobran comentarios, pero falta investigación seria. En todo caso, lo relevante para nuestro tema, es que el contradictor ya no niega la existencia del concepto “título social” o mediación posesoria extracontractual⁵⁰, pues recién debe haber leído que los alemanes lo aceptan desde hace más de un siglo, pues en un artículo anterior señaló sin rubor que “la doctrina es *uniforme* (sic) en considerar que la relación que da lugar a la mediación posesoria siempre es una relación jurídica”⁵¹. Por supuesto que sobre esa notoria errata -que

demandada Paula Quispe Cruz, por lo tanto, no podría considerarse dicho inmueble como bien social o parte de la sociedad de gananciales habidas dentro de una convivencia, dado que fue adquirido antes de iniciar la unión de hecho. Ahora, respecto de las mejoras que alude la recurrente haber hecho en el mencionado inmueble, se tiene que a nivel de todo el proceso, no se acreditó fehacientemente dicha situación (artículo 196 del Código Procesal Civil); por lo que los argumentos de la recurrente, de considerar el bien sublitis como parte de la sociedad de gananciales habidos durante su convivencia con el demandante, quedan enervados. Décimo Quinto.- Que, respecto del acta de conciliación otorgado en el proceso de violencia familiar con fecha uno de diciembre de dos mil cuatro, seguido por la recurrente, por el cual el demandante le autorizó el ingreso, junto con sus menores hijos, al inmueble ubicado en la Calle Bolívar número novecientos setenta (hogar conyugal o de hecho), a razón de haberse reanudado sus relaciones convivenciales con la demandada; constituye título suficiente para no ser considerada como ocupante precaria, ya que ejercita su posesión en dicho inmueble como madre de los hijos del actor. Por tanto, el título que invoca la demandada para poseer las dos habitaciones reclamadas no ha fenecido”.

⁴⁸ “La posterior permanencia del (hijo) demandado en el inmueble, luego de surgir las desavenencias y discusiones familiares que refiere el actor en su demanda, no convierte en precario al recurrente; no resultando pertinente en esta vía sumarísima determinar la naturaleza de las relaciones jurídicas existentes entre el propietario y los demás ocupantes del inmueble, y que autorizarían el derecho de uso a favor del demandado”.

⁴⁹ “la posesión ejercida por el hijo menor de edad sobre los bienes de propiedad del padre, nunca va a ser una posesión precaria, pues su título posesorio es justamente su calidad de hijo (...) El solo hecho de acudir a los hijos con una pensión alimenticia, no exime al padre de la obligación de proporcionarles vivienda, pues este hecho debe tomado en cuenta a efectos de fijar la pensión, y no tiene efecto alguno en la calidad posesoria del hijo (...) De obtenerse el desalojo de la madre, que ejerce la tenencia del menor, se estaría obteniendo de forma indirecta el desalojo del hijo, quien no tiene la calidad de precario”.

⁵⁰ Para tal asentimiento, debe haber influido que los propios alemanes reconocen que existen poseedores inmediatos de origen extracontractual: Cit. FUENTESECA, Cristina. *La posesión mediata e inmediata*, Editorial Dykinson, Madrid 2002, p. 86, esto es, los que recibieron el bien por acto voluntario del concedente, pero sin que medie contrato alguno. Hasta en los sistemas del *Common Law* se conoce a los precarios, pues se reconoce una figura por la cual el poseedor actúa por licencia o permiso del dueño: RIDALL, J.G. *Land Law*, 7^o edición, Lexis Nexis UK, Londres 2003, p. 586.

⁵¹ PASCO ARAUCO, “Sobre la posesión precaria (...)”, Op. Cit., p. 71.

demuestra irresponsabilidad, pues hizo afirmaciones sin leer-, no dice una sola palabra en su nuevo artículo.

Por tanto, su crítica ahora se reduce a cuestiones más mundanas, como la prueba, por lo que debemos suponer que ya se rindió frente al tema de fondo (¡sí existe el poseedor inmediato por relación social!), por lo que solo le queda asirse de puro pragmático, que, por supuesto, no es escollo alguno, salvo para los positivistas de cuño procesal, que creen que la prueba se reduce a “documentos”⁵².

La objeción es errada, y ya lo hemos sostenido anteriormente, pues para eso existen, desde hace mucho tiempo, las máximas de experiencia en el derecho procesal, lo que da origen a presunciones probatorias de origen judicial. Precisamente, el profesor español Bello Janeiro argumenta de forma persuasiva que la posesión que circunda el contexto familiar, social o amical, se entiende realizada por acto de licencia o aquiescencia, sin necesidad de mayor prueba, es decir, se presume la ocupación precaria por el solo hecho de probar el contexto familiar⁵³. Por ejemplo, si un hijo posee la casa del padre, o un antiguo compañero de estudios hace lo propio respecto del predio del colega, entonces debe entenderse que la posesión sin renta se cedió en forma voluntaria, pues así lo indica la máxima de experiencia consistente en asumir que las relaciones sociales generan liberalidades entre los que se involucran en ellas. Nadie asume en principio que el padre quiere lucrar con el hijo, o que entre el compañero y su colega se produjo una usurpación, salvo que se presente la prueba en contrario.

Por tanto, no hay problema alguno de prueba, pues una vez que se ha acreditado el contexto social o familiar, se presume que el demandado se encuentra en condición de precario, facilitándose el éxito del proceso de desalojo. La prueba en contra, recae en el demandando.

Por otro lado, el título social podría conferirse en contextos alejados de lo familiar, sin que exista máxima de experiencia que ayude a presumir la precariedad, ni instrumentos que lo avalen. Según el contradictor, en tal caso, la causa del demandante está perdida. Le vamos a demostrar que sus temores, como siempre, carecen de asidero.

⁵² Jamás he sostenido que el título social se prueba exclusivamente con “documentos”, sin embargo, el contradictor tiene que mentir para avalar su cada vez más endeble e insostenible tesis: PASCO ARAUCO, “Sembrando la duda razonable en el juez (...)”, Op. Cit., p. 61, nota 10.

⁵³ “Habitualmente, cuando la ocupación de la vivienda sobre la que se ejercita la acción de desahucio viene condicionada por una relación familiar o de parentesco, es razonable presumir la existencia de graciosa concesión por el dueño y condición de precario del poseedor que ocupa el inmueble por acto de simple liberalidad, tolerancia o condescendencia de su familiar”: BELLO JANEIRO, Domingo. *El Precario. Estudio teórico práctico*, Op. Cit., p. 76.

En primer lugar, si realmente hubo aquiescencia, liberalidad o graciosa tolerancia por muchos años, entonces resulta evidente que alguna huella ha quedado. Lo contrario (¡no tengo pruebas!), más bien, es inimaginable.

En segundo lugar, una buena prueba de la posesión graciosa es que el poseedor precario ha pagado los servicios públicos a nombre del demandante, lo que demuestra que siempre respetó la condición del titular o señor de la cosa. Esa prueba no es nada difícil de conseguir.

En tercer lugar, podemos citar otras muchas pruebas, aunque bastaría una sola de ellas que se sume con la anterior para generar convicción en el juez, tales como: autorización para ejecutar una obra o abrir un negocio; fotos de reuniones sociales (¿o el propietario y el usucapiente se van a reunir para celebrar un cumpleaños?), relaciones jurídicas o sociales que compartan y que hagan suponer que ese acercamiento ha originado la liberalidad (pertenencia a clubes comunes, hijos que comparten el mismo colegio, estudios en la misma promoción colegial o universitaria, etc.), reportes telefónicos que acreditan cruce de llamadas (por lo que es obvio la existencia de una relación social), testigos y tantos otros medios de prueba.

Por último, si no se llegase a probar la mediación posesoria, entonces la demanda de desalojo por precario sería declarada infundada; sin embargo, el actor tiene asegurado el éxito en la reivindicatoria, pues le basta acreditar su condición de propietario; sin importar si el poseedor demandado es precario o no. Por tanto, una buena estrategia, cuando no haya prueba suficiente de la precariedad, sería plantear directamente la acción protectora de la propiedad. No hay dramas ni conflictos mayores; y si la reivindicación demora mucho, pues, para eso están las medidas cautelares, así como las pretensiones derivadas de pago de frutos y resarcimiento de daños.

3.6 EL DESALOJO POR PRECARIO Y SU INACEPTABLE CONFUSIÓN CON LA REIVINDICATORIA

El desalojo no produce el efecto de clausurar el debate respecto de la propiedad, ni siquiera entre las mismas partes, por virtud de la cognición limitada del proceso y por tratarse de una acción posesoria. Siendo así, el actor del desalojo **puede ganar por efecto de la prueba sumaria de propiedad**, pero luego perder una reivindicatoria o una prescripción adquisitiva, con prueba amplia de propiedad y de alegaciones. Es decir, el Derecho peruano terminaría reconociendo dos instrumentos de protección de la propiedad, uno sumario y otro plenario. La pregunta es: ¿para qué sirve, entonces, el primer proceso? El resultado es un auténtico caos.

En nuestro país, la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria (de Lama More y demás), sin darse cuenta, han creado dos procesos cuyo tema debatido es

la propiedad. El problema es que el vencedor de uno, puede ser derrotado en el segundo.

Por otro lado, la práctica de nuestros Tribunales hace pasar por precario al invasor, o al sujeto con posesión antiquísima pero sin título formal, o al comprador con título supuestamente resuelto, al contratante cuyo negocio jurídico se pretende declarar nulo, pero que no consta con evidencia plena, al que no inscribió en la doble venta, al arrendatario con plazo vencido, al poseedor que ha superado el plazo anual, entre otros. Así, pues, figuras tan disímiles se unifican dentro de la categoría omnicompreensiva de “precario judicial”, pues en ella se incluyen poseedores legítimos⁵⁴, ilegítimos, compradores en doble venta, usucapientes o constructores, poseedores viciosos, poseedores con título temporal o definitivo, familiares, divorciados con o sin hijos, entre otras muy diversas hipótesis. La pregunta que flota en el ambiente es si una categoría así, tan extendida, presta realmente utilidad, o solamente es fuente de las mayores injusticias por la incoherencia en relación con las acciones de protección de la propiedad y de la posesión.

La conclusión que se impone es la necesidad de poner fin a esta torre de babel.

3.7 HAY QUE ESTUDIAR LA TEORÍA DEL DERECHO

Lamentablemente, en el Perú se opina alegremente con haber leído dos o tres libros de una determinada especialidad, pero sin contar con bases sólidas en Teoría del Derecho y Derecho Constitucional.

El Derecho no solo es el conjunto de normas jurídicas aprobadas por un legislador, sino, también, argumentación y razonamiento, lo que implica exponer y sustentar razones morales para llegar a la mejor decisión. En buena cuenta, el Derecho tiene una faceta estática-normativa, pero también otra dinámica-argumentativa que se vincula con la moral. Aquí aparecen las deficiencias de positivismo, que expresa una visión sesgada, parcial e insuficiente del Derecho; pues, omite su necesaria vinculación con la moralidad. En tal sentido, deben apoyarse las perspectivas que relacionen de manera necesaria, y no contingente, ambos fenómenos de regulación social⁵⁵.

⁵⁴ Supóngase que el propietario de un bien inmueble se lo encarga a un amigo para que lo custodie en forma indefinida, y también lo autoriza a usarlo. Es el típico caso de posesión graciosa o por liberalidad que en ningún caso podría considerarse ilegítima, pues se funda en la propia voluntad del titular, pero cuya falta de título formal la hace precaria.

⁵⁵ “Hay sobre todo tres puntos de vista a los que sigo considerando importantes después de todo este tiempo desde que apareció mi ‘Teoría de la argumentación jurídica’. El primero es que con las decisiones jurídicas y con sus fundamentaciones se erige una pretensión de corrección. Con el transcurso del tiempo, esa afirmación la he ampliado hasta llegar a la tesis general de que el

Pues bien, no se entiende, entonces, las críticas absurdas de los que ya no tienen argumentos basados en el precario, por lo que tienen que recurrir a cuestiones falaces para tratar de llevar agua a su molino. En efecto, en otra sede he defendido⁵⁶, y creo haber demostrado, que el artículo 2022, 2º párrafo CC hace prevalecer la propiedad no-inscrita, de fecha cierta anterior, sobre el embargo inscrito posterior. Sin embargo, en forma interesada se pretende hacer ver que ese sustento es “positivista”. Basta leer el extenso artículo para darse cuenta que los argumentos fundamentales de nuestra tesis son de orden moral, racional y dogmático-jurídico; pero jamás se reduce a traer en auxilio una sola regla jurídica. El positivismo, por el contrario, significa limitar el Derecho a reglas (ni siquiera a normas, que incluye a los principios), y claramente nuestro artículo se ubica en la acera opuesta a la de los legalistas. Por lo demás, en ese caso específico, el legislador procesal, luego del debate doctrinal, tomó claro partido y ratificó nuestra posición; lo que no ha sucedido en el caso del precario, pues nunca se dictó una ley que aclarase el sentido de la norma defectuosa y la jurisprudencia se mantiene en la indeterminación. Por tanto, extrapolar otro debate, con otras características, y sacado de contexto, solo demuestra deshonestidad académica. Si la posición de la parte contraria se expone en forma distorsionada, entonces queda en evidencia la pobreza de sus argumentos.

Vale recordar que la teoría jurídica post-positivista no discute que el Derecho se configura con normas, pero no las restringe a estas; por tanto, es infundada la supuesta crítica basada en “haber utilizado normas como fundamento”. Eso es tan burdo como pretender criticar a Alexy o Dworkin

Derecho erige necesariamente una pretensión de corrección. El segundo punto es la tesis del caso especial. Viene a decir que el discurso jurídico, por su característica vinculación a la ley, al precedente y a la dogmática, es un caso especial de discurso práctico general. Eso lleva a la doble naturaleza del Derecho. Las vinculaciones a la ley, al precedente y a la dogmática definen su carácter institucional y autoritativo. La apertura a la argumentación práctica general le añaden una dimensión ideal y crítica. La conexión entre estos dos aspectos lleva a una vinculación entre el Derecho y la moral que es algo excluido por el concepto positivista del Derecho. El tercer punto es quizás el más importante. MACKIE ha defendido la tesis de que es falso que con nuestros juicios morales erijamos una pretensión de objetividad, porque no existen valores objetivos. Lo llama la ‘teoría del error’ (...). La teoría del discurso opone a la teoría del error la tesis de que la argumentación práctica racional resulta posible. Lo que demuestra esa posibilidad es el hecho de que se haya construido. La construcción consiste en un sistema de reglas y de formas que vienen a explicitar de qué manera la razón puede ser práctica. Se constituye así una alternativa a los extremos del puro objetivismo y del puro subjetivismo: ALEXY, Robert. “Entrevista por Manuel Atienza”. En Íd. *Teoría de la argumentación jurídica*, traducción de Manuel Atienza y Isabel Espejo, Palestra Editores, Lima 2007, pp. 496-497.

⁵⁶ GONZALES BARRÓN, Gunther. “Propiedad no inscrita vs. embargo inscrito. El legislador procesal acaba de ratificar la solución dada por el Código Civil. Algunas notas en respuesta a cierta clase de teóricos”. En *Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica, N° 179, Lima, octubre 2008.

por fundar sus discursos jurídicos en disposiciones (positivas) de la Constitución Alemana o de los Estados Unidos.

El contradictor, en su condición de confeso positivista⁵⁷, cree que las corrientes jurídicas opuestas constituyen una renuncia a las normas, pero en eso también está equivocado, pues nadie ha dicho que las normas no existen, lo que se ha dicho es que la literalidad de las normas no es suficiente.

Por lo demás, en el debate del precario, yo mismo he utilizado diversos argumentos de orden y sistemática de los derechos reales, basado en normas positivas: artículos 911, 921, 923 CC; artículos 585, 586, 587 CPC; Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. Lo que ocurre es que la visión estática del Derecho se ha complementado con la perspectiva dinámica de la argumentación y de los principios. En cambio, los otros se quedan en las reglas, y peor todavía, con la débil interpretación literal; lo que se agrava cuando se pretende sostener que el art. 911 es una disposición que vive aislada del sistema jurídico en su conjunto.

Conclusión y tarea para la casa: hay que estudiar teoría.

4. LA CORTE SUPREMA TIENE LA PALABRA

Afortunadamente, creemos, las cosas se van aclarando, pues **la sistemática civil es clara: el poseedor despojado acude al interdicto (art. 921 CC), el poseedor mediato frente al inmediato, al desalojo (arts. 911, 921 CC, 985, 986 y 987 CPC), y el propietario, a la reivindicación o acción declarativa (art. 923 CC). Por eso, unas son acciones sumarias, y las otras, plenarias; por eso, unas no atribuyen cosa juzgada sobre el dominio, las otras, sí.**

La Corte Suprema tiene la ocasión histórica de precisar la ordenación y el sistema que gobierna los derechos reales mediante el Cuarto Pleno Casatorio, pendiente aún de resolución.

Si se adoptase la tesis propuesta, entonces todos los problemas de indeterminación, inseguridad e injusticia, quedarían solucionados de un solo golpe. Los demandantes sabrían exactamente cuál es el instrumento de protección referido a su concreta situación jurídica; e igual los demandados.

⁵⁷ Esta afirmación se demuestra con la siguiente opinión sobre la interpretación, que por supuesta la moderna teoría del derecho la tiene por superada: “Aquella labor por medio de la cual una ley que establece ABC, termina diciendo DEF, no es una interpretación extensiva, ni creadora ni innovadora. Por el contrario, se trata de una derogación legislativa por medio de la interpretación”: PASCO ARAUCO, “Sobre la posesión precaria (...)”, Op. Cit., p. 73. **Por tanto, no es necesario catalogar a dicho autor en ningún tipo de positivismo filosófico, pues él se funda en la total falta de filosofía.** Es puro empirismo, pero sin bases científicas.

De esa manera, además, nos olvidaríamos de la tesis del precario “multi-usos”, que sirve de prescripción adquisitiva, acción declarativa, reivindicación, interdicto, resolución unilateral de contrato; o de los que sostienen que “el precario tiene dilucidarlo el juez en cada caso”, o que “el juez debe evaluar la prescripción adquisitiva”, o que “el precario se produce cuando el título es manifiestamente nulo porque ha sido prefabricado”; o peor aún, cuando se sostiene una acción posesoria que defiende a los no-poseedores; o de una acción dominical en la que, con merma de la igualdad, el demandado no puede aducir las razones del dominio. Incluso ahora se dice la barbaridad de que el “demandado debe generar duda razonable para no ser desalojado”, con lo que se extrapola conceptos del Derecho penal, totalmente inaplicables al Derecho civil, pues en este los indicios, máximas de experiencia o presunciones inclinan la balanza para uno u otro lado, pero jamás se dicta una sentencia civil por la “duda razonable”.

Es la hora que dejemos las frases huecas en su sitio, pero, además, es imprescindible que los jueces tengan en cuenta que cierta “doctrina” se basa en una ideología crematística: ¡más dinero para los Estudios dedicados a sacar adelante proyectos inmobiliarios en el menor tiempo posible, sea con fe pública registral basada en títulos falsos, con prescripciones notariales inconstitucionales o con desalojos *express*! El Poder Judicial tiene que estar en guardia frente a “posiciones doctrinales” que responden, no a concepciones jurídicas bien pensadas y razonadas, sino a intereses económicos particulares.

En todo caso, si la Corte Suprema ratifica su doctrina, entonces tendrá la obligación moral de responder una a una las críticas formuladas a la jurisprudencia, y no solo responderlas de pasada, sino persuadir de forma convincente. En efecto, los cuestionamientos que debe explicarse, sí o sí, son: **¿Cómo el demandante con título de propiedad, pero que nunca ejerció la posesión, puede invocar una acción posesoria, como el desalojo? ¿Cómo una acción que se basa exclusivamente en el título de propiedad se articula como acción posesoria? ¿Cómo una acción que se basa exclusivamente en el título de propiedad no es la reivindicatoria?** Esperamos una contestación razonada y razonable de estas tres interrogantes decisivas.

Pero no vaya a ser que los que se limitaron a plegarse a pie juntillas, que no han aportado nada en el camino, que han repetido las sentencias como grabadoras, vayan a creerse que “triumfaron” en el debate. En realidad, lo que habría ocurrido es que la Corte se ha encerrado en sí misma, reafirmando lo que siempre dijo, sin oír razones. En tal caso, valdría lanzar

una reflexión final: ¿y para decir lo mismo de siempre era necesario un Pleno Casatorio?