

La Posesión en el Código Civil Peruano

Por: Martín Mejorada C.
Profesor de Derecho Civil de la PUC, UP y UNMSM

RESUMEN:

La posesión como derecho es la consecuencia jurídica de la posesión como hecho, es decir, la posesión se sustenta en la apariencia de un derecho frente a terceros (conducta posesoria). El fundamento de la posesión en la doctrina difiere, sin embargo, como señala el autor, en nuestro país el Código Civil ha adoptado uno, el cuál debe ser adecuado acorde al tiempo y al sistema registral. La posesión se configura como un sustituto de la prueba de propiedad ante la dificultad que significa acreditar el dominio en cada momento, aunque ilegítimos (no propietarios) se beneficien de ello; por ello la aspiración es perfeccionar la prueba de la propiedad. Es decir, la posesión es ahora sólo la mejor fórmula que existe para resolver el problema de las dificultades probatorias.

PALABRAS CLAVE:

Derecho de Posesión - Derecho a la Posesión - Dominio - Título de Propiedad - Conducta Posesoria - Posesión como Hecho - Posesión como Derecho - Sistema Registral - Posesión Ilegítima.

SUMARIO:

El Derecho de Posesión en el Código Civil Peruano.

* Profesor de Derecho Civil de la PUC, UP y UNMSM

Dice el artículo 896 del Código Civil que la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad. Los atributos típicos de la propiedad son el uso, disfrute, disposición y reivindicación (artículo 923 del Código Civil), pero no son todos. En realidad el propietario puede actuar sobre el bien del modo más amplio imaginable, siempre que no contravenga una norma prohibitiva, puede hacer todo lo que no le esté prohibido. Habrá posesión, cualquiera sea la conducta sobre el bien, en tanto el comportamiento de la persona corresponda al ejercicio de algún atributo del dominio. De ahí que la posesión no solo se genera para quien actúa como dueño, sino también para cualquiera que realiza la explotación económica del bien, incluso como acto temporal desmenbrado de la propiedad.

Se trata de un derecho real autónomo, el primero del Libro de Reales, que nace por la sola conducta que despliega una persona respecto a una cosa, sin importar si tiene derecho o no sobre ella. La posesión es el derecho que surge del propio comportamiento y del impacto de éste sobre los terceros ajenos a la situación posesoria. El actuar del poseedor genera la apariencia de que estamos ante una persona con derecho a poseer.

Así, es poseedor quien actúa sobre el bien de la forma como lo haría el propietario, el copropietario, el usufructuario, el usuario, el titular de una servidumbre, el superficiario, el arrendatario, el comodatario o cualquier titular de derecho patrimonial sobre el bien, sea éste real o no.

Es un derecho real autónomo, diferente a la titularidad que se refleja en el comportamiento del poseedor. Aquí vale la pena acuñar una diferencia entre el derecho de posesión y el derecho a la posesión, entendiendo al primero como el que deriva de la conducta y al segundo como el que proviene de un título. No todo el que tiene derecho de posesión ostenta título para poseer, y no todo el que cuenta con título posee el bien.

El contenido del derecho de posesión es uno de los más complejos, pues surge de medios singulares y genera una serie de consecuencias en diversos ámbitos. Menciono las más importantes:

i) la adquisición de la posesión no solo se produce de manera originaria con el despliegue de la conducta exigida por la ley para calificar al poseedor, sino también a través de mecanismos ficticios a los que se denomina *adquisición ficta* (artículos 902 y 903), ii) el poseedor tiene derecho a sumar el plazo posesorio de anteriores poseedores (artículo 898), iii) tiene derecho a conservar la calidad de poseedor aun cuando no

esté ejerciendo de hecho ninguna conducta sobre el bien (artículo 904), iv) también goza del derecho a ser considerado poseedor (mediato) por el sólo hecho de haber conferido un título temporal para que otro posea de manera inmediata (artículo 905), v) goza de beneficios especiales si posee creyendo que tiene derecho sobre el bien (buena fe) y soporta cargas también especiales si posee de mala fe, es decir a sabiendas que carece de derecho sobre el bien (artículos 906 al 910), vi) se han previsto presunciones legales que ante situaciones de controversia invierten la carga de la prueba a favor del poseedor (artículos 912 al 915), vii) el poseedor tiene derecho al reembolso de las mejoras realizadas en el bien ajeno (artículos 916 al 919), viii) cuenta con el derecho a mantenerse en la situación posesoria, para lo cual se le ha dotado de medios extrajudiciales y judiciales de defensa (artículos 920 y 921), ix) la posesión prolongada que cumple ciertos requisitos puede conducir a la adquisición de los derechos de propiedad o servidumbre (artículos 950 y 1040) y x) finalmente, la posesión es el modo de adquirir o ser preferido para la adquisición de algunos derechos patrimoniales (artículos 947, 948, 1058 inciso 2 y 1136).

Ahora bien, ¿Para qué sirve la posesión? ¿Porqué se protege a quien ejerce de hecho algún atributo de la propiedad, aunque en realidad no sea propietario?. Estas son las preguntas más frecuentes que surgen luego de una primera mirada al articulado del Código Civil. A lo largo de la historia se han intentado una serie de respuestas, las más importantes formuladas a partir de la posesión en el Derecho Romano. Díez-Picazo y Gullón describen de manera resumida el panorama de los fundamentos más saltantes en la doctrina clásica.

Para Savigny la posesión busca proscribir la violencia entre privados que debaten sobre el derecho a poseer los bienes, por ello hay que proteger a quien tiene los bienes en su poder mientras los jueces resuelven sobre el mejor derecho. Según Thibaut la posesión es el respaldo a la permanencia del estado de cosas, hasta que no se den motivos determinantes para alterarlas. Para Röder y Arehens el fundamento se encuentra en la presunción de probidad, según la cual se debe presumir que toda persona es proba y honrada de modo que si explota un bien es porque tiene algún derecho sobre él. Por su parte Gans señala que la posesión se protege porque es el comienzo de la propiedad a la que se puede acceder por vía de la usucapión. Puchta y Bruns señalaron que la posesión era la protección de la voluntad de la persona que posee, lo cual a su vez es una manifestación de su personalidad por tanto la posesión protege la personalidad del poseedor. Sthal indica que la posesión debe

protegerse de modo distinto a la propiedad porque finalmente se trata de un comportamiento tendiente a la explotación patrimonial de los bienes, lo cual satisface necesidades humanas y ello debe tutelarse. Finalmente Ihering, quien ha tratado más extensamente este tema, señala que la posesión es la exteriorización de la propiedad y debe ser protegida porque los propietarios no siempre pueden probar el dominio¹.

En la mayoría de los casos estas explicaciones no derivan de los sistemas jurídicos correspondientes a los autores citados, sino de la lectura de un solo derecho: el Derecho Romano. Al no hallarse con facilidad textos de doctrina y legislación romanas, los más importantes juristas de los siglos XVIII y XIX hicieron gala de erudición para desentrañar los misterios del Derecho Romano en materia de posesión. Lo central para ellos no fue evaluar la utilidad o pertinencia de las instituciones romanas en sus respectivas sociedades, sino rescatar la «esencia» del derecho posesorio, lo que supone por cierto la curiosa idea de que los conceptos jurídicos son universales y eternos.

Este solo hecho es suficiente para dudar de los fundamentos que exhibe la doctrina clásica. Debemos hallar un fundamento que explique qué queremos nosotros (en Perú) de los derechos sobre las cosas, y de qué modo se debe enfrentar la situación de las personas que de hecho desarrollan conductas sobre los bienes. Aquí debemos distinguir entre la *posesión como hecho*, que es el comportamiento económico sobre los bienes, y la *posesión como derecho* que es la consecuencia jurídica atribuida por el artículo 896 del Código Civil. No olvidemos que la posesión como hecho precede a la regulación jurídica. Las personas no poseen porque exista un derecho real llamado posesión o porque el Derecho Romano lo desarrolló ampliamente. La conducta posesoria es un hecho fundamentalmente económico, un hecho de la realidad al que hay que juzgar conforme a las particulares características de cada sociedad y atribuir consecuencias según lo que más convenga a la justicia y valores imperantes.

En el Perú se ha regulado la posesión de manera consecutiva desde el Código Civil de 1852 hasta la actualidad. En cada oportunidad el legislador ha consagrado una definición del derecho posesorio partiendo principalmente de la doctrina clásica a la que me referí antes. Desde el Código Civil de 1936 la posición preponderante en el Perú sobre el fundamento de la posesión y sus alcances, ha acogido expresamente la tesis doctrinal del maestro alemán Rudolf Von Ihering.

A pesar que las reflexiones de Ihering son probablemente las de mayor asidero en el balance de los estudios sobre esta materia, no se debe perder de vista que en definitiva se trata de reflexiones referidas al Derecho Romano, por tanto a una realidad que desapareció hace siglos. ¿Es esa nuestra realidad?. Ciertamente no, pero veamos si existe algún fundamento que trascienda los tiempos y que arroje un resultado por coincidencia concordante con las necesidades actuales.

El siguiente párrafo revela en síntesis el pensamiento de Ihering sobre el fundamento de la posesión:

«... la protección posesoria en el Derecho Romano (...) ha sido instituida a fin de aliviar y facilitar la protección de la propiedad. En vez de la prueba de propiedad que el propietario debe ofrecer cuando reclama la cosa en manos de un tercero (reivindicatio), le bastará la prueba de la posesión (...)

¿Puede según esto la posesión representar la propiedad? Si, porque es la propiedad en su estado normal. La posesión es la exterioridad, la visibilidad de la propiedad. Estadísticamente hablando, esta exterioridad coincide con la propiedad real en la infinita mayoría de los casos. Por lo regular el poseedor es al mismo tiempo el propietario (...). Podemos pues designar al poseedor como el propietario presunto (...)»².

Es decir, la posesión se configura como un sustituto de la prueba de propiedad ante la dificultad inevitable que significa acreditar el dominio en cada momento. Si los propietarios tuviesen que demostrar su derecho cada vez que interactúan se generarían complicaciones prácticas insolubles. Todo el tiempo los dueños tendrían que cargar con sus títulos de propiedad desplegando un enorme esfuerzo probatorio, que en algunos casos es muy difícil de superar e incluso imposible. Por ello, en base a un análisis de probabilidades se observa que en la realidad las personas que actúan sobre los bienes como si fuesen dueñas (*apariencia de dominio*), casi siempre lo son.

Se justifica perfectamente que a partir de esa apariencia surja un derecho autónomo que da lugar a una serie de consecuencias, que aseguran el ejercicio pacífico de la propiedad en escenarios sencillos donde no se debate sobre el derecho a poseer. En el Derecho Romano el reconocimiento de esta titularidad autónoma estuvo referida exclusivamente a la apariencia de la propiedad. Empero, es claro que si se trata de resolver dificultades probatorias, tanto sufren de ellas los

1 DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Volumen III (Derecho de Cosas, Derecho Inmobiliario y Registral). Tercera Edición Revisada y Puesta al Día. Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1987. p. 101.
2 IHERING, Rudolf. Tres Estudios Jurídicos. Bibliografía Omeba. Buenos Aires, 1960. p. 114 y 116.

propietarios como los titulares de otros derechos patrimoniales. Por tanto, alejándonos del Derecho Romano y de la mano de Ihering, es comprensible que la posesión no se limite a la apariencia de la propiedad sino que se extienda a la apariencia de cualquier derecho patrimonial sobre bienes.

Por supuesto habrán situaciones en las que es necesario establecer quién es el real propietario o titular del bien, a cuyo efecto el despliegue probatorio, por complejo y difícil que sea, será inevitable. Son las situaciones en las que se discute el mejor derecho a poseer. Es el caso de la acción reivindicatoria y las acciones posesorias.

El fundamento desarrollado por Ihering es claramente atemporal y útil especialmente para nuestra realidad. En el Perú existen dificultades probatorias de la propiedad y otros derechos, y seguramente existirán por mucho tiempo más debido a la informalidad y a las imperfecciones de nuestro sistema registral. En nuestro país existe un enorme porcentaje de predios cuyos propietarios no cuentan con títulos que los acrediten como tales. No me refiero a los llamados Pueblos Jóvenes o Asentamientos Humanos, sino a los predios rurales y a algunos bienes ubicados en sectores marginales, en los que los poseedores son normalmente propietarios pero no cuentan con documentos y registro de sus titularidades. El excesivo costo de la legalidad ha sido la causa principal de que los propietarios y otros titulares permanezcan únicamente en la esfera de la apariencia: la esfera de la posesión. Mientras dichas dificultades no se superen la posesión cumple un rol fundamental para nuestros propietarios, pues no solo es un sustituto ocasional para la prueba de la propiedad, sino en muchos casos la única forma de ejercer el dominio pacíficamente.

Por supuesto, tratándose de bienes muebles no identificables la posesión cumple un rol probatorio impresionante. Virtualmente la posesión se equipara a la propiedad: si se observa a una persona poseer un teléfono celular, difícilmente se podrá demostrar que el teléfono pertenece a persona distinta.

Si en el futuro se lograra una formalización absoluta y un mecanismo de prueba sin errores sobre la existencia de los derechos, la posesión ya no tendría sentido, por lo menos no con la justificación que hoy es su principal fundamento. La aspiración es perfeccionar la prueba de la propiedad, para lo cual la tecnología es de gran ayuda. La posesión no es la meta, es solo la mejor fórmula que existe actualmente para resolver el problema de las dificultades probatorias, a pesar de que algunos ilegítimos se benefician de ello.

De otro lado, el análisis de probabilidades sobre los poseedores que son propietarios en el Perú sigue siendo favorable para justificar la existencia de la figura, aun a riesgo de que poseedores no propietarios se hagan pasar por tales. Como decía Ihering:

Si para ser protegido como poseedor basta demostrar su posesión, esta protección aprovecha lo mismo al propietario que al no propietario. La protección posesoria, establecida para el propietario, beneficia de este modo a una persona para quien no se ha instituido. Tal consecuencia es absolutamente inevitable. El Derecho debe aceptarla por encima de todo, para alcanzar su fin de facilitar la prueba de la propiedad»

La aparente resignación del maestro no es mas que un análisis funcional de costos y beneficios. Sustituir la prueba del derecho por el ejercicio de hecho es un medio para que las relaciones sean pacíficas y mas baratas. La posesión es pues un derecho cuya importancia no se centra en la esfera espiritual del poseedor. No es una herramienta que busque la satisfacción individual como propósito primero, sino la facilitación de los intercambios y la interacción en general. Considero que el núcleo de este singular derecho está en la apreciación de las personas ajenas al poseedor. Se trata de un derecho privado de clara función pública.

Si la posesión se sustenta en la apariencia de un derecho, sólo habrá posesión cuando los terceros (espectadores de la apariencia) crean que quien está desplegando la conducta sobre el bien es titular de un derecho. Es decir, no se trata solo de usar, disfrutar o disponer de hecho de un bien, sino de que a partir de esas conductas se genere la señalada *apariencia*. Si a pesar de existir ejercicio de hecho no es posible generar esa *apariencia* (porque se sabe públicamente de la ausencia del derecho), no debería existir posesión.

De ahí por ejemplo que en aquel lamentable incidente en el que un grupo de terroristas tomó la casa del Embajador de Japón, situación en la que todo el mundo sabía de la ilegitimidad de los delincuentes, no podía hablarse de posesión a favor de ellos, a pesar de que usaron el inmueble por varios meses. En el mismo sentido, si el ejercicio de los atributos de la propiedad se realiza de manera clandestina, de modo que no es posible advertir dicho ejercicio, no habrá posesión. Lo dicho no significa que la posesión deba ser expuesta a los ojos del mundo para ser tal, pues es evidente que existen bienes cuya explotación es por naturaleza reservada, como por ejemplo el uso de ropa interior (en la mayoría de los casos) o

el uso de una prótesis instalada en el interior del cuerpo humano.

Estas reflexiones no contradicen la existencia legal de la *posesión ilegítima*³, ya que la ilegitimidad no es apreciable con facilidad por los terceros. Un ladrón que usa con total desparpajo el reloj robado, es poseedor ilegítimo, pero es poseedor porque no se puede advertir de su conducta que el bien fue robado. Si el ladrón fuera capturado en el mismo acto del robo y mientras toma «posesión» del bien, claramente no se generaría posesión aun cuando de hecho el bien ya estuviese en su muñeca.

El Código Civil regula la situación del poseedor ilegítimo y establece una serie de consecuencias. Sin embargo, dichas consecuencias sólo surgen cuando se ha concluido el examen sobre el derecho a poseer y se ha establecido la ausencia del derecho, luego de la actividad probatoria. Precisamente la actividad probatoria cuya dificultad justifica la existencia de la posesión como derecho autónomo. En consecuencia, en estos supuestos (consecuencias de la posesión ilegítima) la posesión ya no está en funcionamiento como institución jurídica. Se ha prescindido del ejercicio de hecho y se ha identificado al verdadero titular del bien.

Habiendo identificado el rol principal de la posesión y por tanto el alcance guía del concepto legal, debo hacer mención a algunas normas del Código Civil que describen efectos de la posesión, pero que prescinden del concepto guía y por tanto parecen contradecir su fundamento.

El artículo 905 del Código se refiere a la posesión inmediata y a la posesión mediata. La primera corresponde al que posee en virtud de un título temporal (por ejemplo el aparente usufructuario) y la segunda al que confirió el título (por ejemplo el aparente propietario). El poseedor inmediato será tal si ejerce de hecho la conducta que permite apreciarlo como un usufructuario (siguiendo el ejemplo) y no hay duda que es fácil identificar a una persona en dicha actitud, pero ¿qué ejercicio de hecho apreciable con facilidad realiza el poseedor mediato?. En el esfuerzo por aplicar de modo literal la definición de posesión y justificar la calificación posesoria en favor del mediato, se han ensayado diversas respuestas. Por ejemplo se ha dicho que el mediato ejerce de hecho el atributo de la *disposición*, o que ejerce el *disfrute* pues eventualmente percibe rentas del usufructuario.

En mi opinión la conducta del poseedor mediato es difícilmente aparente a los ojos de los terceros, por

tanto desde la definición y fundamento principal de la figura legal, no debería gozar de calificación posesoria. Empero, la ley le ha atribuido dicha calidad y eso es suficiente para aceptarla. Se trata de una excepción a la regla cuyo propósito resulta apreciable en el plano práctico, ya que por esa vía se genera una persona adicional legitimada para utilizar los efectos de la posesión, por ejemplo para la defensa posesoria. En realidad, con el pretexto de la posesión se ha instituido a un ayudante para la defensa del poseedor inmediato, único titular aparente. La prueba de que estamos ante un artificio es que la ley ha establecido la clasificación de poseedor mediato e inmediato sin señalar consecuencias (como si lo hace con la posesión ilegítima). Si el poseedor mediato fuera poseedor por definición, no requeriría de una norma especial que lo diga, bastaría el concepto general de posesión.

Otra excepción está en el artículo 904 del Código Civil, conforme al cual quien se encuentra impedido temporalmente de acceder al bien que venía poseyendo, conserva la posesión. Es el caso de quien no puede llegar a su predio porque debe atravesar un río y el puente que permite cruzarlo se encuentra en mantenimiento. Si no existiera esta norma las personas que no pueden mantener la conducta posesoria dejarían de ser poseedoras, sin importar la causa. El artículo 904 es otra excepción que se establece con el propósito de mantener los efectos de la posesión a favor de una persona, cuyo comportamiento patrimonial se ha visto suspendido por una causa ajena y temporal.

De otro lado, el fundamento que he señalado para la posesión no descarta la existencia de otros fundamentos concurrentes y que aparentemente contradicen el principal, por ejemplo en el tema del derecho al reembolso de mejoras (artículo 917) y en la defensa posesoria (artículos 920 y 921).

La ley le otorga derecho al pago de mejoras a todos los poseedores, incluyendo a los ilegítimos de mala fe, generando un crédito contra el verdadero propietario. Así también la defensa interdictal puede ser usada por el ilegítimo de mala fé contra el verdadero propietario. ¿Qué relación hay entre estas consecuencias legales y el rol de la posesión?. ¿Si se demuestra que no existe derecho a poseer, por qué razón se beneficia al poseedor injusto frente al verdadero titular?. Las razones no tienen que ver con la apariencia del derecho, pues en las dos situaciones mencionadas estamos ante consecuencias que en nada afectan a los terceros que apreciaron la posesión y que actuaron en función a ella. Son dos situaciones en las que se enfrentan el titular aparente y el

3 Son los poseedores que ejercen de hecho atributos de la propiedad pero si tener ningún derecho sobre el bien. Si saben de su ilegitimidad son poseedores de mala fe. Si ignoran dicha situación son ilegítimos de buena fe.

verdadero titular. Las razones tienen que ser otras, como evitar el enriquecimiento del propietario con las mejoras o evitar la convulsión que se produciría si los propietarios pudieran recuperar sus bienes empleando violencia.

La regulación normativa no debería perder de vista el fundamento principal de la posesión, pues de lo contrario se genera cierto desorden. Si el propietario no debe enriquecerse con las mejoras realizadas en su bien o si la violencia debe ser proscrita, no tiene nada que ver con la posesión y su rol en la sociedad. La regulación de estos temas conjuntamente con la posesión no debe confundirnos ni desviar el fundamento de la institución jurídica.

Finalmente, la primacía del fundamento descrito permite priorizar la función señalada por sobre otras, atribuyendo calidad posesoria a los hechos que mejor cumplen el fundamento y no a aquellos

que aunque se ajusten a la definición legal, no son del todo satisfactorios en términos de apariencia e información hacia los terceros. Este ejercicio se realiza en situaciones donde concurren conductas posesorias. Por ejemplo, si el predio es usado por un ilegítimo, quien actúa como si fuera dueño a los ojos de todos, pero el verdadero propietario viene pagando los tributos municipales y algunos servicios públicos, ¿quién es el poseedor?. Los dos ejercen de hecho algún atributo de la propiedad, sin embargo los dos no pueden ser poseedores al mismo tiempo. Considero que recurriendo al fundamento de la posesión se puede responder a esta pregunta, atribuyendo posesión a quien mejor genera la apariencia de titularidad frente a terceros.

Simplemente he querido plantear el tema del fundamento de la posesión porque creo que ofrece un enorme espacio para la reflexión. Lo expresado aquí está sujeto a crítica y si eso ocurre se habrá cumplido mi propósito. ■

Artículo 897º.- *No es poseedor quien, encontrándose en dependencia respecto de otro, conserva la posesión respecto de éste y en cumplimiento de ordenes e instrucciones suyas.*

Este artículo recoge la figura del *servidor de la posesión*. No obstante mantener relación e incluso contacto con el bien, el servidor de la posesión no es poseedor porque sus conductas no satisfacen un interés propio sino el de otra persona. Antes de comentar los alcances de esta norma es indispensable hacer algunas referencias al concepto de posesión.

Uno de los derechos reales más complejos e interesantes es sin duda la posesión. A esta institución se refirió Ihering en los siguientes términos: *"No hay materia del derecho que sea tan atractiva como la posesión, dada sobre todo la índole de su espíritu, ya que ninguna otra deja al teórico tan gran amplitud. La posesión es la institución molusco. Blanda y flexible como el molusco, no opone a las ideas que se quieren introducir en ella la misma resistencia enérgica que las instituciones vaciadas en moldes de formas rígidas, como la propiedad y la obligación. De la posesión puede hacerse todo cuanto es posible; podría creerse que ha sido creada para dar la más completa satisfacción al individualismo de las opiniones personales. A quien no sabe producir nada que sea adecuado, ofrécele la posesión el lugar de depósito más cómodo para sus ideas malsanas. Podríamos llamarla el juguete que el hada del derecho ha puesto en la cuna de la doctrina para ayudarla a descansar, (...); es una figura de caucho, a la cual puede darse las formas que se quieran"*¹. Es difícil encontrar otro comentario que refleje más claramente las sensaciones del académico que reflexiona sobre la posesión.

Desde la perspectiva del Código Civil, la posesión es un derecho real que se configura por la conducta o actos objetivos que desarrollan las personas sobre los bienes. En tanto se produzca el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad habrá posesión (artículo 896 del Código Civil). Esta es la Teoría Objetiva de la posesión que acoge con acierto nuestro Código, y que tiene como propósito principal hacer de la posesión un instrumento para la convivencia pacífica de las personas y un medio adecuado para la buena marcha de las relaciones económicas vinculadas al ejercicio del dominio. El punto de partida de la posesión es la apariencia de derecho que se genera a partir de las conductas objetivas que se observan en las personas con relación a los bienes. La posesión tiene pleno fundamento y justificación porque en la mayoría de los casos, cuando alguien actúa sobre un bien ejerciendo alguna conducta que aparenta la existencia de un derecho, es porque realmente le corresponde el derecho que aparenta. Por ello, a partir de la mera conducta se explica el nacimiento de un derecho autónomo, que sin tener que probar ninguna titularidad dominial o desmembración de la propiedad, genera consecuencias jurídicas de enorme importancia.

La posesión es un derecho que prescinde de la prueba sobre las titularidades que provienen de la propiedad. Se configura a partir de hechos o conductas, a las cuales el sistema legal otorga

¹ IHERING, Rodolfo. La Posesión. (versión española de Adolfo Posada), Madrid 1926. Editorial Reus S.A. p. 485.

una serie de consecuencias jurídicas. Se trata de un derecho peculiar que tiene autonomía frente a la propiedad y sus desmembraciones².

La doctrina es uniforme al señalar que la posesión está compuesta por un elemento objetivo (poder físico sobre el bien que se explica en la relación fáctica entre el sujeto y la cosa), y un elemento subjetivo (se refiere a la intención o voluntad de tomar contacto con el bien). Respecto a los alcances de estos elementos resulta imprescindible acercarse a la célebre polémica entre Ihering y Savigny. Los elementos objetivo y subjetivo de la posesión surgen de las nociones de *corpus* y *animus* sobre los que debatieron estos célebres juristas. Savigny sostenía que la posesión requiere un corpus basado en el contacto material con la cosa o en la posibilidad material de hacer de la cosa lo que se quiere, con exclusión de toda injerencia extraña³. Por su parte, Ihering opinaba que la noción de corpus no estaba relacionada con el poder físico sobre la cosa o con la posibilidad de ejercer dicho poder, sino en la relación exterior del individuo con las cosas, de acuerdo al comportamiento ordinario que tendría el titular del derecho⁴.

Es necesario advertir que muchas de las razones que expuso Savigny para sustentar su noción del corpus, tenían por objeto justificar las soluciones legislativas romanas sobre la materia. Savigny trató de que todos los supuestos en los que la legislación romana calificaba una situación como posesoria -pese a que no existía contacto material con la cosa-, tuviera una racionalidad superior que explicara la posesión en su conjunto. Por esta razón utilizó abundantes citas de juristas romanos para justificar su lectura del corpus⁵. Ihering tuvo expresiones muy duras al criticar la noción de corpus de Savigny. Se preguntaba por qué la necesidad de recurrir al poder físico sobre la cosa o a la posibilidad fáctica de acceder a ella. ¿Cuál era el fundamento detrás de esta noción?. Decía Ihering: *"Yo puedo, cuando mi hogar se enfría, reanimarle a cada instante, más por esto yo no diré que está caliente mientras esté frío; la posibilidad no es la realidad"*⁶.

Como advertimos antes, Savigny trató de justificar las situaciones que en el derecho romano eran consideradas como posesorias, sustentando en ellas su noción de corpus. Refiriéndose a esto Ihering dice: *"Vese pues que la teoría de Savigny sobre la aprehensión lleva a contradicciones palpables: ora la presencia es necesaria, ora no lo es; ya la seguridad del poder físico basta, ya no - las deducciones de Savigny se moldean en las decisiones mismas concretas que trata de interpretar, pero olvida en ellas, cuando llega a la segunda, lo que dice en la primera"*⁷. Para Ihering el corpus de la posesión debía sustentarse en una razón práctica: la apariencia de estar ejerciendo un derecho y a partir de ella permitir el ejercicio pacífico del dominio y sus atributos, sin necesidad de avocarse a la complicada tarea de

² DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Tecnos, Madrid, 1987. p. 102.

³ Al respecto puede verse: AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. Derechos Reales-Materiales de Enseñanza, Fondo Editorial de la PUC, Lima, 1988. p. 111.

⁴ AVENDAÑO. Loc. Cit. p. 114

⁵ Utiliza por ejemplo un pasaje de Paulo en el que establece que *"no es necesario tomar la posesión corporalmente y con la mano, sino que también se toma con la vista y con la intención ..."* Paulo, Digesto, Libro XLI, título II, N° 21.

⁶ IHERING Ob. Cit. p. 211.

⁷ IHERING Ob. Cit. p. 195

probar la existencia de la propiedad o sus desmembraciones. Para Ihering el contacto físico o la posibilidad de él no era lo esencial, sino la apariencia que se desprende de la conducta del poseedor, cualquiera que sea ésta. Si hay contacto o posibilidad del mismo no es lo central para la posesión.

De otro lado, para Ihering el *animus* no era nada especial en la estructura de la posesión, simplemente lo identificó como la voluntad inherente a toda conducta posesoria, es decir la voluntad de poseer. Quien realiza conductas sobre un bien es porque quiere hacerlo, es decir la voluntad es casi siempre un presupuesto del comportamiento. Los casos en los que tal presupuesto no se cumple deberían ser tratados específicamente. Criticando la noción de *animus domini* de Savigny (para quien la voluntad de ser dueño era esencial a la posesión), Ihering realizó una profunda investigación en el derecho romano para conocer el fundamento del animus. Al concluir su investigación expresó: "... el derecho romano no conocía en realidad mas que una sola voluntad de poseer. La diferencia entre la posesión y la tenencia no es el resultado de una diferencia genérica en la voluntad de poseer, sino de disposiciones jurídicas que niegan en ciertas circunstancias a la (...) posesión sus efectos ordinarios"⁸. Que en ocasiones el derecho romano le halla negado condición posesoria a determinados supuestos en los que la voluntad no era la de ser propietario (*animus domini*), no quiere decir que la posesión como concepto general e instrumento práctico se deba someter a las consideraciones de los casos de excepción, concluyó con acierto el maestro.

En definitiva, para Ihering la posesión no dependía del poder físico que el titular tuviera sobre la cosa; dependía mas bien de la protección jurídica que el sistema legal otorga a esa situación. Es la ley la única que puede decir cuándo hay posesión y protección en favor de ese derecho.

La regulación sobre la posesión encuentra sustento en la defensa del derecho de propiedad pues estamos ante un instrumento que permite reconocer (por lo menos en apariencia) el dominio o sus desmembraciones. El paralelismo entre posesión y propiedad no significa, sin embargo, que estos derechos se equiparen. Simplemente justifica que la protección posesoria se extiende a todos aquellos que desarrollan una conducta respecto del bien, similar a la que tendría el propietario del mismo, o cualquier persona que actúa sus atributos⁹.

A la explicación histórica se suma el fundamento práctico. La idea de que exista un derecho autónomo que se sustenta en el sólo comportamiento del titular respecto de la cosa, sin necesidad de acompañar instrumento o prueba alguna, según ya adelantamos, es el mecanismo ideal para simplificar las operaciones comerciales cotidianas y por ende hacer viable la convivencia social. Si tuviéramos que portar todo el tiempo los documentos que dan cuenta del derecho que tenemos sobre nuestros bienes, como una condición indispensable para su ejercicio y defensa, se generarían terribles problemas operativos y costos de transacción absurdos, que no harían otra cosa que perturbar la paz de las relaciones sociales. Por esta razón, en base a la apariencia de derecho que se genera por la conducta que desarrolla el sujeto sobre la cosa, se da lugar a un derecho autónomo.

⁸ IHERING Ob. Cit. p. 472

⁹ Comentando este fundamento decía Manuel Augusto Olaechea ante la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852: "Esta idea de mirar en la posesión un señorio, una exteriorización de la apropiación económica de las cosas, justifica mejor si cabe la protección posesoria. Dentro de este concepto no se trata únicamente del poder material sino también del poder moral sobre la cosa". En: GUZMAN FERRER, Fernando. Código Civil T.II. Cuarta Edición. Cultural Cuzco, Lima, 1982. p. 871.

Si observamos a una persona viviendo en un inmueble de manera normal, concluiremos que se trata de un poseedor, aún cuando fuera un usurpador que ingresó al inmueble aprovechando la ausencia del propietario. Si observamos a una persona haciendo pintas insultantes o difamatorias sobre la pared de un predio, concluiremos que no es poseedor, aun cuando en realidad podría tratarse del propietario. Tal es el alcance de la posesión.

Las conductas son posesorias si dan cuenta de titularidades derivadas de la propiedad. Sin embargo, toda regla tiene excepciones y la figura del servidor de la posesión es una de ellas. No obstante que el servidor de la posesión desarrolla conductas o acciones sobre el bien, su accionar no constituye la exteriorización de un derecho propio, sino el ejercicio de un encargo.

En el ámbito objetivo, escenario típico de la posesión, no se puede saber anticipadamente las condiciones subjetivas de la persona que desarrolla la conducta sobre el bien. Es decir, no se puede escudriñar en la voluntad de la persona, por la sencilla razón que la voluntad pertenece a una esfera interna, ajena al concepto de posesión. Así las cosas, si no existiera la norma contenida en el artículo 897, tendríamos que aceptar que las personas que actúan sobre los bienes por encargo de otros, en interés de otros, son poseedoras, pues exteriormente (objetivamente) ejercen de hecho algún poder o atributo de la propiedad. Si uno ve una persona cuidando una casa, no siempre puede saber si cuida para sí o cuida para otro. Si uno ve una persona conduciendo un vehículo, no siempre puede saber si maneja para si o para otro. No olvidemos que no todos los servidores de la posesión portan uniforme o señal que los identifique como tales.

La norma en comentario no solo es útil porque permite distinguir donde la apariencia de las conductas no siempre lo hace, sino porque de esta forma el servidor no podrá presentar como propias las consecuencias de los actos posesorios realizados por encargo, sobre todo no podrá oponerlos a quien realizó el encargo. Este último es el verdadero poseedor.

Negar la condición de poseedores a quienes desarrollan conductas posesorias en interés de otros, es una decisión legislativa que permite asimilar la figura del servidor a la situación que deriva del contrato de mandato. Según el artículo 1790 del Código Civil, por el mandato el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos por cuenta del mandante. El servidor es un mandatario de la persona interesada en el bien (mandante), quien goza de las consecuencias jurídicas que surgen de la conducta. El encargo de practicar ciertos actos jurídicos unilaterales o bilaterales (las actividades posesorias son actos jurídicos de una u otra clase según la conducta), es un mandato. Cuando un mandatario realiza una actividad relevante jurídicamente los efectos finales de dicha actividad no se quedan en él sino que se atribuyen al mandante. Tal es el caso del servidor de la posesión, a quien se le instruye para que realice conductas posesorias, no para satisfacer un interés propio, sino el interés del mandante. Como dice Jorge Avendaño en sus clases de Reales *"El servidor de la posesión es el brazo extendido del poseedor"*.

En el mandato sin representación (artículo 1809 del Código Civil), que es cuando el mandatario actúa en nombre propio pero en interés y por cuenta del mandante, es cuando menos se puede distinguir al servidor del poseedor, pues el mandatario se presenta ante todos como si fuera él quien tiene interés en los actos posesorios que realiza. En estos casos es más útil aún el artículo 897 pues protege al verdadero interesado.

Se aprecia en la figura del servidor una situación excepcional de la que, como decía Ihering, no se puede extraer componentes esenciales de la posesión. De hecho, la conducta del servidor, vista objetivamente, califica perfectamente para ser posesión, sin embargo la ley le priva de esa calificación por razones atendibles como es la necesidad de proteger al real interesado en el bien, quien proporciona al servidor los medios para desarrollar las conductas posesorios.

Ahora bien, se debe tener cuidado al interpretar la expresión utilizada por la norma cuando se refiere a cierta "*relación de dependencia*" entre el servidor y el poseedor. Esa relación de dependencia, tradicionalmente entendida como una alusión al contrato de trabajo y su componente de subordinación, no es tal. Perfectamente puede ocurrir que el servidor tenga con el poseedor una relación civil ordinaria, de locación de servicios, obra, o cualquier otra diferente a la laboral. Lo importante es que las conductas del poseedor las realiza por encargo y no para satisfacer un interés propio. Así, es servidora la empresa de seguridad contratada por el poseedor para vigilar un inmueble, o el ingeniero y su empresa a quienes le encargamos la construcción de una vivienda sobre un terreno.

La posesión es pura objetividad, no así la relación jurídica que existe entre mandante y mandatario. Esta última es pura subjetividad; la relación jurídica es subjetiva, abstracta. Por ello es necesario precisar que aun cuando esté vigente la relación que sustenta el encargo a favor del servidor de la posesión, si éste deja de actuar como tal, es decir si asume comportamientos a favor de su propio interés, se convertirá en poseedor. Para que esto ocurra y sea oponible al mandante, la actitud del ex servidor tiene que revelar un efectivo desconocimiento del interés que antes representaba y la aparición de uno propio. En este sentido, un guardián con contrato vigente puede tornarse en poseedor, si desconociendo las instrucciones de su mandante, en adelante realiza la custodia pero para sí, o realiza otras conductas posesorias en interés y beneficio propio. Por supuesto, la conducta del servidor infiel debe ser tal que permita al mandante tomar conocimiento de su rebeldía, pues sería injusto que el servidor adquiriera condición posesoria mediante una actitud clandestina.

Finalmente, los alcances del encargo dado al servidor y su efectividad jurídica frente a terceros dependen del contenido del mandato. El artículo 1792 del Código Civil señala que el mandato comprende no solo los actos para los cuales ha sido conferido, sino también aquellos que son necesarios para su cumplimiento. Agrega que el mandato general no comprende los actos que excedan la administración ordinaria. En este sentido, es claro que un guardián al simplemente se le ha dado el encargo de cuidar podrá ejercer la defensa posesoria extrajudicial (artículo 920 del Código Civil), pero no un interdicto, a menos que se le haya facultado expresamente para ese fin y el poder cumpla con los rigores formales del proceso judicial o que invoque la figura de la procuración oficiosa cumpliendo todos sus requisitos (artículos 74, 75 y 81 del Código Procesal Civil). Dependiendo de las conductas que se deseen encomendar al servidor, el encargo deberá ser más o menos específico, y eventualmente cumplir ciertas formalidades, sobre todo en atención a los terceros con quienes se vinculará el servidor.

Artículo 898.- *El poseedor puede adicionar a su plazo posesorio el de aquel que le transmitió validamente el bien.*

Uno de los derechos más importantes derivados de la posesión es la suma de plazos posesorios. Según la norma que comentamos el poseedor puede alegar una posesión mayor a la que él mismo ha generado, sumando los períodos de anteriores poseedores.

¿Qué utilidad tiene para el poseedor hacer alarde de mayor plazo de posesión?. Aunque la norma no lo dice expresamente, es evidente que semejante derecho sólo tiene utilidad (por lo menos en el estado actual de la legislación peruana) para efectos de la prescripción adquisitiva, tanto de la propiedad (artículo 950 del Código Civil) como de la servidumbre (artículo 1040 del Código Civil), que son los dos únicos derechos reales que se adquieren por esa vía.

Para adquirir por prescripción la propiedad o la servidumbre el poseedor tiene que alcanzar cierto plazo de posesión del bien, y no siempre es sencillo acumular dicho plazo si se cuenta únicamente la posesión propia. Ahí radica la utilidad de la suma de plazos. El poseedor que viene poseyendo un día o incluso horas podría sumar los años de posesión de sus predecesores y alcanzar el objetivo de adquirir un derecho real por prescripción. No es materia de la norma en comentario, pero dejamos dicho que la prescripción de la propiedad tiene como función fundamental la prueba del dominio, es decir por esa vía se logra comprobar quién es el propietario. Pues bien, para ese propósito la suma de plazos es de gran utilidad.

Ahora bien, se trata de un derecho del poseedor más no de una obligación. Si por razón de su conveniencia el poseedor actual no deseara adelantar la adquisición por prescripción, el poseedor podría esperar el cumplimiento del plazo contando únicamente con la posesión propia. Por ejemplo si Juan ha poseído por sí mismo por espacio de 10 años (de 1990 al año 2000) y su antecesor poseyó por 5 años (de 1985 a 1990), Juan podría a su elección adquirir la propiedad por prescripción larga en 1995 (sumando los plazos) o en 2000 (usando sólo su posesión).

El ejercicio de este derecho requiere el cumplimiento de ciertos requisitos, a saber: i) quien ejerce la suma tiene que ser poseedor, haberlo sido o ser acreedor, ii) debe existir un anterior poseedor cuyo período será sumado, iii) entre ambos y los anteriores debe producirse una entrega válida del bien y iv) debe existir homogeneidad entre las posesiones que se suman. Veamos.

i) quien ejerce la suma debe ser poseedor, haberlo sido o ser acreedor. Normalmente el interesado en sumar plazos posesorios es el poseedor actual, pero no es el único.

Puede ocurrir que el interesado ya no sea poseedor al momento de invocar la suma de plazos, sea porque abandonó la posesión, porque la perdió en manos de un usurpador o incluso porque transfirió la posesión voluntariamente. En estos casos al ex poseedor podría interesarle alegar la suma de plazos para demostrar el cumplimiento de la prescripción en un tiempo pasado y así buscar la declaración de la propiedad o la servidumbre a su favor. El poseedor actual no podría oponerse a la suma de plazos.

En el supuesto que el ex poseedor hubiese transferido voluntariamente la posesión, la prescripción cumplida en cabeza suya por la invocación de la suma de plazos es una consecuencia inevitable. En estos casos la situación del poseedor actual se resolverá según los términos de la transferencia de la que fue beneficiario; si ésta tuvo por objeto la transferencia del dominio o la servidumbre, la invocación de la suma por el anterior poseedor

favorecerá la formalización del derecho adquirido. Si no fue así, el adquirente de la posesión sólo gozará de una posesión inmediata.

La suma de plazos también puede ser alegada por el poseedor actual que tenga un crédito cuya satisfacción dependa de la prescripción de la propiedad o la servidumbre, o por el simple acreedor cuyo derecho espera realizarse sobre el patrimonio que se conforma por la prescripción. A tal efecto se debe identificar al poseedor que pudo sumar plazos pero no lo hizo. El cumplimiento de la prescripción se da en cabeza del poseedor que estuvo en condición de alegar la suma de plazos. Esta acción se realiza a través del mecanismo previsto en el artículo 1219, inciso 4 del Código Civil que le permite a los acreedores ejercer los derechos de sus deudores, es decir es una alegación de los acreedores que reclaman por un derecho del deudor (el poseedor o ex poseedor).

ii) debe existir un anterior poseedor cuyo período será sumado. La suma de plazos supone alguien de quien sumar, un poseedor anterior. Como vimos en el acápite precedente, la suma de plazos como derecho del poseedor actual sólo alcanza al anterior poseedor, sin embargo el poseedor puede invocar el derecho de los anteriores poseedores que en su momento no invocaron la suma de plazos, en la medida que se tenga una pretensión legítima (crédito) contra ellos.

iii) entrega válida del bien. La norma señala claramente que debe haber una transferencia válida del bien. Se refiere a una transferencia válida de la posesión. En otras palabras, se trata de la tradición (artículo 901 del Código Civil). La tradición supone que la entrega del bien se produzca en ejecución de un título válido (obligación) surgido entre quien entrega y quien recibe. Para que el título sea válido debe estar exento de cualquier vicio que anule o haga anulable el acto jurídico (artículos 219 y 221 del Código Civil).

La entrega válida no supone que la propiedad o sus atributos (eventualmente comprendidos en el título), se transfieran efectivamente, pues si así fuera la prescripción (único destino útil de la suma de plazos) no sería necesaria. Si el adquirente de la posesión recibiera por el mismo título de la tradición, de manera eficaz, la propiedad o la servidumbre sobre el bien, ¿para qué necesitaría sumar plazos?

iv) las posesiones que se suman deben ser homogéneas. Este no es un requisito que se desprenda de la norma en sí misma, sino de la utilidad que ésta tiene a los fines de la prescripción adquisitiva. La prescripción adquisitiva exige cierta posesión por un plazo determinado y naturalmente las características de la posesión que se requieren para ese fin deben ser las mismas por todo el plazo.

Así, en el caso de la prescripción adquisitiva de dominio la ley exige que la posesión debe ser pacífica, pública, continua y como propietario. Si lo que se busca es esta prescripción, solo se podrán sumar los plazos de las posesiones que cumplan estas condiciones. No se podría sumar una posesión plena (como propietario) a una posesión inmediata (que reconoce la propiedad en otra persona), o una posesión inmediata a una posesión mediata.

Sin embargo, hay que tener cuidado con aplicar esta condición literalmente. Que las posesiones deban ser homogéneas no significa deban ser iguales, incluso pueden ser totalmente distintas y ser válida la suma de plazos. La homogeneidad tiene como propósito el cumplimiento de los requisitos de la prescripción, pero se deben observar dichos requisitos razonablemente. Por ejemplo, el plazo de posesión es menor cuando se tiene buena fe que

cuando se tiene mala fe, empero el poseedor de mala fe puede sumar para la prescripción larga (la de mala fe) la posesión de su predecesor aunque éste haya tenido buena fe. Por decirlo de algún modo, la posesión de buena fe es de mejor calidad que la de mala fe, por ello perfectamente se le puede utilizar para completar la posesión larga. ¿Qué razón habría para impedir la suma en este caso?, ciertamente ninguna.

Artículo 899.- Existe coposesión cuando dos o más personas poseen un mismo bien conjuntamente.

Cada poseedor puede ejercer sobre el bien actos posesorios, con tal que no signifique la exclusión de los demás.

Esta norma es la consecuencia del concepto legal de posesión aplicado a los supuestos en los que concurren más de una persona sobre el mismo bien, lo cual se da en la medida que se produzcan objetivamente conductas posesorias concurrentes. Es el caso de las personas que habitan un mismo inmueble o las que usan un mismo vehículo. En tanto haya comportamiento (concurrente) que aparente el ejercicio de la propiedad o algún atributo del dominio, habrá coposesión.

Para que exista coposesión los comportamientos posesorios no tienen que ser los mismos. Podría un poseedor usar de una manera distinta a los demás, lo importante es que concurren las conductas. Por ejemplo, un inmueble podría ser usado al mismo tiempo como carpintería por Juan y como taller de pintura por Pedro; ambos serán coposeedores del bien pero por actos distintos. Tampoco tienen que estar todos los poseedores físicamente en el bien. Por ejemplo uno de ellos podría trabajar de noche y el otro de día, razón por la cual sólo se encuentran físicamente sus días libres, empero hay coposesión. En la medida que la posesión no requiere permanente presencia física, la coposesión tampoco lo requiere.

Como el concepto de coposesión es relativamente sencillo por lo que no merece mayor comentario, nos referiremos a algunos supuestos límite en los que se podría creer que hay coposesión pero en realidad no es así. Veamos:

No son casos de coposesión aquellos en los que el uso o el bien se ha dividido. Si Juan y Pedro marcaran espacios de explotación exclusiva del bien (división del bien) ya no habrá coposesión, por lo menos no respecto de las secciones separadas, aun cuando éstas integren una unidad mayor. Lo mismo ocurre si Juan y Pedro acuerdan separar el uso de modo que uno aproveche el bien por cierta temporada y el otro por la siguiente (división del uso); tampoco hay coposesión.

Igualmente no hay coposesión entre el poseedor mediato y el poseedor inmediato. Como se sabe, la posesión mediata corresponde a quien ha entregado el bien temporalmente a otra persona. La posesión inmediata le toca a quien ha recibido el bien (artículo 905 del Código Civil). Estas dos posesiones concurren sobre una misma cosa pero no tiene la misma justificación o fundamento. La posesión inmediata es tal por la existencia de un título que sustenta la posesión, pero además porque la persona efectivamente desarrolla sobre el bien conductas posesorias. En el caso del poseedor mediato, es difícil (por no decir imposible) hallar la conducta posesoria que explique porqué es un poseedor, mas aun cuando dicho poseedor mediato podría no recibir rentas por el bien.

Pese a los esfuerzos por justificar la posesión mediata como una forma común de posesión (se ha llegado a decir que es poseedor por que “dispone”), creemos que dicha posesión es tal por una razón que nada tiene que ver con la definición general de la figura: la razón es que el legislador ha querido que el mediato sea poseedor para generar un legitimado más a efectos de la defensa del bien. El poseedor mediato no es poseedor por el concepto general, sino por una disposición especial de la ley. Si el poseedor mediato fuera una expresión más del concepto general de posesión, no habría sido necesario referirse a él atribuyéndole expresamente calidad posesoria.

En este sentido, la condición posesoria del mediato es una ficción atributiva que se justifica en fines prácticos atendibles, pero que no se refiere a una persona que desarrolla conductas sobre el bien y que aparenta en virtud de dichas conductas alguna titularidad. Pues bien, la coposesión sí requiere conductas (actos) concurrentes y conjuntas, lo cual no se da en este caso. Posesión mediata y la inmediata se dan al mismo tiempo y sobre el mismo bien, es verdad, pero no conjuntamente ni mediante actos concurrentes.

Finalmente, debemos distinguir la coposesión de la concurrencia de conductas posesorias sobre un mismo bien, supuesto que por primer vez planteo fuera de las aulas y que posiblemente genere polémica. Un mismo bien puede tener varias utilidades que satisfacen intereses distintos al mismo tiempo. Por ejemplo, cuando el poseedor de una vivienda da en uso el frontis del inmueble para que un partido haga propaganda política, el frontis es parte del inmueble y sirve de protección para el poseedor de la vivienda, mientras que para el partido le sirve para dar a conocer a su candidato. El vehículo de transporte público que lleva adherido a los lados la publicidad de alguna empresa o producto, tiene utilidad tanto para el poseedor del vehículo que se desplaza con el bien y obtiene ganancias, como para la empresa o producto que logra una publicidad móvil. Sobre estos supuestos hay que decir que no queda duda que los concurrentes son poseedores, pues la conducta que desarrollan sobre el bien aparenta claramente la existencia de la propiedad o de algún derecho desmembrado, pero ¿son coposeedores?

Estas personas poseen el mismo bien, con conductas posesorias diferentes (hasta ahí no se puede descartar la coposesión), pero ¿poseen conjuntamente como exige la norma?. Consideramos que sí hay posesión conjunta, en la medida que las conductas se dan al mismo tiempo, y son verdaderos comportamientos que podrían entrar en conflicto. Por ello es importante que estén sometidas a los límites de la coposesión que señala la parte final de la norma, según la cual los actos posesorios de cada poseedor no debe excluir a los demás. Esta referencia de la norma es trascendente porque explica el alcance de la posesión conjunta, la cual necesariamente supone actos posesorios concurrentes, no sólo posesiones concurrentes (como ocurre en la posesión mediata y la posesión inmediata). Sólo los actos concurrentes pueden amenazar a otros actos posesorios, no así la posesión que sólo derivan de un mandato legal y que no se traduce en un comportamiento objetivo.

La posesión es un derecho que surge de un hecho; la conducta sobre el bien. Sin embargo, es claro que en la coposesión siempre existe un acuerdo (expreso o tácito) entre los coposeedores, que explica la concurrencia de las conductas posesorias. Una vez que éste se da y se configura la coposesión, recién los coposeedores pueden conminarse a respetar cada esfera de posesión, según el último párrafo del artículo. Es decir, la prohibición de excluir a los demás es consecuencia de la coposesión.

PRECARIO Y QUÉ!

Por: Martín Mejorada C.

La polémica jurídica siempre es interesante y enriquecedora, más aun si se trata de la posesión. Ya decía Ihering sobre este derecho: *“La posesión es una institución molusco. Blanda y flexible como el molusco, no opone a las ideas que se quieren introducir en ella la misma resistencia enérgica que las instituciones vaciadas en moldes de formas rígidas, como la propiedad y la obligación. De la posesión puede hacerse todo cuanto es posible; podría creerse que ha sido creada para dar la más completa satisfacción al individualismo de las opiniones personales¹”*.

Las raíces romanas de la posesión son parte de su atractivo. Enfrenta al estudioso con la tentación de buscar respuestas en un ordenamiento difunto, del cual se pueden decir muchas cosas casi sin resistencia. Hay que tener mucho cuidado con el escenario de la investigación y la selección de las herramientas de trabajo, sobre todo cuando son de origen latino. Desentrañar el derecho romano e invocar conclusiones categóricas sobre él es tarea de expertos. La situación es más delicada si el examen del derecho antiguo es incompleto y su utilización termina sustentándose únicamente en la relación idiomática de las categorías jurídicas.

Con estas advertencias me aproximaré a la figura del **poseedor precario** en el derecho peruano, previa introducción de su antecedente romano. Luego propondré sus alcances jurídicos y las diferencias con el **poseedor ilegítimo**.

¹ VON IHERING, Rodolfo. *La Posesión*. Editorial Reus. Madrid, 1926. p. 485.

El asunto es más simple de lo que parece. El Código Civil se refiere a la posesión precaria en el artículo 911:

"La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido"

En Roma existía el *precarium*. No hay norma expresa que lo defina en el derecho antiguo, de manera que sus rasgos los encontraremos al estudiar los pronunciamientos de funcionarios y letrados. Como suele ocurrir en el fascinante rompecabezas del derecho romano, las figuras legales no se conocen por su definición sustantiva sino por las acciones de defensa asociadas a ciertas situaciones de la vida diaria.

Así tenemos que respecto del *precarium* el derecho romano reconoció la acción de defensa de la posesión en las siguientes situaciones: i) la del acreedor frente al deudor prendario para acceder al bien, ante el incumplimiento de la obligación garantizada, ii) la del vendedor frente al comprador que ha recibido la posesión del bien, pero aún no la propiedad, iii) la del ausente frente al mandatario que defiende sus intereses ante terceros, iv) la del *pater familia* respecto de los bienes que entrega graciosamente a sus descendientes y v) la del poseedor pleno que tolera la presencia transitoria o temporal de terceros². Es de poca utilidad construir una categoría pura del *precarium* a partir de estas situaciones, sin embargo de ellas se desprende una característica común: **transitoriedad y legitimidad de la posesión**. En todos los casos, el poseedor se halla en una situación de pendencia hacia un emplazamiento definitivo.

En definitiva, no son la revocabilidad o fragilidad de la posesión los emblemas del *precarium* romano como han dicho algunos curiosos,

² VON IHERING. Ob. Cit. p. 571 al 599.

características que sólo se presentan en los casos iv) y v), sino la provisionalidad y licitud.

La categoría romana del *precarium* no tiene relación con la definición del poseedor precario contenida en el artículo 911 del Código Civil. No obstante la vinculación idiomática, la posesión precaria de nuestro ordenamiento civil define a un **poseedor sin derecho sobre el bien**, lo cual se evidencia en la ausencia de título o en el fenecimiento del existente. Al mismo tiempo que se define al precario, el Código Civil legisla en su artículo 906 sobre la *posesión ilegítima* y sin definirla señala que es dos clases (de buena y de mala fe). Esta duplicidad de categorías ha generado preocupación en algunos, sin embargo considero que no hay motivo para escandalizarse. Simplemente hay que entender el marco de actuación de uno y otro concepto y para ello hay que conocer previamente el fundamento de la posesión en general.

Dice el artículo 896 del Código Civil que la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad. Los atributos típicos de la propiedad son el uso, disfrute, disposición y reivindicación (artículo 923 del Código Civil). Habrá posesión cualquiera sea la conducta sobre el bien, en tanto responda al ejercicio de algún atributo del dominio. De ahí que la posesión no sólo se genera para quien actúa como dueño, sino para cualquiera que realiza la explotación o goce del bien. Se trata de un derecho real autónomo, el primero del Libro de Reales, que nace por la mera conducta de una persona sobre una cosa, sin importar si tiene derecho o no sobre ella. La posesión es el derecho que surge de la propia conducta y del impacto de ésta sobre los terceros ajenos a la situación posesoria. El comportamiento del poseedor genera la apariencia (información) de que estamos ante una persona con derecho a poseer. Así, es poseedor quien actúa sobre el bien de la forma como lo haría el propietario, el copropietario, el usufructuario, el usuario, el titular de una servidumbre, el superficiario, el

acreedor prendario, el arrendatario, el comodatario o cualquier titular de derecho patrimonial sobre el bien, sea éste real o no.

En el Perú se ha regulado la posesión de manera consecutiva desde el Código Civil de 1852 hasta la actualidad. En cada oportunidad el legislador ha consagrado una definición del derecho posesorio partiendo principalmente de la doctrina clásica. Desde el Código Civil de 1936 la posición preponderante en el Perú sobre el fundamento de la posesión y sus alcances, ha acogido expresamente la tesis doctrinal del maestro Rudolf Von Ihering. El siguiente párrafo revela en síntesis el pensamiento de Ihering sobre el fundamento de la posesión:

“... la protección posesoria en el Derecho Romano (...) ha sido instituida a fin de aliviar y facilitar la protección de la propiedad. En vez de la prueba de propiedad que el propietario debe ofrecer cuando reclama la cosa en manos de un tercero (reivindicatio), le bastará la prueba de la posesión (...)

¿Puede según esto la posesión representar la propiedad? Si, porque es la propiedad en su estado normal. La posesión es la exterioridad, la visibilidad de la propiedad. Estadísticamente hablando, esta exterioridad coincide con la propiedad real en la infinita mayoría de los casos. Por lo regular el poseedor es al mismo tiempo el propietario (...). Podemos pues designar al poseedor como el propietario presunto (...).

Si para ser protegido como poseedor basta demostrar su posesión, esta protección aprovecha lo mismo al propietario que al no propietario. La protección posesoria, establecida para el propietario, beneficia de este modo a una persona para quien no se ha instituido. Tal consecuencia es absolutamente inevitable. El Derecho debe aceptarla por encima de todo, para alcanzar su fin de facilitar la prueba de la propiedad”³.

³ IHERING, Rudolf. Tres Estudios Jurídicos. Bibliografía Omeba. Buenos Aires, 1960, p. 114 y 116.

Es decir, la posesión se configura como un sustituto de la propiedad ante la dificultad que significaría probar el dominio en cada momento. Si los propietarios tuvieran que probar su derecho cada vez que interactúan se generarían una serie de complicaciones prácticas. Todo el tiempo los dueños tendrían que cargar con sus títulos de propiedad desplegando un enorme esfuerzo probatorio, que en algunos casos es muy difícil de superar e incluso imposible. Por ello, en base a un análisis de probabilidades se observa que en la realidad las personas que actúan sobre los bienes como si tuvieran derecho sobre ellas, casi siempre lo tienen.

Se justifica entonces que a partir de la apariencia surja un derecho autónomo (posesión) que da lugar a una serie de consecuencias, que aseguran el ejercicio pacífico de la propiedad (y otros derechos) en escenarios sencillos donde no se debate sobre el derecho a poseer. En el derecho romano el reconocimiento de esta titularidad autónoma estuvo referida exclusivamente a la apariencia de la propiedad. Empero, es claro que si se trata de resolver dificultades probatorias, tanto sufren de ellas los propietarios como los titulares de otros derechos patrimoniales. Por tanto, alejándonos del derecho romano pero de la mano de Ihering, puedo decir que la posesión no se limita a la apariencia de la propiedad sino que comprende la apariencia de cualquier otro derecho patrimonial sobre los bienes. Esta es la posesión que ha recogido nuestro Código Civil.

Establecido el fundamento de la posesión, o en todo caso su justificación más importante, queda claro que las personas que actúan sobre los bienes generando la apariencia de ser titulares, podrían no ostentar la titularidad que aparentan (se supone que son las menos). De ahí que la posesión puede ser con derecho o sin derecho. Vista la definición legal de la posesión (artículo 896 del Código Civil), a efectos de ser considerado poseedor no se discrimina en la licitud o ilicitud precisamente porque del mero comportamiento no se desprende si el sujeto goza o no del derecho que

aparenta. Esto significa que en los hechos podría ocurrir que se considere poseedores (titulares de este derecho autónomo) a personas que no tienen derecho a poseer. Como dice Ihering:

*"Si para ser protegido como poseedor basta demostrar su posesión, esta protección aprovecha lo mismo al propietario que al no propietario. La protección posesoria, establecida para el propietario, beneficia de este modo a una persona para quien no se ha instituido. Tal consecuencia es absolutamente inevitable. El derecho debe aceptarla por encima de todo para alcanzar su fin de facilitar la prueba de la propiedad"*⁴. (Subrayado agregado)

El mundo de las apariencias en el que reina la posesión no lo es todo. Es sólo una herramienta para facilitar el ejercicio de la propiedad y sus desmembraciones. Sin embargo, la existencia de la posesión no significa que ese derecho autónomo asegura la permanencia del poseedor ante el reclamo de quien se dice titular del derecho a poseer. El enfrentamiento del poseedor con quien afirma tener derecho a poseer es siempre en un proceso o procedimiento. Ahí se pone fin a las apariencias y se abre la prueba.

En el derecho romano se conocía la *reivindicatio* como la acción destinada a discutir sobre el derecho a poseer. Ahí se descubría al poseedor sin derecho y era obligado a entregar el bien a su propietario. Al mismo tiempo existía la *interdicta posesoria* como una orden del pretor que disponía la entrega del bien sobre la base de la posesión pero en el entendido (implicado por la posesión) de que el reclamante tenía el derecho. La orden del pretor se basaba en la posesión. Si el demandado ofrecía resistencia se abría el juicio y si en él se demostraba que el reticente no tenía razón para su negativa era duramente sancionado. A la inversa, si se demostraba que el poseedor no tenía a derecho a poseer era sancionado. De esta manera

⁴ IHERING. Tres Estudios Jurídicos. Ob. Cit. p. 116.

se lograba que el ejercicio de la *interdicta* sólo la ejerciera quien estaba convencido de tener el derecho que exteriorizaba su actuar.

Estas fórmulas fascinantes del proceso romano no han llegado exactas hasta nuestros días. Producto de los siglos y la parcimonia doctrinaria en esta materia, la posesión ha adquirido autonomía tal que su defensa judicial (el interdicto) no es un preexamen del derecho a poseer como era en Roma, sino una defensa totalmente autónoma de la posesión. Sin embargo no hay que ser tan duro en la crítica pues nuestro sistema jurídico, quizá sin saberlo el legislador, ha terminado creando también su propia fórmula de preexamen.

En el Perú existen *interdictos*, *reivindicación* (entendiendo por ésta todo proceso donde el demandante se atribuye derecho a poseer, sea a título de propietario o cualquier otro) y el *desalojo*. En los interdictos sólo se verifica la posesión, en la reivindicación se investiga el derecho a poseer, y ¿en el desalojo?. En el desalojo se realiza un preexamen del derecho a poseer sobre la base de ciertos elementos materiales que el demandado debe exhibir si quiere mantenerse en la posesión⁵. Si el demandado no persuade al juez de que podría tener el derecho que señala, deberá entregar el bien. Claro, igualmente el actor debe persuadir al juez de que le asiste el derecho a poseer. Empero, como estamos ante un preexamen lo que el juez resuelva a favor de cualquiera de las partes no define el derecho a poseer. Si el demandante gana el desalojo no significa que es propietario. En el mismo supuesto, al admitirse el desalojo no significa que el demandado no tiene derecho a poseer, sino que no pasó el preexamen. A la inversa, si la demanda es desestimada no implica que el actor carecía del derecho a poseer. Lamentablemente nuestro sistema no prevé sanción alguna para quien se beneficia indebidamente con el preexamen, perdón, el desalojo.

⁵ Técnicamente el demandado podría hacer valer su derecho a las presunciones (artículo 912 del Código Civil), pero obviamente al enfrentar la arremetida probatoria del demandante, se verá obligado a mostrar elementos materiales que den cuenta del derecho que dice tener.

¿Por qué sostengo que el desalojo es un preexamen del derecho?. Porque el juez no se queda en la mera posesión del demandado para calificar la pretensión de entrega del bien. Según la norma procesal (artículo 586 del Código Procesal Civil), el desalojo procede contra el poseedor precario⁶, y la definición de éste en el Código Civil señala que es quien no tiene título o cuyo título ha fenecido. ¿Qué significa esto?. El demandado es alguien a quien se le atribuye no tener derecho sobre el bien, lo cual se verifica en una investigación que no es ni puede ser profunda porque para ello está la acción reivindicatoria. En consecuencia, el precario es aquél que examinado en un proceso de desalojo (examen superficial, a la manera del preexamen pretoriano) resulta (en apariencia) que no tiene derecho a poseer. A eso alude la definición del Código Civil, pues un poseedor que no tiene título alguno o el que teniéndolo muestra en sí mismo su vencimiento o fenecimiento, es un poseedor que falla en la apariencia del derecho que dice tener y por tanto falla al fundamento de la posesión. Lo dicho por el Código Civil al definir al precario es sólo un ejemplo de poseedor que no puede mostrar sumariamente su derecho a poseer, en realidad el desalojo será exitoso en cualquier caso donde el preexamen no permita convencer al juez de la eventual titularidad del demandado. Es decir igualmente será precario el que no tiene título, el que tiene título vencido, o el que tuvo título y terminó por resolución o transferencia, si ello resulta del preexamen. Aquí el "título" se entiende más en sentido material, como prueba del derecho, que en su acepción de causa o fuente.

El desalojo es una acción que enfrenta el derecho de posesión con el derecho a poseer, pero sólo sobre la base de las apariencias. En un desalojo será vencedor quien se presenta como el aparente titular del derecho a

⁶ Si se interpreta literalmente el artículo 586 del Código Procesal Civil, se podría concluir equivocadamente que el demandado a quien se le atribuye la condición de precario es un supuesto distinto del arrendatario o subarrendatario con contrato vencido. Obviamente si el contrato venció el ocupante ya no es arrendatario o subarrendatario, pues dicha condición sólo corresponde a los que gozan de un título vigente, y si ese fuera el caso no procedería el desalojo. En realidad todos los mencionados son precarios.

gozar del bien y será vencido quien no muestra con claridad su derecho a conservar la cosa, todo en una evaluación sumaria.

La peculiar naturaleza del desalojo se explica por las características de los derechos involucrados y por los efectos de la sentencia. El concepto de precario que postulo no se sustenta únicamente en la brevedad del desalojo. Existe un fundamento más íntimo para la superficialidad de este proceso y tienen que ver directamente con la naturaleza de la posesión. El desalojo confronta a la posesión (derecho real), con quien dice ser titular de un derecho sustantivo. Puestos cara a cara la posesión y el derecho a poseer, la ley provee un escenario *ad hoc* donde se juzga la posesión del demandado con las mismas herramientas con las que se configura este derecho, esto es con la apariencia. El ordenamiento exige al demandado mostrarse como titular, evidenciar materialmente la supuesta titularidad que presume con la posesión. Pero no es una exhibición total sino sólo aparente. Basta la apariencia del derecho sobre la base de títulos presuntos para permanecer en la posesión. El demandado del desalojo es evaluado con algo más de rigor que en el interdicto, pero con menos que en la reivindicación. El desalojo es pues una solución intermedia entre uno y otro.

De lo dicho puedo concluir que en la gama de poseedores, los hay quienes tienen derecho a poseer (para ellos se hizo la figura legal de la posesión) y quienes no tienen derecho (son los menos y hay que soportarlos inevitablemente). Entre los que no tienen derecho podemos encontrar: i) los que ostentan títulos jurídicos que hacen creer que estamos ante un verdadero titular y ii) los que sólo cuentan con el respaldo de su conducta posesoria y iii) quienes exhiben títulos que por ellos mismos evidencian la ausencia del derecho. Los segundos y terceros son poseedores precarios, contra ellos procede el desalojo.

Ahora bien, ¿cuál es el rol de la posesión ilegítima en todo este tema?. La posesión ilegítima es aquella que se ejerce sin derecho. Es una categoría que está en un plano distinto al de la posesión precaria. La ilegítima sirve para establecer las consecuencias patrimoniales de la posesión, a favor o en contra del poseedor (frutos, responsabilidad por pérdida del bien, etc.). Estas consecuencias sólo se declaran como efecto de un examen profundo del derecho a poseer (acción reivindicatoria), nunca en el desalojo.

No es válido vincular las figuras del precario e ilegítimo al nivel de género y especie. El precario es una categoría procesal y sólo se explica en ese ámbito. El precario puede ser ilegítimo o no, y el ilegítimo puede ser o no precario. Más aun, el poseedor legítimo puede ser precario si no pasa el preexamen en el desalojo. Ser precario no es tan malo después de todo, su calificación no implica una decisión final sobre el derecho a poseer.

Puedo especular que habrá entre los lectores de estas líneas algunas adhesiones y muchas discrepancias con lo que se plantea. Sin embargo, estoy seguro que la totalidad de ellos coincidirá con Ihering: *"A quien no sabe producir nada que sea adecuado, ofrécele la posesión el lugar de depósito más cómodo para sus ideas malsanas"*⁷. Gracias posesión!

⁷ VON IHERING. La Posesión. Ob. Cit. p. 485.

La posesión y las mejoras en el Código Civil peruano

Martín Mejorada Chauca

Abogado. Profesor de derecho civil
de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 Introducción.

Una de las instituciones jurídicas que ofrece enormes posibilidades de aplicación práctica y desarrollo conceptual, es sin duda la posesión. Como exteriorización del derecho de propiedad, la posesión es una figura legal sumamente útil y necesaria. A partir de ella se crea todo un sistema de protección e incentivo a la explotación de los bienes, sobre la base del comportamiento de hecho que las personas desarrollan en ellos.

Teniendo en cuenta que la investigación sobre la titularidad del dominio no es tarea sencilla y que, por ende, el ejercicio y defensa de este derecho suele estar sometido a serias dificultades, la existencia de un derecho que se puede apreciar a simple vista y ejercer sin mayor trámite resulta de enorme trascendencia. La función de semejante figura tiene especial significado en el Perú, pues entre nosotros el acceso a la formalidad e información sobre el derecho de propiedad es un problema de raíces antiguas y de difícil solución aún hoy en día.

De las consecuencias que derivan de la posesión, son los derechos y obligaciones de los poseedores los que revisten la mayor importancia práctica y le dan sentido a la institución. Uno de los derechos más interesantes y quizá menos examinado en nuestro ordenamiento es el conocido como reembolso por mejoras. En términos generales

debemos decir que se trata del derecho de los poseedores a que se les pague el mayor valor que adquieren los bienes poseídos como consecuencia de las modificaciones introducidas en ellos. La obligación de pago corresponde al propietario y está sujeta al régimen previsto en los artículos 916 al 919 del Código Civil vigente.

En las siguientes líneas nos ocuparemos de algunos aspectos del régimen legal de las mejoras en el Código Civil peruano. Previamente nos referiremos a los alcances del derecho de posesión, pues sólo de ciertas conductas específicas que desarrollan los poseedores nace el derecho al reembolso por mejoras.

2 La posesión.

Históricamente la posesión surge en momentos en que la propiedad no estaba aún perfilada. La ocupación individual de las tierras que dejaron de ser comunes y la tenencia de las cosas muebles eran defendidas por cada cual repeliendo la fuerza con la fuerza. Sólo después de mucho tiempo y producto de una evolución paulatina, la defensa privada y la recuperación de lo que había sido materia de despojo, merecieron el amparo social y surgió así la posesión con los medios legales tendientes a protegerla⁽¹⁾.

(1) VALIENTE NOAILLES, Luis M. *Derechos Reales*. Buenos Aires: Roque de Palma, 1959. p.35.

Conocer los alcances de la posesión sólo tiene carácter instrumental. Saber cuándo estamos en presencia de una situación posesoria sólo tiene sentido porque de ese modo podremos saber si a determinado supuesto le son aplicables las consecuencias que el sistema legal ha previsto para dicha situación. Las presunciones legales, la suma de plazos posesorios, la prescripción adquisitiva de dominio, el reembolso por mejoras y la defensa interdictal, son algunas de las consecuencias importantes que justifican la investigación y hacen patente la necesidad de saber qué elementos se deben considerar para calificar una situación como posesoria. En esta aventura académica no podemos perder de vista que en definitiva lo que se pretende con la posesión es dar una respuesta adecuada a una necesidad social concreta.

Respecto al origen etimológico del término posesión, algunos entienden que deriva de la voz latina *possidere*, que significa estar establecido o establecerse. Para otros deriva de *pedium positio*, también voz latina, que significa tenencia con los pies. Finalmente, otros opinan que deriva de *posse*, que es una palabra de origen sánscrito que significa señorío⁽²⁾. Luego de su desarrollo en el derecho romano, diversos autores se han ocupado de la posesión con el propósito de “descubrir” sus alcances. Sólo con los trabajos de Rodolfo Von Ihering se puso en evidencia que, como todo en el mundo conceptual de la ciencia jurídica, no había nada que descubrir en la posesión, sino mucho por crear al darle contenido y por supuesto al someter a prueba la coherencia interna de su expresión legislativa. A este efecto, decía Ihering, había que atender fundamentalmente a los intereses prácticos de la vida social que el sistema legal recoge al regular el derecho de propiedad⁽³⁾.

Según Ihering la posesión es la exteriorización de la propiedad y su objeto principal es complementar la protección que el ordenamiento legal otorga a este derecho. Por ello, todo

comportamiento que reproduzca en los hechos la conducta que tendría el propietario del bien o cualquier otro titular, es considerada posesión. Ahora bien, la dirección de este contenido de la posesión tiene una explicación muy sencilla. La posesión es la exteriorización de la propiedad porque así lo ha decidido el legislador. En este sentido, si los alcances de la figura dependen casi exclusivamente de la voluntad del legislador, pueden haber tantas formas de entender la posesión como ordenamientos legales existen.

En nuestro caso es conocido que el legislador peruano asignó a la posesión el mismo contenido que Ihering describe en sus trabajos y que fue la opción de los legisladores lo que motivó las reflexiones de este jurista. De ahí la importancia de describir el trabajo de Ihering, pues sus reflexiones son plenamente aplicables a la posesión de nuestro Código Civil.

Si bien Ihering se ocupó en algunas ocasiones de hacer juicio de valor sobre la opción que entiende a la posesión del modo antes indicado, su trabajo más extenso se produjo en la esfera conceptual de esta opción, mostrando permanentemente la relatividad de la misma. Su teoría consiste en explicar coherentemente las diversas situaciones que derivan del contenido elegido para la posesión. Así dice el maestro: “Si (...) la intención del legislador ha sido (...) completar la protección de la propiedad, no son las investigaciones lingüísticas sobre la palabra posesión las que deben decidir en qué casos se debe conceder la protección posesoria, sino los intereses de la propiedad (...). Es pues el interés de la propiedad lo que determina la protección posesoria y con ella la noción de la posesión; allí donde los motivos prácticos hacen conceder la primera, el jurisconsulto debe llamar posesión el estado de la cosa, aunque (...) este estado no tenga nada de posesión en el sentido natural de la palabra⁽⁴⁾”.

En la interpretación de Ihering la posesión no

(2) Ibid.; p.36.

(3) IHERING, Rudolph. *La Posesión*. Traducción al español de Adolfo Posada. Madrid: Reus, 1926. p.212.

(4) Ibid.; pp.212-213.

depende del poder físico que el titular tenga sobre la cosa; depende más bien de la protección jurídica que el Derecho otorgue a esa situación. Esa protección se encuentra sustentada en la defensa del derecho de propiedad, como medio de explotación económica de los bienes. El paralelismo entre posesión y propiedad no significa, sin embargo, que estos derechos se equiparen, simplemente justifica que la protección posesoria se extiende a todos aquellos que desarrollan una conducta respecto del bien similar a la que tendría razonablemente el propietario del mismo, o cualquier persona con derecho sobre el bien. La idea es: si se protege la propiedad deben protegerse también los derechos que se desmembran de ella⁽⁵⁾.

Como decía Jorge Eugenio Castañeda rememorando a Ihering: "La propiedad sin la posesión sería un tesoro sin la llave para abrirlo, un árbol frutal sin la escalera necesaria para cosechar los frutos. La utilización económica consiste, según la naturaleza diversa de las cosas, en el *uti, frui, consumere*. La protección jurídica contra el despojo reside en que al defender al poseedor se defiende al propietario. La posesión es el contenido del derecho de propiedad⁽⁶⁾".

El artículo 896 del Código Civil de 1984 establece que "La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad". Por su parte el artículo 923 del mismo código dice

que los atributos del derecho de propiedad son: usar, disfrutar, disponer y reivindicar el bien. Si queremos comprender adecuadamente los alcances que entre nosotros tiene la posesión, debemos tener cuidado al interpretar las normas antes referidas.

Para calificar una situación como posesoria no basta verificar si en determinado caso el sujeto está ejerciendo alguno de los atributos de la propiedad, pues el ejercicio de éstos, entendidos con simpleza e ignorando el fundamento de la fórmula que ha recogido el código, puede llevarnos a errores graves. Basta con resumir que nuestra norma quiere decir, al menos así se ha entendido razonablemente, que será poseedor aquél que se comporte respecto del bien como lo haría normalmente un propietario o una persona con derecho sobre el bien⁽⁷⁾.

Ahora bien, desde que nuestro sistema jurídico optó por el modo de entender la posesión que explica Ihering, no existe duda acerca de que la posesión es un derecho real autónomo. Ciertamente este derecho nace de un hecho que es el comportamiento respecto de los bienes en la forma como nos referimos antes, sin embargo es en definitiva un derecho. Precisamente en esta singular naturaleza radica la complejidad conceptual de la figura, pues no existe otra institución en el ordenamiento que muestre la doble condición que exhibe la posesión. Es un hecho pero a la vez un derecho⁽⁸⁾.

(5) Comentando este fundamento decía Manuel Augusto Olaechea ante la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852: "Esta idea de mirar en la posesión un señorío, una exteriorización de la apropiación económica de las cosas, justifica mejor si cabe la protección posesoria. Dentro de este concepto no se trata únicamente del poder material sino también del poder moral sobre la cosa". En: GUZMAN FERRER, Fernando. *Código Civil*. 4a.ed. Tomo II. Lima: Cultural Cuzco, 1982. p.871.

(6) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Los Derechos Reales*. 4a.ed. Tomo I. Lima: Talleres Gráficos Villanueva, 1973. p.100.

(7) Es posible que en determinadas situaciones una conducta normal de propietario o de persona con derecho sobre el bien, no se ubiquen dentro de lo que es el ejercicio de algunos de los atributos típicos de la propiedad. Esto se explica porque la enunciación que contiene el artículo 923 del Código Civil, no es limitativa sino simplemente enunciativa de lo que normalmente identifica el actuar de un propietario. De manera que si en algún caso nos encontramos con circunstancias que identifican al sujeto en una relación normal con la cosa, pero que no parece encuadrar en algunos de los atributos típicos de la propiedad, dicha situación seguirá siendo posesoria.

(8) En un extraordinario trabajo literario y jurídico que Ihering denomina *En el cielo de los conceptos jurídicos. Una fantasía*; el autor crea una situación fantástica describiendo su paso por un lugar donde se encuentran personificadas las figuras del sistema legal. Al encontrarse en ese lugar con la posesión en diálogo con su interlocutor y guía en el imaginario lugar, dice Ihering: "Ahora la veo. En este momento está en la sección de los derechos reales, allí al lado de la propiedad. ¿Es esa la posesión? ¡Qué extraña que es! Me la había figurado distinta. Yo pensaba que era un derecho, pero aquí resulta ser un hecho. - Espera un poco. La verás también como derecho. Ella se transforma constantemente. Es el Proteo de nuestros conceptos. Mírala ahora. ¿qué es en este momento? - Efectivamente ahora es un derecho - Espera otro instante más. Y ahora ¿qué es? - Las dos cosas al mismo tiempo: Un hecho en cuanto a su esencia, pero igual a un derecho por sus consecuencias. ¡Asombroso! Hace apenas un momento habría jurado que ella es por su esencia un derecho, porque presenta todas las características propias de un derecho. Pero no hay nada que hacer su esencia parece consistir precisamente en no ser lo que es, o ser cada momento lo que se antoja: ya en verdad no un derecho, una relación jurídica, sino un hecho, luego un derecho como todos lo demás y finalmente las dos cosas al mismo tiempo. Es como una anguila que burla todos los intentos de pescarla. Cuando uno cree tenerla en las manos ya se ha escurrido". En: *Bromas y veras en la ciencia jurídica*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974. p.239.

Al margen de todo el sustento doctrinario que demuestra que la posesión es un derecho, en el sistema jurídico peruano bastaría con indicar que la misma ha sido calificada expresamente como tal por el Código Civil. En efecto, entre nosotros la posesión es el primero de los derechos reales⁽⁹⁾. Ahora bien, este derecho con toda su importancia tiene características particulares que deben ser consideradas en todo momento de su estudio. Las características generales no admiten mayor cuestionamiento; se trata de un derecho real, es un derecho autónomo, tiene carácter patrimonial, recae sobre bienes. Como señala Puig Brutau: "La discusión de si la posesión es un hecho o un derecho debe quedar superada. Es un hecho en cuanto se refiere al señorío efectivo sobre la cosa, con independencia de la causa o fundamento jurídico de este poder o dominación, pero es un derecho en la medida que la ley regula consecuencias jurídicas del hecho de la posesión. Al depender de la voluntad del sujeto que posee la producción de estas consecuencias previstas por la ley, la posesión aparece como un derecho subjetivo, aunque de un tipo peculiar. Es un derecho provisional porque no podrá ser opuesto -por lo menos de manera definitiva- a la propiedad y a otros derechos reales⁽¹⁰⁾". Se trata de un derecho peculiar pues, como dice Puig Brutau, depende de la voluntad del poseedor. Hasta cierto punto se trata de un derecho frágil, transitorio, que sólo tiene sentido en tanto se verifique el hecho que sustenta su existencia. Así, en un instante una persona es poseedora de un bien porque se comporta respecto de él de la manera como lo haría un propietario u otra persona con derecho sobre él, y de un momento a otro ya no lo es porque ha dejado de producir esa conducta.

En la doctrina sobre el contenido y los alcances de la posesión, incluso en la vieja discusión entre Ihering y Savigny, se han considerado con singular importancia los diversos momentos a través de los cuales discurre una situación posesoria⁽¹¹⁾. En este sentido resulta trascendental comprender cómo se adquiere la posesión, cómo se conserva y cómo se pierde la misma. Sobre la adquisición de la posesión, ya dijimos que la conducta del sujeto respecto del bien debe cumplir ciertos requisitos. Es decir, para adquirir la posesión es necesario que la persona se comporte respecto del bien de manera efectiva como lo haría razonablemente una persona con derecho sobre el mismo. Sin embargo, luego de adquirida la posesión no es necesario que los hechos que dieron lugar a su origen se repitan constantemente para seguir calificando la situación como posesoria. En efecto, la normalidad de la conducta requerida es variable y a ella deberemos estar para seguir calificando la existencia de la posesión de cada momento⁽¹²⁾.

Así pues, la conducta necesaria del sujeto respecto del bien puede ser variable. La normalidad puede verse alterada por diversas razones y circunstancias. La conducta que originariamente podría haber sido normal y dar lugar a la posesión, puede dejar de serlo y no servir más para calificar la situación como posesoria. A la inversa, una conducta que originalmente no hubiese dado lugar a la posesión, puede luego, al cambiar las circunstancias, merecer dicha calificación.

Para conservar el derecho de posesión el titular debe mantener la conducta que sea necesaria. Cuando dicha conducta cesa, el derecho se extingue y con él la posibilidad de ejercer algunos derechos que la ley pone a disposición de los poseedores. Al

(9) Somos conscientes de la crisis que existe en la diferencia clásica entre los derechos reales y los derechos personales. Sin embargo, ésta no es la oportunidad para ocuparnos del tema.

(10) PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. 2a.ed. Tomo III. Barcelona: Bosch, 1978. p.46.

(11) Respecto a este debate académico se puede ver: AVENDAÑO V., Jorge. *Derechos Reales*. Lima: PUC, 1988. pp.110-125; a esta discusión para ilustración del lector.

(12) Ihering cuestionó profundamente la tesis de Savigny, pues este último decía que la posesión se mantiene mientras subsiste la posibilidad de reproducir cuando se quiera el estado originario. Es decir, para Savigny se perdía la posesión cuando esta posibilidad se convertía en imposibilidad. Ihering, coherente con su tesis, establece que el estado originario puede variar dependiendo de la conducta que dé lugar al hecho razonable que equipara el actuar posesorio con el de una persona con derecho sobre el bien. No se trata pues de un aspecto que pueda ser apreciado uniformemente durante todo el devenir de la posesión, sino que debe ser apreciado atendiendo a las circunstancias vigentes en cada momento concreto, con relación al bien y a la persona. En: IHERING, Rudolph. Op.cit.; p.196.

respecto debemos precisar que los derechos que emanan de la posesión no están condicionados en cuanto a su eficacia a la subsistencia de la posesión. La posesión hace nacer derechos que pueden ejecutarse incluso después que el derecho se ha extinguido. Incluso algunos derechos que nacen con ocasión de la posesión sólo se pueden ejecutar cuando ésta llega a su final, es precisamente el caso del derecho al reembolso por mejoras.



Ahora bien, la legislación admite, excepcionalmente, que pese a no producirse la conducta razonable exigida como necesaria para calificar cualquier posesión, dicha calificación subsista para extender la protección de la institución a supuestos especiales. Es el caso del artículo 904 del Código Civil que establece que se conserva la posesión aunque su ejercicio esté impedido por hechos de naturaleza pasajera. Mucho se ha comentado respecto a esta norma. A nosotros sólo nos interesa destacar que se trata de un supuesto excepcional en el que pese a no

cumplirse los requisitos de la posesión, el sistema jurídico, por un interés práctico que sin duda está vinculado a la protección del derecho de propiedad, continúa calificando como posesión a una situación que de ordinario no tendría tal condición. A nosotros nos parece que en este caso particular la solución es adecuada, pues ciertamente quien no puede continuar la conducta típica que da lugar a la posesión por las circunstancias descritas en la norma, no debería privársele del ámbito de protección del derecho que nos ocupamos.

3 Reembolso de mejoras.

Bajo diferentes denominaciones en la doctrina y en la legislación comparada, se reconoce este derecho como una de las consecuencias importantes que derivan de la posesión⁽¹³⁾. Pese a que lo esencial en términos económicos es el reembolso, es decir el pago de las mejoras, las situaciones más complejas e interesantes se presentan en la determinación de lo que debe entenderse por mejoras y en la identificación de los supuestos que el ordenamiento legal ha previsto para el pago de su valor.

Nuestro Código Civil regula el tema en el capítulo quinto del título primero del Libro de Derechos Reales (artículos 916 al 919). Al igual que sus antecedentes legislativos (Códigos Civiles de 1852 y 1936), este código no contiene una definición general de mejoras. El legislador prefirió ingresar directamente a la clasificación para, a partir de ella, establecer luego el detalle sobre el derecho al reembolso⁽¹⁴⁾. Por esta razón, trataremos de establecer las características de nuestro objeto de estudio a partir del análisis de las normas del código que se ocupan del tema.

Dice el artículo 916 del Código Civil:

“Las mejoras son necesarias, cuando tienen por objeto impedir la destrucción o el deterioro del bien.

(13) Tanto el Código Civil argentino (artículos 2427, 2429 y 2430) como el Código Civil español (artículos 453 al 458) se refieren a este tema como mejoras o como gastos.

(14) La misma técnica en el tratamiento de las mejoras utilizan los Códigos Civiles de Argentina y España.

Son útiles, las que sin pertenecer a la categoría de las necesarias aumentan el valor y la renta del bien.

Son de recreo, cuando sin ser necesarias ni útiles, sirven para ornato, lucimiento o mayor comodidad”.

A continuación señala el artículo 917:

“El poseedor tiene derecho al valor actual de las mejoras necesarias y útiles que existan al tiempo de la restitución y a retirar las de recreo que puedan separarse sin daño, salvo que el dueño opte por pagar su valor actual.

La regla del párrafo anterior no es aplicable a las mejoras hechas después de la citación judicial sino cuando se trata de las necesarias”.

Finalmente los artículos 918 y 919 disponen:

“En los casos en que el poseedor debe ser reembolsado de mejoras, tiene el derecho de retención”;

“Restituido el bien se pierde el derecho de separación, y transcurridos dos meses prescribe la acción de reembolso”.

Una primera mirada a estas normas nos dice que el derecho del cual nos ocupamos corresponde a los poseedores, por lo que resulta esencial saber quiénes tienen tal condición. A estos efectos serán de utilidad los comentarios del acápite anterior. Al producirse la restitución del bien materia de la posesión, el poseedor tiene derecho a que se le pague el valor de ciertas mejoras, pues éstas han “mejorado” el objeto de la posesión, lo que debe ser compensado. Sin embargo, ¿qué son las mejoras?

Ante la ausencia de una definición legal en nuestro ordenamiento y sistemas jurídicos afines,

resulta interesante la aproximación que hace la doctrina a la definición de mejoras. Así encontramos que para Cazeaux y Trigo Represas debe entenderse como tal a “(...) toda aquella modificación material de la cosa que signifique un aumento de valor (...)”⁽¹⁵⁾. Debemos advertir que se trata sólo de un primer acercamiento, pues en realidad una definición debe comprender todos los alcances de su objeto, lo que en el caso de la figura que analizamos necesariamente pasa por hallar coherencia lógica y justificación práctica a la regulación en cada sistema legal. Nos ocuparemos del nuestro.

Según nuestra regulación, las mejoras son de diversas clases y el poseedor tiene derecho al reembolso sólo tratándose de algunas de ellas. Ahora bien, ¿qué es aquello que puede ser necesario, útil o de recreo, según la clasificación normativa?, ¿son bienes agregados a otro?, ¿son bienes integrantes, acaso accesorios?, ¿son los comportamientos tendientes a la modificación material de los bienes?, ¿son los comportamientos tendientes a la modificación en general de los bienes?, ¿es el cambio que experimentan los bienes por cualquier causa?

No cabe duda que las mejoras están referidas a bienes, no sólo porque su regulación aparece principalmente en el Libro de Derechos Reales del Código Civil, sino porque de la descripción normativa se aprecia con toda claridad que las mismas existen en los bienes o respecto de ellos⁽¹⁶⁾. Está descartada entonces de la esfera de nuestro tema todo objeto de derecho que no tenga la condición de bien⁽¹⁷⁾. Esta simple conclusión se

(15) CAZEAUX, Pedro y TRIGO REPRESAS, Félix. *Compendio de derecho de las obligaciones*. Tomo I. La Plata: Platense, 1986. p.512. Citado por grupo de investigación de Thémis. En: *Thémis. Revista de Derecho*. Liam, No.27. p.131.

(16) Sólo en ese sentido se pueden entender las diversas referencias que contiene las normas del código, en esta parte, al término “bien”. El artículo 916 al establecer la clasificación de las mejoras se refiere directamente a que las mejoras necesarias evitan la destrucción o deterioro del bien, las útiles y las de recreo aumentan el valor y la renta del bien y las de recreo obviamente sirven para ornato, lucimiento o mayor comodidad del bien. Por su parte el artículo 917 alude claramente a la restitución del bien materia de la posesión. Igualmente, el artículo 918 que se ocupa del derecho de retención a favor del poseedor, nos permite concluir que se trata de bienes, pues tal derecho de garantía sólo se ejerce respecto de ellos conforme está previsto en el artículo 1123 del Código Civil.

(17) El Código Civil no contiene una definición de “bien” como objeto de los derechos reales. Los artículos 885 y 886 directamente clasifican a los bienes en muebles e inmuebles. Podemos decir sin embargo, que los bienes son los objetos de derecho que por su condición patrimonial y la determinación o individualización de su contenido, sólo admiten respecto de ellos derechos oponibles. Se trata de objetos materiales o inmateriales cuya situación de explotación y tráfico, en razón de su especificidad (plena identificación del objeto) debe desarrollarse necesariamente a través de derechos oponibles (publicitados), pues sólo de ese modo será posible que el mercado reconozca sus alcances y tome decisiones adecuadas respecto de ellos, evitando la frustración derivada de la equivocada identificación del titular de los bienes.

ratifica además en el hecho de que estamos frente a un derecho de los poseedores y evidentemente sólo puede existir posesión tratándose de bienes.

De las normas transcritas se desprende que se trata de “algo” cuyo valor, en determinadas circunstancias debe ser pagado por el propietario del bien respecto del cual se producen al poseedor que restituye la posesión. En este sentido, las mejoras son susceptibles de valoración económica, como un agregado a la estimación del bien sobre el cual recaen, pues sólo de ese modo podría reembolsarse su “valor” en aplicación de las reglas contenidas en el artículo 917 del Código Civil. En consecuencia, se debe descartar de la calificación de mejoras a todo aquello que, aunque referido a bienes, carezca de valor económico⁽¹⁸⁾.

Aun estando ausente la definición debemos reconocer que los supuestos típicos de mejoras están referidos a modificaciones materiales en los bienes, los mismos que cumplen determinadas funciones respecto de ellos. Aunque no siempre podrán identificarse como bienes susceptibles de ser objeto de derechos singulares, las mejoras están referidas a los bienes e importan necesariamente, según se observa del contenido de la clasificación legal, una mejoría en la condición patrimonial de éstos. En efecto, las mejoras no siempre serán nuevos bienes incorporados en el bien principal materia de la posesión, aunque en la mayoría de los casos coincide con ellos. No sólo son mejoras en este sentido, los muros de contención levantados por el poseedor para proteger el predio, las puertas de mejor calidad colocadas en la vivienda y la pileta instalada en el jardín, sino también la compostura del sistema de agua que consiste en la limpieza de la tubería de los insectos que la han invadido, y el enderezado por cuenta del poseedor de la puerta metálica que fue dañada por el impacto de un rayo. Es decir, mejoras pueden ser bienes independientes o incorporados al bien principal como integrantes,

pero también pueden ser valores incorporados como consecuencia de servicios que han beneficiado al bien sobre el cual recayeron. No hay pues, identificación entre mejoras y un nuevo bien.

Esta aproximación nos lleva a analizar si es posible hablar de mejoras cuando se trata de situaciones que incrementan el valor de los bienes, pero que no son apreciables directamente en ellos, porque se trata de situaciones extrañas a su propia estructura o contenido. Es el supuesto de la habilitación urbana que se lleva a cabo por iniciativa de las autoridades y con la activa participación económica de los poseedores. En estos casos evidentemente el bien incrementa su valor, aunque en su condición interna sigue siendo el mismo. Lo mismo ocurre con las obras públicas aledañas al bien que incrementan su valor y cuyo costo asume el poseedor a través de la llamada contribución por mejoras que se paga a las municipalidades. Se podría decir que en estos casos no es necesario recurrir a la figura de las mejoras porque si se produjera algún perjuicio del poseedor en beneficio del propietario, debido al gasto efectuado, siempre existe la alternativa de la acción por enriquecimiento sin causa prevista en el artículo 1954 del Código Civil. Sin embargo, tal alternativa también estaría a disposición de los poseedores en caso que no existiera regulación sobre mejoras. La idea es observar si existiendo esta regulación se debe incorporar en ella, vía interpretación, el derecho al reembolso por los incrementos de valor derivados de situaciones especiales como la que hemos referido.

El fundamento del derecho que estudiamos es sencillo. El régimen de las mejoras busca restituir el equilibrio patrimonial entre el poseedor que se ha sacrificado y el propietario que ha visto incrementado el valor de su patrimonio. Con este fin, en la medida que el desequilibrio se presenta respecto de bienes y teniendo en cuenta que de por

(18) La existencia del valor patrimonial es un fenómeno económico, no jurídico. Su constatación está totalmente alejada de las reglas de Derecho que solemos utilizar. El valor económico, al decir de los economistas que explican la corriente que hoy impera y a la que evidentemente nuestro país se encuentra adscrito, se encuentra en el mercado. El interés de los agentes económicos en un mercado libre da lugar a la asignación del valor. Si para los agentes existe interés por el intercambio respecto de algo, entonces ese algo, lo que fuere, tendrá valor económico.

medio está el derecho de posesión que da cuenta de la explotación deseada de los mismos, el sistema regula una figura especial denominada mejoras, a partir de la cual el poseedor podrá cobrar su inversión e incluso negarse a la entrega del bien si ésta no le es abonada.

Existe el mismo fundamento tratándose de cualquier otro gasto que se incorpora como valor del bien, efectuado por quien no es propietario, aunque dicho gasto no se pueda apreciar como bien independiente o simplemente identificable dentro del bien materia de la posesión. Creemos que no es posible negar la aplicación del instituto a estos supuestos, sosteniendo que en ellos no existe conducta posesoria que incentivada por el ordenamiento merezca protección, pues como hemos señalado la posesión no sólo se configura mediante actos materiales respecto del bien que importen una permanencia física en él, sino que se trata de la protección al comportamiento que respecto del bien realiza una persona, siempre que dicha conducta se pueda asimilar a la que razonablemente tendría el titular. Es decir, pagar la contribución de mejoras es también un acto posesorio, lo mismo que realizar gastos de trámite que dan lugar a beneficios administrativos a favor del predio. Planteamos entonces que en la medida que las normas no lo impiden, se puede entender como parte de las mejoras a cuyo valor tiene derecho el poseedor, aquellos gastos que efectúa éste pero que no se aprecian en la estructura física del bien individualmente considerado.

A propósito del incremento de valor que identifica a las mejoras, debemos reiterar que tal conclusión se extrae de la clasificación contenida en el Código Civil. También de ella se observa cierta contradicción en la distinción que pretende establecer. En efecto, dice la norma que son mejoras necesarias las que evitan la destrucción o deterioro del bien. Evidentemente el fin de estas mejoras no

relega el hecho de que su incorporación eleve el valor del bien y por ende su renta. Es decir, un bien a punto de destruirse o deteriorarse no tiene el mismo valor que cuando se ha superado esa situación producto del gasto efectuado por el poseedor. Por la misma razón, la renta del bien no será la misma. Sin duda, estos valores se incrementan.

El régimen de las mejoras busca restituir el equilibrio patrimonial entre el poseedor que se ha sacrificado y el propietario que ha visto incrementado el valor de su patrimonio.

Tratándose de las mejoras de recreo, es claro que su incorporación en el bien incrementan su valor y la renta, al margen de si deben ser reembolsadas o no al poseedor. En este sentido se presenta un problema con la definición legal de las llamadas mejoras útiles y es que el código las identifica como aquellas que sin ser necesarias incrementan el valor y la renta del bien. De acuerdo a lo que ya hemos indicado, el incremento del valor y la renta es común a toda clase de mejoras, de modo que tratándose de las útiles, el único signo distintivo es que las mismas no tienen el propósito de evitar el deterioro o la destrucción ni de servir para el lucimiento o mayor comodidad del bien⁽¹⁹⁾. Su propósito simplemente es distinto, no importa cuál. Si incrementa el valor y la renta del bien, será una mejora. De algún modo la contradicción resulta siendo útil, pues por exclusión todos los gastos que no sean para el recreo del bien, serán necesarios o útiles y deben ser reembolsados. La generalidad de la identificación legal de las mejoras útiles permite amplia libertad al intérprete para atribuir tal

(19) El segundo párrafo del artículo 916 señala que las mejoras útiles son las que no pertenecen a la categoría de las necesarias, no dice cuál es su relación con las mejoras de recreo. Creemos que se debe entender que las mejoras útiles tampoco pertenecen a la categoría de las de recreo, pues de otro modo carecería de sentido la distinción e incluso se distorsionaría el mandato de pago contenido en el artículo 917 del Código Civil a cuyo efecto es imprescindible establecer la diferencia.

condición a los actos del poseedor que, de acuerdo a las características de los bienes y de su explotación, puede tener naturaleza peculiar como ya vimos antes.

Ahora bien, la determinación sobre el incremento de valor que identifica a la mejoras no siempre es tarea sencilla. A este nivel no se debe identificar gasto con mejoras, pues el propósito de la figura no es sólo restituir el patrimonio del poseedor, sino alcanzar el equilibrio económico teniendo como referente la mejoría experimentada por el patrimonio del propietario. En esta medida, no habrá mejoras, pese al gasto efectuado por el poseedor, si las actividades desplegadas no incrementan el valor del bien o si incluso lo perjudican. Un poseedor puede gastar 100 en modificar las estructuras de una vivienda cuyo valor era de 1000, sin embargo si como resultado de esa modificación el inmueble sigue valiendo 1000 o menos, no resulta razonable que el propietario pague los gastos, pues no hubo mejoría. Estas situaciones se pueden presentar perfectamente como producto de una inversión ineficiente del poseedor, la que de modo alguno puede trasladarse al propietario por la vía de las mejoras. El tema del valor debe apreciarse en el mercado, único escenario válido para asignar valores y observar el equilibrio patrimonial que es fundamento del régimen de mejoras⁽²⁰⁾.

Estamos en condición ahora de ensayar una definición de mejoras. Se trata de las modificaciones que realiza un poseedor respecto de la situación de un bien, determinando el incremento de su valor según la apreciación ponderada de las reglas del mercado. Estas modificaciones no se identifican siempre con una parte de la estructura o contenido del bien, pudiendo integrar simplemente su contexto siempre que tal situación incida en el incremento del valor y permanezca inseparable de él.

Es momento de hacer una precisión adicional.

Es cierto que el reembolso de las mejoras sólo se produce a favor de los poseedores cuando éstas existen al tiempo de la restitución del bien. Empero, ¿desde cuándo existen mejoras?, ¿sólo son mejoras las realizadas por poseedores? Definitivamente la mayor relevancia para tratar el tema se presenta cuando las mejoras existen al tiempo de la restitución, pero es evidente que algunas modificaciones necesarias, útiles o de recreo no existirán cuando llegue ese momento. En estos casos, ¿las modificaciones fueron mejoras? Creemos que sí, sólo que carece de utilidad su calificación en el marco del régimen legal previsto para el reembolso, pero podría tener alguna utilidad en las convenciones entre poseedor y propietario donde se prevé un régimen especial para las modificaciones antes de la restitución del bien. Donde sí parece estar ausente toda utilidad sobre la calificación de mejoras, es en las modificaciones introducidas por el mismo propietario, pues en este caso la incorporación del mayor valor beneficia de inmediato al titular y no genera ninguna relación con terceros que comprometa al bien.

Con relación a la calidad posesoria de quien introduce las mejoras, cabe preguntarse si la misma puede derivar con exclusividad de los propios comportamientos tendientes a la ejecución de la mejora o si ella debe ser previa y de mayor contenido. Creemos que la realización de las mejoras constituye una conducta posesoria suficiente para generar el derecho al reembolso, cumpliéndose las demás condiciones previstas en la ley. Ahora bien, el artículo 917 del Código Civil se refiere a la restitución del bien como el momento clave a partir del cual surge la obligación de reembolso. Es decir, sólo desde que el poseedor entrega el bien al propietario o está dispuesto a entregarlo, puede exigir el pago de las mejoras. ¿Qué es lo crucial en este momento?; el desprendimiento de la posesión o la recuperación de la misma por parte del propietario. Consideramos que lo

(20) Al respecto es importante resaltar que el derecho al reembolso de las mejoras se liquida sobre la base del valor actual de las mismas, es decir, el valor de mercado. No es considerado en este cálculo el monto de los gastos que tuvo que efectuar el poseedor al tiempo de introducir las mejoras (artículo 917 del Código Civil).

segundo. A pesar de que la norma alude a "restitución", es decir al acto voluntario de entrega a su titular, no parece razonable que el poseedor que pierde la posesión sin haberla entregado al propietario, pierda el derecho al reembolso de las mejoras, si el titular ha accedido al bien y se beneficiará con ellas.

Ciertamente, la pérdida de la posesión le impide al poseedor el ejercicio del derecho de retención, pero de ningún modo se justifica el enriquecimiento gratuito del propietario. El derecho al reembolso se explica por la búsqueda del equilibrio patrimonial y la necesidad de fomentar los comportamientos posesorios, conforme explicamos. El derecho nace cuando el titular recupera la posesión, aunque ésta no provenga de quien introdujo las mejoras, pues la sola existencia de éstas da cuenta del comportamiento posesorio realizado y del gasto efectuado en beneficio del patrimonio del propietario. También desde ese momento se computa el plazo para interponer la acción de reembolso.

De lo anterior se desprende también que el derecho al reembolso por mejoras corresponde al poseedor que las efectuó, aun cuando no sea éste el que restituye el bien sino otro poseedor. Es decir, el poseedor tiene derecho al valor actual de las mejoras que existan al tiempo de la restitución, siempre que él las haya efectuado. Si las mejoras fueron hechas por otro poseedor será él quien deba reclamarlas. Asimismo, si las modificaciones en el bien no son causa de la conducta de una persona, las mismas simplemente se incorporan en el patrimonio del propietario sin obligación de pago⁽²¹⁾.

En cuanto a las condiciones del reembolso nuestro ordenamiento ha dispuesto que se pague el valor actual de las mejoras necesarias y útiles que existan al tiempo de la restitución. No se distingue la clase de poseedor. De modo que tanto el poseedor legítimo como el ilegítimo gozarán de este derecho. Sin embargo, la misma norma se encarga de negar el derecho tratándose de las mejoras que se realizan después de la citación judicial, dejando a salvo el reembolso permanente de las mejoras necesarias. Se entiende que se refiere a la citación judicial para la restitución de la posesión. Es una medida que intenta evitar el abuso del poseedor que con el propósito de retener el bien, introduce mejoras útiles en él. En el proyecto de la sub comisión de Derechos Reales a cargo de la revisión del Código Civil se acordó modificar esta regla negando el derecho de reembolso al poseedor que introduce mejoras útiles de mala fe⁽²²⁾.

Finalmente, es importante considerar que el régimen de mejoras al que nos hemos referido no contiene norma de orden público, por lo que las partes involucradas pueden estipular condiciones diversas si tienen la ocasión y voluntad de hacerlo. Asimismo, debemos dejar constancia que existen otros ordenamientos que, a propósito de relaciones jurídicas especiales o situaciones típicas, establecen regulaciones que se apartan del contenido legal de las mejoras que hemos descrito, a pesar de que comparten las características centrales de la institución. Es el caso, por ejemplo, de las normas de construcción sobre bien ajeno contenidas en los artículos 941 al 945 del Código Civil y las disposiciones de los artículos 1682 y 1683 del mismo código, referidas al contrato de arrendamiento. *AP*

(21) Vinculado a este tema es interesante observar lo dispuesto por el artículo 456 del Código Civil español que se ocupa especialmente de las mejoras provenientes de la naturaleza o del tiempo, las cuales, dice esta norma, ceden a favor de quien haya vencido en la posesión. La norma española alude a los cambios que se producen en el bien, que incrementan su valor, pero que no corresponde a la autoría de ninguna persona, sino a hechos fortuitos o al simple paso del tiempo. Estas mejoras que benefician al bien corresponden al titular del mismo, que es quien vence en la posesión o quien tiene mejor derecho sobre el bien, sin obligación de pago. Es el caso de la acumulación de terrenos por efecto de la naturaleza o del mayor valor que adquieren ciertos bienes sólo por el hecho de la antigüedad que vienen acumulando. Entre nosotros el tema no está regulado, pero es claro, por oposición a las reglas de mejoras, que cualquier beneficio que se incorpore en el bien, que no corresponda a la conducta de un poseedor no será mejora y por ende no debe ser reembolsado.

(22) Esta sub comisión se creó a partir de la Ley No.26394 y vino trabajando hasta hace unos meses. En la actualidad el proyecto de reformas de la sub comisión se encuentra en la comisión principal nombrada por el Congreso de la República.



La cambiante posesión

Martín Mejorada

Socio del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano
Profesor de Derecho civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la
Universidad del Pacífico

En el mundo jurídico no existen figuras petrificadas ni universales, sino fórmulas que atienden a necesidades concretas y cambiantes. Por ello siempre hay que estar atentos a la justificación de los conceptos jurídicos y detectar a tiempo las alteraciones de la realidad a la que sirven. Precisamente, la “posesión” es una figura que se sostiene en hechos para cumplir su fin práctico, y puede perder el fundamento primigenio si los eventos sociales que la justifican cambian total o parcialmente. Pues bien, temo que en los últimos años las cosas han variado en el Perú, con relación a la ocupación de bienes, lo que ha obligado a revisar el sustrato real de la posesión. Sostengo que con la modificación del artículo 920 del Código Civil introducida por la Ley N° 30230, el legislador ha modificado el concepto de posesión para efectos de la defensa extrajudicial. Con cierta ligereza técnica, pero con evidente legitimidad, la norma revela una severa mutación en el fundamento de la figura jurídica.

Antes de compartir reflexiones sobre las nuevas condiciones del derecho real de posesión, resumiré la situación previa. Dice el artículo 896 del Código Civil –o “decía”– que la posesión es el **ejercicio de hecho** de uno o más poderes inherentes a la propiedad. Los atributos típicos de la propiedad son el uso, disfrute, disposición y reivindicación (artículo 923 del Código Civil). Hay posesión en tanto el hecho se perciba como el ejercicio de algún atributo del dominio. No solo es poseedor quien actúa como dueño, sino cualquiera que realiza la explotación o goce del bien. La posesión nace de la mera conducta de la persona sobre la cosa, sin importar si tiene o no un título sobre ella. Aquí hay que distinguir entre el “derecho de posesión” y el “derecho a la posesión”. El primero es la “pose-

sión” que nos ocupa, como titularidad que surge del hecho (artículo 896 del Código Civil). El segundo es el derecho que tiene una persona sobre el bien, independientemente de si realiza o no un acto material sobre el objeto. Puede haber poseedores con y sin derecho a poseer, y titulares de derecho que poseen el bien y otros que no.

La posesión es tal cuando genera la apariencia de que estamos ante una persona con derecho a poseer. Es poseedor quien actúa de la forma como lo haría el propietario, el copropietario, el usufructuario, el usuario, el titular de una servidumbre, el superficiario, el arrendatario, el comodatario o cualquier titular de derecho patrimonial sobre el bien. Determinar si hay o no posesión implica ver la conducta del sujeto contrastando dicho comportamiento con el que tendría el titular (derecho de posesión) en similares circunstancias.

Ahora bien, ¿para qué sirve la posesión? y ¿por qué se protege a quien ejerce de hecho algún atributo de la propiedad, aunque eventualmente no tenga título? Son preguntas sobre el fundamento de la posesión que deben responderse de la mano del maestro Rudolf von Ihering, cuya tesis fue acogida expresamente por nuestros codificadores. Dice Ihering:

[...] la protección posesoria [...] ha sido instituida a fin de aliviar y facilitar la protección de la propiedad. En vez de la prueba de propiedad que el propietario debe ofrecer cuando reclama la cosa en manos de un tercero (*reivindicatio*), le bastará la prueba de la posesión [...]

La posesión es la exterioridad, la visibilidad de la propiedad. Estadísticamente hablando, esta exterioridad coincide con la propiedad real en la infinita mayoría de los casos. Por lo regular el poseedor es al mismo tiempo el propietario [...]. Podemos pues designar al poseedor como el propietario presunto [...].¹

Es decir, la posesión se configura como un sustituto de prueba de la propiedad. Si los propietarios tuvieran que probar su derecho cada vez que interactúan con otras personas se generarían serias complicaciones prácticas. Todo el tiempo los dueños tendrían que cargar con sus documentos desplegando un enorme esfuerzo probatorio, que en algunos casos es muy difícil de cumplir e incluso puede ser imposible. Por ello, en

base a un análisis de probabilidades y experiencia (estadística) se cree que las personas que actúan sobre los bienes como si tuviesen derecho sobre ellos, casi siempre lo tienen. Se justifica entonces que, a partir de la apariencia, surja un derecho autónomo para asegurar el ejercicio pacífico de la propiedad (y otros derechos) en escenarios sencillos, donde no se debate sobre el derecho a poseer.

Esta es la posesión que recogió nuestro Código Civil desde hace décadas. Por supuesto habrán circunstancias que ameritan la identificación perfecta del real propietario o titular del bien, a cuyo efecto el despliegue probatorio, por complejo y difícil que sea, será inevitable, y para eso está la acción reivindicatoria o la llamada acción de “mejor derecho”. Son acciones en las que se discute sobre el derecho a poseer y se requiere definir con certeza a quién corresponde el título, más allá de las apariencias y el reflejo a veces engañoso del comportamiento.

La posesión no asegura la permanencia del poseedor ante el reclamo de quien se dice titular del derecho a poseer. El enfrentamiento entre estos intereses se da siempre en un proceso judicial donde se pone fin a las apariencias y se abre la prueba del título. El poseedor queda desnudo ante la investigación que busca más allá del hecho.

En definitiva, el derecho de posesión se sustenta en el actuar de la persona, pues casi siempre que se ocupa de un bien es porque se tiene derecho a poseer. Atender al poseedor es en realidad proteger a quien tiene derecho a poseer, facilitándole el ejercicio práctico del título. Esta realidad ha justificado históricamente la presunción de propiedad que deriva de la posesión (artículo 912 del Código Civil), la cual ha cambiado en el Perú dando lugar a una nueva concepción de la figura legal. Veamos.

La Ley N° 30230 ha modificado el artículo 920 del Código Civil. Desde el 13 de julio de 2014, la norma tiene el siguiente texto:

Artículo 920. – Defensa posesoria extrajudicial.

El poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él o el bien y recobrarlo, si fuere desposeído. La acción se realiza dentro de los quince (15) días siguientes a que tome conocimiento de la desposesión. En cualquier caso debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias.

¹ IHERING, Rudolf von, *Tres estudios jurídicos*, Omeba, Buenos Aires, 1960, pp. 114 y 116.

El propietario de un inmueble que no tenga edificación o esta se encuentre en dicho proceso, puede invocar también la defensa señalada en el párrafo anterior en caso de que su inmueble fuera ocupado por un poseedor precario. En ningún caso procede la defensa posesoria si el poseedor precario ha usufructuado el bien como propietario por lo menos diez (10) años.

La Policía Nacional del Perú así como las Municipalidades respectivas, en el marco de sus competencias previstas en la Ley Orgánica de Municipalidades, deben prestar el apoyo necesario a efectos de garantizar el estricto cumplimiento del presente artículo, bajo responsabilidad.

En ningún caso procede la defensa posesoria contra el propietario de un inmueble, salvo que haya operado la prescripción, regulada en el artículo 950 de este Código.

El nuevo artículo 920 es parte de las medidas para promover y dinamizar la inversión en el país. Tiene mucho sentido. Es evidente que en materia de bienes existe un serio problema para recuperar la tenencia, ya que el Poder Judicial se toma varios años en resolver las controversias sobre el derecho a poseer, lo que conlleva una grave postergación de los negocios, tanto a nivel de pequeñas operaciones inmobiliarias como para la ejecución de proyectos de enorme relevancia. La primera parte de la norma se ocupa de los bienes en general (muebles e inmuebles), pero es obvio que su utilidad es mayor para los inmuebles materiales.

La modificación tiene tres aspectos relevantes, a saber: i) la asignación de un plazo para la defensa posesoria, ii) la defensa del propietario que no ocupa el bien y iii) la inmunidad del propietario contra el poseedor despojado. Todos ellos se sustentan en lo mismo: la ocupación de bienes ajenos, sea por invasiones violentas o por permanencias sin derecho se ha extendido peligrosamente en el Perú, alentada de manera irresponsable por un Estado que intenta ser "social" a partir del clientelismo, un gobierno ausente o rendido frente a la delincuencia que en diverso grado atenta contra los derechos prediales y un Poder Judicial sin recursos.

En este escenario, cabe preguntarse si aún conservamos el presupuesto material de la posesión que consagró nuestro Código Civil. ¿Los ocupantes de bienes en nuestro país siguen siendo normalmente los que tienen derecho sobre ellos? No creo que la mayoría de "poseedores" carezca de título, pero sí que el número de ilegítimos es muy alto en com-

paración con la estadística que sustenta a la posesión en su concepción clásica.

Esta situación lamentable merece respuesta desde el Derecho, de nada serviría insistir en el fundamento inicial de la posesión si la realidad le es distante. La defensa posesoria que es la herramienta emblemática del derecho de posesión, se ha visto en la necesidad de afinarse (algunos dirán "desnaturalizarse") para hacer frente a la crisis. Como está claro que el Estado no resolverá sus carencias en breve plazo, es mejor dar a los particulares los instrumentos para defender sus bienes de manera directa, y qué mejor —ha creído el legislador— que hacerlo en los términos de la posesión. Veamos por separado los aspectos mencionados de la modificación legislativa.

- i) La regla es que nadie puede hacer justicia con sus propias manos. Quien se siente afectado en sus derechos y no encuentra respuesta pacífica en el oponente, tendría que acudir a la autoridad, sin embargo hay excepciones. La defensa posesoria extrajudicial es una de ellas. El artículo 920 del Código Civil permite que el poseedor recupere sus bienes de manera directa, por su cuenta, cuando ha sido despojado sin que medie orden de autoridad competente. La víctima puede repeler la fuerza que se emplee contra ella y recuperar la posesión, siempre que no medie tiempo prolongado ni se recurra a instrumentos injustificados por las circunstancias.

En otras palabras, si alguien es desalojado sin causa, puede expulsar al invasor y recuperar la posesión utilizando sus propias manos, esto significa que puede acudir a la fuerza privada disponible. Es una medida excepcional, equivalente a la legítima defensa que rige en materia penal, que permite a los particulares retomar sus bienes sin el concurso de la autoridad. El afectado podría contratar a una brigada para desalojar al intruso y estaría actuando legítimamente.

Antes de la modificación del artículo 920 del Código Civil se exigía inmediatez en la recuperación del bien, esto es, que no medie tiempo entre el despojo y la defensa material. Ahora el poseedor tiene 15 días para retomar la posesión, contados desde que se entera que ha sido despojado. Es importante

advertir que el derecho a recuperar bienes de manera directa es independiente de la facultad de la Policía Nacional para actuar en casos de flagrante delito. Dicha flagrancia permite la detención del agresor si es que la intervención se produce en el mismo acto, lo que según la ley solo ocurre si no han transcurrido más de 24 horas. Es cierto que la ocupación de un predio ajeno constituye un delito que amerita la intervención policial para la persecución correspondiente, empero la defensa posesoria extrajudicial es otra cosa. Algunos despojados acuden a la policía para desalojar al invasor y apresararlo, pero eso no constituye el ejercicio de la defensa extrajudicial que vengo comentando.

En adelante, el poseedor despojado tendrá 15 días para recuperar la posesión. Todos saludamos la medida, pues las autoridades no responden como se debe a los reclamos de las víctimas. La norma modificada propiciará que el perjudicado organice mejor la fuerza de recuperación privada y sin duda el mercado dará lugar a servicios especializados en lanzamiento de intrusos.

- ii) El segundo párrafo de la norma señala que también tienen derecho a la defensa posesoria extrajudicial los propietarios de inmuebles sin edificación o con fábrica en proceso. Esta mención significa que los dueños de predios, por el hecho de serlo, sea que tengan edificaciones o no, podrán defender el bien sin acudir a un juez. Pero un momento... ¿estos propietarios son poseedores? Si estamos a la definición del artículo 896 del Código Civil, la respuesta negativa. Si un propietario no ocupa sus bienes, no es poseedor y por tanto no debería gozar de los derechos derivados de la posesión, entre ellos la defensa extrajudicial. Sin embargo, la norma modificada le otorga este derecho a los propietarios sean o no poseedores.

La facultad otorgada al propietario para defender sus bienes aparece en el segundo párrafo del artículo 920 modificado, es decir, es independiente de la regla general del primer párrafo. No se puede sostener que el segundo párrafo del artículo se ocupa de los dueños pero en tanto poseedores, pues de ser así no habría sido necesario mencionar a los propietarios en particular, sino que habría bastado la regla general. Tampoco es aceptable

que se limite este poder solo a los dueños sin construcción o con obra en proceso, descartando a los que tienen edificaciones terminadas, pues ello implicaría una lectura en extremo literal de la norma. El legislador ha querido que los propietarios defiendan sus bienes de manera directa contra los invasores u ocupantes ilegítimos, sea que los dueños estén o no en el predio.

Si los propietarios pueden usar la defensa extrajudicial de la posesión, quiere decir que son poseedores, por el mero hecho de ostentar un título. Esta es la nueva posesión, una que se configura ante la ocupación indebida, y por la creencia generalizada de que las meras presencias materiales ya no son suficientes para sustentar la conservación del bien. Los ocupantes ya no revelan una titularidad como antaño, es decir, ya no son poseedores en todos los casos.

Antes de la reforma el propietario ausente no podía recuperar sus bienes de manera directa, ahora sí puede hacerlo, esto significa que es poseedor o que los ocupantes ya no lo son, o ambas cosas. El descrédito de la mera presencia en los predios ha hecho que los actos de explotación u ocupación en el bien ya no sean confiables o reveladores de un título. Ante una sociedad anómala en este ámbito, vale más una afirmación sobre el dominio y una prueba del título que el hecho de la posesión. En consecuencia, es poseedor el propietario aun cuando no realice ningún acto sobre el inmueble y ya no es poseedor el ocupante aunque esté presente en el bien.

Se podría decir que la reforma simplemente le ha dado al propietario una herramienta eficaz para hacer valer su derecho por mano propia, sin que ello lo convierta en poseedor desde el punto de vista jurídico. Aunque esta creencia es interesante, considero que realmente la posesión ha cambiado, pues se ha incluido expresamente al propietario como titular de un derecho emblemático de la posesión, nada menos que la defensa posesoria. Lo más importante de ver es que la realidad ha cambiado. Si el hecho ya no es revelador de un título, al haberse corrompido la estadística histórica que justificaba la presunción de legitimidad,

la ocupación pierde protección y queda postergada ante el dueño que se erige en el nuevo poseedor.

Es una lástima, pero debido a la circunstancia de inoperancia de las instituciones, la ocupación de bienes ha caído en tal descrédito que la posesión clásica ha perdido su fundamento, al menos por ahora y para el caso concreto de la recuperación posesoria.

Estamos en un supuesto muy puntual. La nueva calidad posesoria atribuida a quien dice ser dueño, solo se ejerce contra el poseedor precario, esto es, contra quien no tiene título (artículo 911 del Código Civil), y no se extiende a otros titulares de derecho como los usufructuarios, superficiarios o arrendatarios, pero este "dueño-poseedor" es un privilegiado de la ley y representa probablemente la enorme mayoría de casos en los que se disputa la restitución de bienes. Solo pierde este poder cuando el ocupante ha estado en el inmueble por más de 10 años, lo que entiendo se refiere a la prescripción adquisitiva (artículo 950 del Código Civil). Esto es coherente con el resto de la norma, ya que si el ocupante cumplió los requisitos de la usucapión, ello implica que el reclamante ya no es propietario.

La norma modificada presenta varios defectos de técnica y sin duda generará discusión e inconvenientes en su aplicación (no puedo dejar de mencionar la eventual confrontación con la inviolabilidad de domicilio prevista en el artículo 2 inciso 9 de la Constitución), pero lo cierto es que el presupuesto de la misma está claro así como su impacto sobre el derecho de posesión. Debo reclamar, por ejemplo, que la norma no exija al propietario al menos la exhibición de un documento que advierta de su dominio. Este vacío determina que al actor de semejante poder le basta decir que es dueño para arremeter contra el ocupante.

- iii) Finalmente, el último párrafo del nuevo artículo 920 señala que el poseedor despojado por el propietario no puede a su vez recurrir a la defensa extrajudicial, salvo que él mismo ya hubiese ganado el dominio por prescripción.

Esta norma confirma el supremo poder del dueño por el hecho de serlo. Si desaloja por su cuenta al ocupante este no podrá a su vez recuperar el bien de manera directa, sino que tendrá que acudir a un juez para que, previa verificación que tardará años, decida si tiene derecho a regresar al inmueble. La presencia posesoria cede ante el título, lo que redundará en la demostración de que la posesión ha cambiado.

Otra manera de interpretar este cambio es que el poseedor ya no goza de la presunción cuando enfrenta al dueño, modificándose así el artículo 912 del Código Civil que privaba de la presunción solo al poseedor inmediato frente al mediano y ante el propietario con derecho inscrito. La pérdida de la presunción es la prueba de que la ocupación ya no genera el poder informativo de antaño, rindiéndose ahora fácilmente ante quien dice ser propietario.

Esta solución es peligrosa, pero evidencia la desesperación de los dueños por recuperar sus bienes. En los hechos los propietarios que se saben tales, echarán por su cuenta a los ilegítimos que invadieron o que sin contrato permanecen en el inmueble. Los desalojados no podrán usar la defensa posesoria para regresar, y obviamente solo demandarán si creen tener un derecho vigente. Se han invertido los papeles producto del abuso de los poseedores. Recordemos una vez más que la defensa posesoria no define el derecho a poseer, de manera que la facultad otorgada a los propietarios no los exime de comparecer ante el Poder Judicial para ventilar la validez y vigencia de su derecho a poseer cuando este sea cuestionado.

Las modificaciones del artículo 920 podrían generar el abuso de los propietarios, es verdad, pero cabe preguntarse ¿quién abusa más: los dueños que esforzados demandan la entrega de sus bienes, o los ocupantes que aprovechándose de la clásica presunción permanecen por años sin asumir ninguna consecuencia? La respuesta es evidente, son los poseedores tradicionales los que se aprovechan. La idea de esta norma es darle la herramienta más eficaz a quien en los hechos ejerce sus poderes con mayor ponderación. La nueva norma es un canto a la justicia por mano propia, siempre peligrosa para la paz social, pero inevitable ante la tiranía de los poseedores clásicos.

Lima, febrero de 2015


Predio legal
MARTÍN MEJORADA



¿Cómo desalojar al ocupante ilegítimo?

En tiempos de vorágine inmobiliaria, unos de los negocios más importantes es el arrendamiento. Se trata de un contrato sencillo, con una regulación detallada en el Código Civil. Salvo algunos aspectos que serán materia de comentario en otra oportunidad, diría que en general contamos en el Perú con un buen tratamiento del arrendamiento. Una de las obligaciones derivadas de este negocio es que el arrendatario (quien ha recibido el bien temporalmente) debe devolver el predio al terminar el contrato, sea por vencimiento del plazo o por una conclusión anticipada, por ejemplo, ante la falta de pago de la renta o por otro incumplimiento. Aquí está el punto crítico.

Si el arrendatario no tiene voluntad de devolver el bien, el arrendador no puede retirarlo por su cuenta. Necesariamente tiene que ir a juicio, y dependiendo del argumento que invoque el ocupante tendrá que demandar un desalojo, una acción reivindicatoria u otro proceso más complejo ante el Poder Judicial. Estamos hablando de juicios que toman entre 3 y 4 años. Es el tiempo que usualmente demora definir si el demandante tiene o no derecho a que se le entregue el inmueble. El lanzamiento físico no demora mucho, lo que tarda es la sentencia que ordena la devolución. Durante este período el poseedor rebelde seguirá usando el bien, probablemente sin pagar renta alguna, mientras que el dueño habrá perdido varias oportunidades de negocio.

Es indiscutible que los arrendadores no deben ejercer justicia por mano propia y retirar directamente a los ocupantes. También es verdad que la lentitud y desconfianza que acompañan al Poder Judicial son problemas que no se van a resolver fácilmente. La solución es el arbitraje que se debe incorporar en los contratos de arrendamiento.

A través del arbitraje un juez privado define en algunas semanas si corresponde o no la devolución del bien. El árbitro no puede ejecutar el lanzamiento porque carece de fuerza pública, pero la decisión del arbitraje (laudo) es como una sentencia de la Corte Suprema, la cual habrá que llevar ante un juez ejecutor (del Poder Judicial) para que realice el lanzamiento forzado, sin atender repartos u objeciones del poseedor.

El arbitraje para estos fines se debe pactar con reglas muy sencillas, sin dejar nada que requiera nuevos acuerdos posteriores. Se debe convenir un arbitraje de (1) un juez, serio e imparcial, a quien se puede designar de antemano (con nombre y apellido). Se debe convenir un procedimiento muy breve para que este juez emita su sentencia en días o semanas. También es importante asegurar con ciertos pactos que la sentencia del arbitraje no será cuestionada. Para ello se debe consignar, por ejemplo, que cualquier acción que el poseedor quiera seguir contra el laudo requerirá el abono previo de una fuerte suma. Finalmente, las notificaciones del proceso siempre deben realizarse en el mismo predio, de modo tal que se pueda ejecutar el laudo contra cualquier poseedor que sobrevenga al demandado.

El juez privado va a cobrar un honorario lógicamente, y si se encarga el proceso a una entidad arbitral el gasto será mayor. Sin embargo, comparativamente el daño que sufre el arrendador en la espera e incertidumbre de un pronunciamiento judicial es mucho más gravoso. Si esta solución se extiende, los arbitrajes se especializarán en desalojos y sus precios deberían bajar. En definitiva, es muy útil incorporar la cláusula arbitral en los arrendamientos.


Predio legal
MARTÍN MEJORADA



El allanamiento del arrendatario

Hace unos días se publicó la Ley 30201 que introduce la figura del “allanamiento anticipado” en el arrendamiento de inmuebles. La norma entrará en vigencia el 4 de agosto de 2014. Se trata de una declaración del arrendatario que permite el desalojo acelerado. Mediante una cláusula del contrato el inquilino acepta anteladamente la desocupación del predio, por las causales precisas de vencimiento del plazo y resolución (terminación) por falta de pago. El arrendamiento debe suscribirse con firmas legalizadas ante un notario o juez de paz.

Mediando esta cláusula el arrendador puede iniciar el desalojo ante el Poder Judicial invocando el vencimiento o la falta de pago, y el demandado ya no podrá defenderse con cualquier argumento, sino solo demostrando que el contrato sigue vigente o que había abonado la renta antes de la resolución. No habrá audiencias ni se admitirán pruebas ajenas a los hechos antes mencionados. Si el poseedor no demuestra que el contrato subsiste o que estaba al día en los abonos, se ordenará el lanzamiento en 15 días. No habrá impugnaciones ni articulaciones que eviten la desocupación. Lo que era un trámite de años podría terminar reducido a pocos meses.

Ahora bien, pese a que la figura alude a un “allanamiento” o aceptación anticipada, en realidad no es cierto que las imputaciones del arrendador se entiendan reconocidas plenamente por el demandado. Por el contrario la norma señala que el juez notifica al ocupante para que pruebe que el contrato se ha prorrogado, o que ya había pagado la deuda antes de la resolución del arrendamiento. Si el demandado no acredita estos hechos se ordena el lanzamiento, pero si el poseedor prueba que las imputaciones son falsas se quedará en el bien. Es decir, el llamado “allanamiento” no es tal. Una aceptación anticipada real implicaría que ante la demanda de desalojo el poseedor no tenga defensa alguna, pues supuestamente ha consentido por adelantado.

La solución es positiva a simple vista, pero si los arrendadores no tienen cuidado con sus contratos de arrendamiento, cuando el juez evalúe la respuesta del demandado sobre la continuación del contrato o sobre el pago oportuno de la renta, podría resultar que se complique en el análisis o peor aun que resuelva a favor del inquilino rebelde. Por ello, es recomendable que el documento del arrendamiento prevea mecanismos específicos, como formas únicas de entender bien realizado el abono de la renta o producida la renovación del plazo. Por ejemplo se podría consignar que cualquier modificación del plazo solo será eficaz si consta expresamente y por escrito, de esta manera se evitará que el poseedor pretenda que hubo prórroga tácita o voluntad implícita. En el caso de la renta se podría convenir que su pago efectivo solo se acredita con recibos debidamente suscritos por el arrendador o con depósitos en determinada cuenta, descartándose el mero ofrecimiento, compensación o puesta a disposición de la renta.

Finalmente, faltando casi dos meses para que la norma entre en vigencia, cabe preguntarse si se puede incluir la cláusula de allanamiento anticipado en los arrendamientos que se suscriban en estos días previos. La respuesta es afirmativa, pero sugiero someter los efectos de la cláusula a la condición de que la Ley 30201 u otra similar entre en vigencia.



Predio legal
MARTÍN MEJORADA



Provisionalidad del desalojo

Uno de los procesos judiciales más recurrentes en el Perú es el “desalojo”. Por este trámite el demandante pretende la posesión de un inmueble al que supuestamente tiene derecho, contra un poseedor que carece de título. Se trata de un proceso “sumarísimo” según la legislación procesal, lo que supondría una decisión rápida del juzgador. Sin embargo, el reclamo que llega hasta la Corte Suprema puede tardar entre dos y tres años (se espera que esta situación cambie con las cláusulas de allanamiento anticipado en los contratos de alquiler).

Cuando el demandante vence en el desalojo suele creer que su derecho ha sido reconocido de manera definitiva y se siente sólido en la posesión recuperada. Igualmente, el poseedor derrotado cree que ya todo acabó para él. Empero no es así, este sumarísimo es solo un mecanismo de urgencia. Pese al tiempo que toma, solo resuelve provisionalmente sobre los derechos involucrados. Tratándose de un juicio en teoría breve, en él no se hace una investigación a fondo de los títulos, sino solo una verificación superficial, sin actuar pruebas complejas ni diligencias especiales.

El carácter sumarísimo del desalojo determina que la decisión final en ese pleito no sea la última palabra sobre el inmueble. Un ganador del desalojo podría luego ser vencido, en otro proceso, donde el ocupante sí puede actuar las pruebas necesarias para permanecer en el bien (si ya lo hubiesen retirado podrá regresar reclamando además por los daños). También puede ocurrir que el reclamante pierda el desalojo por la brevedad del trámite que a veces confunde, pero luego, en otra vía, este demandante, con las pruebas más amplias, pone al descubierto al poseedor ilegítimo y logra retirarlo del bien. En definitiva, la sentencia del desalojo no es “cosa juzgada” o decisión definitiva sobre quién tiene derechos sobre los bienes.

Por todo esto, antes de iniciar un desalojo se debe determinar qué tipo de sentencia buscamos. Si sabemos que el poseedor no tiene nada que oponer en

ninguna instancia, el proceso sumarísimo será suficiente, pero si advertimos que ostenta algún título que podría obtener relevancia en un debate más amplio, lo mejor será ir a un proceso ordinario ("conocimiento") donde se discuta todo de manera concluyente.

Predio legal
MARTÍN MEJORADA



Nueva ley de desalojo... ¡ahora pues!

El Decreto Legislativo 1177 del 18 de julio de 2015 ha creado un sistema de promoción para el arrendamiento de viviendas. La idea es reactivar el sector inmobiliario, haciendo que los propietarios se animen a ceder el uso de sus bienes temporalmente (arrendamiento simple), o como garantía en el financiamiento de futuras ventas (arrendamiento venta).

Unos de los aspectos claves del nuevo régimen es el esquema del desalojo por terminación del contrato. Procederá el desalojo al concluir el arrendamiento por las siguientes causales: i) vencimiento del plazo, ii) terminación del negocio por mutuo acuerdo, iii) incumplimiento de pago de la renta, iv) incumplimiento del pago de otras obligaciones dinerarias, como servicios públicos o mantenimiento, v) uso del bien para un fin distinto al de vivienda.

Concluido el contrato el propietario puede demandar el desalojo ante el juez de paz del distrito donde se ubica el inmueble. El magistrado notifica al ocupante para que conteste en cinco días hábiles; con su respuesta o sin ella, el juez resuelve dentro de los tres días siguientes, bajo responsabilidad.

Si la sentencia declara fundado el desalojo, el lanzamiento se ejecuta de inmediato contra quien esté en el predio. Si el ocupante ilegítimo se resiste, o la Policía Nacional no colabora, serán responsables penalmente. La apelación que interponga el poseedor no suspende el lanzamiento.

Esta maravilla de desalojo supera con creces al “allanamiento anticipado” del que se ocupa la Ley 30201. Sin embargo, solo es posible en arrendamientos de vivienda y siempre que los contratos se hayan celebrado al amparo del Decreto Legislativo 1177, utilizando los formularios y procedimientos previstos en esta norma.

El uso de formularios simplificará los contratos y la evaluación de su cumplimiento. Asimismo, la inscripción de los arrendamientos en una fuente especial (Registro Administrativo de Arrendamientos para Vivienda – RAV), menos complicada que el Registro de Predios, permitirá la adecuada publicidad de los negocios inmobiliarios y del comportamiento de los arrendatarios. Eventuales desalojos y morosidades se anotarán en dicho registro para informar sobre los malos inquilinos.

Si bien la ley está vigente, aun se deben aprobar los formularios y poner en marcha el RAV. Se espera que esto ocurra en pocas semanas, de manera que si usted está a punto de celebrar un arrendamiento tenga paciencia, o si la firma es inminente, consigne una cláusula en la que las partes se comprometen a suscribir los formularios en cuanto éstos se hayan publicado, bajo pena de resolver el arrendamiento.

Vale la molestia, pues el nuevo desalojo puede significar la diferencia entre varios años de proceso para recuperar el predio y semanas de breve juicio ante un juez de paz.

El derecho de los propietarios a recuperar sus bienes siempre debe ser atendido con urgencia y en toda circunstancia; de ahí que no se entiende por qué el afán de nuestro sistema legal en crear soluciones eficientes solo para los arrendamientos de vivienda. Debería existir un desalojo único contra toda ocupación indebida, sin importar la causa o acto que le dio origen. En fin, la solución aunque parcial es mejor que todo lo precedente, así que ¡A llenar formularios señores!

Predio legal
MARTÍN MEJORADA



El Estado defiende sus predios

Hace un mes se aprobó la Ley 30230 que contiene una serie de medidas para dinamizar la economía y simplificar procedimientos, entre las cuales destaca un mecanismo para la recuperación de bienes del Estado. Al igual que los particulares, las entidades públicas de todas las instancias (gobierno nacional, regional y local), sufren invasiones y presencias indeseadas. La norma otorga a las instancias públicas una facultad especial para desalojar a los poseedores de manera directa, sin acudir al Poder Judicial u otro dirimente. Basta que se constate la ocupación indebida para que el procurador de la entidad correspondiente o la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales, organicen el lanzamiento con la Policía Nacional, que debe atender el pedido bajo responsabilidad.

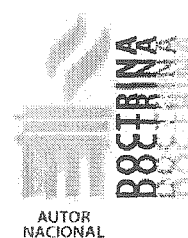
No importa el tiempo de posesión que haya acumulado el ocupante, ni el supuesto título que ostente. Si el Estado cree ser el dueño, aunque no tenga derecho inscrito en los Registros Públicos, procederá al lanzamiento directo. Tampoco interesa si el bien es uno asignado a un fin público (dominio público) o si es de puro interés privado del Estado (dominio privado). Si el poseedor se considera con derechos sobre el bien deberá demandar judicialmente su reposición o compensación, pero mientras tanto debe abandonar el inmueble. Incluso, si el predio estuviese inscrito en dos partidas (duplicidad de partidas), bastará que al menos en una de ellas conste a nombre de la entidad pública para que la Policía Nacional desocupe el predio. A través de una recuperación eficaz de sus bienes, el Estado podrá disponer de ellos más eficientemente, sea para la ejecución de obras públicas o para la concesión a particulares que realizan proyectos de inversión.

Esta envidiable facultad no solo se ejercerá contra los típicos invasores (confabuladores violentos y organizados), sino contra todo ocupante ilegal o poseedor sin derecho. En tal sentido, el Estado podría utilizar el mecanismo para desalojar a quienes sin ser invasores han devenido en ilegítimos, producto

del vencimiento de sus contratos o por la interrupción de los mismos. Ante situaciones complejas en las que no es clara la condición del poseedor, el Estado debe ejercer su poder con sumo cuidado, pues de acometer un lanzamiento injusto enfrentará el reclamo de la víctima y será responsable de los daños que ocasione y -lo más importante- sufrirá el descrédito del sistema y la protesta ciudadana. Me permito sugerir que antes de la expulsión la entidad ordene formalmente la entrega del inmueble, de modo que el lanzamiento se entienda también como una forma de repeler el delito de desobediencia. Este detalle quizá evite que los precarios apelen a la inviolabilidad de domicilio como pretexto para conservar lo ajeno o retornar al bien.

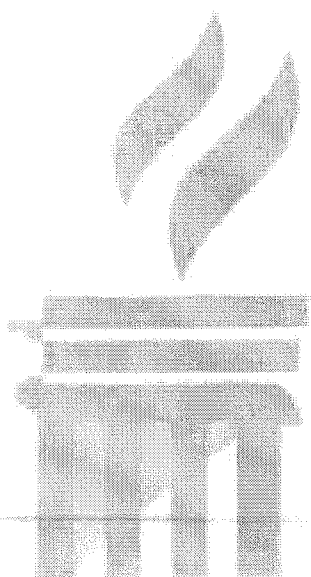
Se dirá que es demasiado poder para un Estado que adolece de incompetencia crónica y que lo más probable es que esta facultad se torne en atropello, sin embargo, no es así. Son más los que fingen derechos para retener bienes ajenos durante larguísimos procesos judiciales, mientras procuradores mal pagados se desviven entre miles de expedientes. La norma que comento deja dos mensajes muy claros: i) poseedores sin derecho, hagan maletas y ii) ocupantes convencidos de su legitimidad, preocupense de documentar su condición para confrontar al Estado.

La nueva defensa extrajudicial



MARTÍN MEJORADA CHAUCA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Máster en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor de Derechos Reales de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad del Pacífico.



Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima

ADVOCATUS 129

En el mundo jurídico no deben existir figuras petrificadas ni universales, sino fórmulas que atienden necesidades concretas. Debemos estar siempre atentos a la justificación que ostentan los conceptos jurídicos, para detectar a tiempo las alteraciones de la realidad a la que sirven y así realizar los ajustes que correspondan. Precisamente, la "posesión" es una figura que se sostiene en hechos para cumplir su fin práctico, y puede perder el fundamento primigenio si los eventos sociales que la sostienen se modifican total o parcialmente. Temo que en los últimos años las cosas han variado en el Perú, con relación a la ocupación de bienes, lo que ha obligado a revisar el sustrato real de la posesión. Sostengo que con la modificación del artículo 920 del Código Civil el legislador ha modificado el concepto de posesión para efectos de la defensa extrajudicial. Con cierta ligereza técnica, pero con evidente legitimidad, la norma revela una severa mutación en el fundamento de la figura jurídica.

Antes de compartir reflexiones sobre las nuevas condiciones de la posesión, resumiré la situación previa. Dice el artículo 896 del Código Civil –o "decía"– que la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad. Los atributos típicos de la propiedad son el uso, disfrute, disposición y reivindicación (artículo 923 del Código Civil). Hay posesión en tanto el hecho se perciba como el ejercicio de algún atributo del dominio. No sólo es poseedor quien actúa como dueño, sino cualquiera que realiza la explotación o goce del bien. La posesión nace de la mera conducta de la persona sobre la cosa, sin importar si tiene o no un derecho previo sobre ella. Aquí hay que distinguir entre el "derecho de posesión" y el "derecho a la posesión". El primero es la "posesión" que nos ocupa, como titularidad que surge del hecho. El segundo es el derecho que tiene una persona sobre el bien, independientemente de si realiza o no un acto material sobre el objeto. Puede haber poseedores con y sin derecho a poseer, y titulares de derecho que poseen el bien y otros que no.

La posesión es tal cuando genera la apariencia de que estamos ante una persona con derecho a poseer. Es poseedor quien actúa de la forma como lo haría el propietario, el copropietario, el usufructuario, el usuario, el titular de una servidumbre, el superficiario, el arrendatario, el comodatario o cualquier titular de derecho patrimonial sobre el bien. Determinar si hay posesión o no implica ver la conducta del sujeto mediante una labor especulativa, contrastándola con la que tendría el titular en las mismas o similares circunstancias.

Ahora bien, ¿para qué sirve la posesión? y ¿por qué se protege a quien ejerce de hecho algún atributo de la propiedad, aunque eventualmente no tenga título? Son preguntas sobre el fundamento de la posesión que deben responderse de la mano del maestro Rudolf Von Ihering, cuya tesis fue acogida expresamente por nuestros codificadores. Dice Ihering:

" (...) la protección posesoria (...) ha sido instituida a fin de aliviar y facilitar la protección de la propiedad. En vez de la prueba de propiedad que el propietario debe ofrecer cuando reclama la cosa en manos de un tercero (reivindicatio), le bastará la prueba de la posesión (...).

La posesión es la exterioridad, la visibilidad de la propiedad. Estadísticamente hablando, esta exterioridad coincide con la propiedad real en la infinita mayoría de los casos. Por lo regular el poseedor es al mismo tiempo el propietario (...). Podemos pues designar al poseedor como el propietario presunto (...)"¹

Es decir, la posesión se configura como un sustituto de prueba de la propiedad. Si los propietarios tuvieran que probar su derecho cada vez que interactúan con otras personas se generarían serias complicaciones prácticas. Todo el tiempo los dueños tendrían que cargar con sus documentos desplegando un enorme esfuerzo probatorio, que en algunos casos es

1. IHERING, Rudolf. Tres Estudios Jurídicos. Buenos Aires: Bibliografía Omeba, 1960. pp. 114 y 116.

muy difícil de cumplir e incluso puede ser imposible. Por ello, en base a un análisis de probabilidades y experiencia (estadística) se cree que las personas que actúan sobre los bienes como si tuviesen derecho sobre ellos, casi siempre lo tienen. Se justifica entonces que a partir de la apariencia surja un derecho autónomo para asegurar el ejercicio pacífico de la propiedad (y otros derechos) en escenarios sencillos, donde no se debate sobre el derecho a poseer.

Esta es la posesión que había recogido nuestro Código Civil desde hace décadas. Por supuesto habrán circunstancias que ameritan la identificación perfecta del real propietario o titular del bien, a cuyo efecto el despliegue probatorio, por complejo y difícil que sea, es inevitable. Son las situaciones en las que se discute sobre el derecho a poseer y se requiere definir con certeza a quién corresponde el derecho, más allá de las apariencias y el reflejo a veces engañoso de la posesión. La posesión no asegura la permanencia del poseedor ante el reclamo de quien se dice titular del derecho a poseer. El enfrentamiento entre estos intereses se da siempre en un proceso judicial donde se pone fin a las apariencias y se abre la prueba. El poseedor queda desnudo ante la investigación que buscará más allá de su comportamiento exterior.

En definitiva, el derecho de posesión se sustenta en que casi siempre que alguien actúa sobre un bien es porque tiene un título, por ello atender al poseedor es en realidad proteger a quien tiene derecho a poseer. Esta realidad ha justificado históricamente la presunción de propiedad que deriva de la posesión (artículo 912 del Código Civil). Esa realidad ha cambiado en el Perú dando lugar a una nueva concepción de la figura legal. Veamos.

La Ley 30230 ha modificado el artículo 920 del Código Civil. Desde el 13 de julio de 2014 la norma tiene el siguiente texto:

"El poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él o el bien y recobrarlo, si fuere desposeído. La acción se realiza dentro de los quince (15) días siguientes a que tome conocimiento de la desposesión. En cualquier

caso debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias.

El propietario del un inmueble que no tenga edificación o ésta se encuentre en dicho proceso, puede invocar también la defensa señalada en el párrafo anterior en caso de que su inmueble fuera ocupado por un poseedor precario. En ningún caso procede la defensa posesoria si el poseedor precario ha usufructuado el bien como propietario por lo menos diez (10) años.

La Policía Nacional del Perú así como las Municipalidades respectivas, en el marco de sus competencias previstas en la Ley Orgánica de Municipalidades, deben prestar el apoyo necesario a efectos de garantizar el estricto cumplimiento del presente artículo, bajo responsabilidad.

En ningún caso procede la defensa posesoria contra el propietario de un inmueble, salvo que haya operado la prescripción, regulada en el artículo 950 de este Código".

El nuevo artículo 920 es parte de las medidas para promover y dinamizar la inversión en el país. Tiene mucho sentido. Es evidente que en materia de bienes existe un serio problema para recuperar la tenencia, ya que el Poder Judicial se toma varios años en resolver las controversias sobre el derecho a poseer, lo que conlleva una grave postergación de los negocios, tanto a nivel de pequeñas operaciones inmobiliarias como para la ejecución de proyectos de enorme relevancia. La primera parte de la norma se ocupa de los bienes en general (muebles e inmuebles), pero es obvio que su utilidad es mayor para los inmuebles materiales.

La modificación tiene tres aspectos relevantes, a saber: (i) la asignación de un plazo para la defensa posesoria, (ii) la defensa del propietario que no ocupa el bien y (iii) la inmunidad del propietario contra el poseedor despojado. Todos ellos se sustentan en lo mismo: La ocupación de bienes ajenos, sea por invasiones violentas o por permanencias sin derecho se ha extendido peligrosamente en el Perú, alentada de manera



irresponsable por un Estado que intenta lo social a partir del clientelismo, un Gobierno ausente o rendido frente a la delincuencia que en diverso grado atenta contra los derechos prediales, un Sistema de Justicia lento, incompetente y a veces corrupto en la solución de controversias. En este escenario, cabe preguntarse si aún conservamos el presupuesto material de la posesión según Ihering. ¿Los ocupantes de bienes en nuestro país son normalmente los que tiene derecho sobre ellos? No creo que la mayoría de "poseedores" carezca de derecho, pero sí que el número de ilegítimos es muy alto en comparación con la estadística que sustentó la figura clásica.

Esta situación lamentable debe merecer respuesta desde el Derecho. La defensa posesoria que es la herramienta emblemática de la posesión, se ha visto en la necesidad de afinarse (algunos dirán "desnaturalizarse") para hacer frente a la crisis. Como está claro que el Estado no va a resolver sus carencias en breve plazo, es mejor darles a los particulares las herramientas para defender sus bienes de manera directa, y que mejor –ha creído el legislador– que hacerlo en los términos de la posesión. Veamos por separados los aspectos mencionados de la modificación legislativa.

- (i) La regla es que nadie puede hacer justicia con sus propias manos. Quien se siente afectado en sus derechos y no encuentra respuesta pacífica en el oponente, tendría que acudir a la autoridad, sin embargo hay excepciones. La defensa posesoria extrajudicial es una de ellas. El artículo 920 del Código Civil permite que el poseedor recupere sus bienes de manera directa, por su cuenta, cuando ha sido despojado sin que medie orden de autoridad competente. La víctima puede repeler la fuerza que se emplee contra ella y recuperar la posesión, siempre que no medie tiempo prolongado ni se utilicen herramientas injustificadas por las circunstancias.

En otras palabras, si alguien es desalojado sin causa, puede expulsar al invasor y re-

cuperar la posesión utilizando sus propios medios, esto significa que puede acudir a la fuerza privada disponible. Es una medida excepcional, equivalente a la legítima defensa que rige en materia penal, que permite a los particulares retomar sus bienes sin el concurso de la autoridad. El afectado podría contratar a una brigada para desalojar al intruso y estaría actuando legítimamente.

Antes de la modificación se exigía inmediatez en la recuperación del bien, esto es que no medie tiempo entre el despojo y la defensa material. Ahora el poseedor tiene 15 días para retomar la posesión, contados desde que se entera que ha sido despojado. El derecho a recuperar bienes de manera directa es independiente de la facultad de la Policía Nacional para actuar en casos de flagrante delito. Dicha flagrancia permite la detención del agresor si es que la intervención se produce en el mismo acto, lo que según la ley solo ocurre si no han transcurrido más de 24 horas. Es cierto que la ocupación de un predio ajeno constituye un delito que amerita la intervención policial para la persecución correspondiente, empero la defensa posesoria extrajudicial es otra cosa. Algunos despojados acuden a la policía para desalojar al invasor y apresararlo, pero eso no constituye el ejercicio de la defensa extrajudicial que vengo comentando.

En adelante, el poseedor despojado tendrá 15 días para recuperar la posesión. Todos saludamos la medida pues las autoridades no responden como se debe a los reclamos de las víctimas. La norma modificada propiciará que el perjudicado organice mejor la fuerza de recuperación privada y sin duda el mercado dará lugar a servicios especializados en lanzamiento de intrusos.

- (ii) El segundo párrafo de la norma señala que también tienen derecho a la defensa posesoria extrajudicial los propietarios de inmuebles sin edificación o con fábrica en proceso. Esta mención significa que los

dueños de predios, por el hecho de serlo, sea que tengan edificaciones o no, podrán defender acceder al bien sin acudir a un juez. Pero un momento... ¿estos propietarios son poseedores? Si estamos a lo dispuesto por la versión original el artículo 896 del Código Civil la respuesta es negativa. Si un propietario no ocupa sus bienes, no es poseedor y por tanto no gozará de los derechos derivados de la posesión, entre ellos la defensa extrajudicial.

La mención al propietario es especial respecto al primer párrafo. No se puede sostener que el segundo párrafo del artículo se refiere a los dueños pero en tanto sean poseedores. Tampoco es aceptable que se limite este poder solo a los dueños sin construcción o con obra en proceso, descartando a los que tienen edificaciones terminadas, pues ello implicaría una lectura en extremo literal de la norma. El legislador ha querido que los propietarios defiendan sus bienes de manera directa contra los invasores u ocupantes ilegítimos. Si tales dueños pueden usar la defensa extrajudicial de la posesión quiere decir que son poseedores, por el mero hecho de ostentar un título. Esta es la nueva posesión, una que se configura ante la ocupación indebida, y por la creencia generalizada de que las meras presencias materiales ya no son suficientes para sustentar la conservación del bien.

Antes de la reforma el propietario ausente no podía recuperar sus bienes de manera directa, ahora sí puede hacerlo, esto significa que es poseedor. El descrédito de la ocupación de predios en general ha hecho que los actos de explotación o presencia en el bien ya no sean confiables o reveladores de un título. Ante una sociedad anómala en este ámbito, vale más una afirmación sobre el dominio que el hecho de la posesión. En consecuencia, es poseedor el propietario aun cuando no realice ningún acto sobre el inmueble.

Se podría decir que la reforma simplemente le ha dado al propietario una herramienta

eficaz para hacer valer su derecho por mano propia, sin que ello lo convierta en poseedor desde el punto de vista jurídico. Aunque esta creencia resulta interesante, creo que la posesión ha cambiado pues se ha incluido expresamente al propietario como titular de un derecho que es emblemático de la posesión, nada menos que la defensa posesoria. Lo más importante es que la realidad ha cambiado. Si el hecho ya no es revelador de un título, al haberse corrompido la estadística histórica que justificaba la presunción de legitimidad, la ocupación pierde protección y queda postergada ante el dueño que se erige en el nuevo poseedor. Es una lástima, pero debido a la circunstancia de inoperancia de las instituciones, la ocupación de bienes ha caído en tal descrédito que la posesión clásica ha perdido su fundamento, al menos por ahora y para el caso concreto de la recuperación posesoria.

Estamos en un supuesto muy puntual. La nueva calidad posesoria atribuida a quien dice ser dueño, solo se ejerce contra el poseedor precario, esto es contra quien no tiene título (artículo 911 del Código Civil), y no se extiende a otros titulares de derecho como los usufructuarios, superficiarios o arrendatarios, pero este "dueño - poseedor" es un privilegiado de la ley y representa probablemente la enorme mayoría de casos en los que se disputa la restitución de bienes. Solo pierde este poder cuando el ocupante ha estado en el inmueble por más de 10 años, lo que entiendo se refiere a la prescripción adquisitiva (artículo 950 del Código Civil). Esto es coherente con el resto de la norma ya que si el ocupante cumplió los requisitos de la usucapión ello implica que el reclamante ya no es propietario.

La norma presenta varios defectos de técnica y sin duda generará discusión e inconvenientes en su aplicación (no puedo dejar de mencionar la eventual confrontación con la inviolabilidad de domicilio prevista en el artículo 2, inciso 9 de la Constitución), pero lo cierto es que el presupuesto de la



misma está claro así como su impacto sobre el derecho de posesión. Debo reclamar, por ejemplo, que la norma no exija al propietario al menos la exhibición de un documento que advierta de su dominio. Este vacío determina que al actor de semejante poder le basta decir que es dueño para arremeter contra el ocupante.

- (iii) Finalmente, el último párrafo del nuevo artículo 920 señala que el poseedor despojado por el propietario no puede a su vez recurrir a la defensa extrajudicial, salvo que él mismo ya hubiese ganado el dominio por prescripción.

Esta norma confirma el supremo poder del dueño por el hecho de serlo. Si desaloja por su cuenta al ocupante éste no podrá a su vez recuperar el bien, sino tendrá que acudir al juez, para que previa verificación que tardará años, decida si el demandante debe regresar. La presencia posesoria del despojado cede ante el título, lo que redundará en la demostración de que la posesión ha cambiado.

Otra manera de interpretar este cambio es que el poseedor ya no goza de la presunción cuando enfrenta al dueño, modificándose así el artículo 912 del Código Civil que privaba de la presunción solo al poseedor inmediato frente al mediato y ante el propietario con derecho inscrito. La pérdida de la presunción es la prueba de que la ocupación ya no genera el poder

informativo de antaño, rindiéndose ante quien dice ser propietario.

Esta solución es peligrosa pero reveladora de la desesperación de los dueños por recuperar sus bienes. En los hechos los propietarios que se saben tales, echarán por su cuenta a los ilegítimos que invadieron o que sin contrato permanecen en el inmueble. Los desalojados no podrán usar la defensa posesoria para regresar. Solo demandarán si creen tener un derecho vigente. Es muy importante advertir una vez más que la defensa posesoria no define el derecho a poseer, la cual solo corresponde a un juez, de manera que la facultad otorgada a los propietarios nos los exime de comparecer ante el Poder Judicial para ventilar la validez y vigencia de su derecho a poseer.

Las modificaciones del artículo 920 podrían generar el abuso de los propietarios, es verdad, pero cabe preguntarse ¿quién abusa más? Los dueños que esforzados demandan la entrega de sus bienes, o los ocupantes que aprovechándose de la clásica presunción permanecen por años sin asumir ninguna consecuencia. La respuesta es evidente, son los poseedores tradicionales lo que se aprovechan. La idea de esta norma es darle la herramienta más eficaz a quien en los hechos usa con mayor justicia sus poderes jurídicos. La nueva norma es un canto a la justicia por mano propia, siempre peligrosa para la paz social, pero mejor esto que continuar en la tiranía de los antiguos poseedores.