

EL DESALOJO POR OCUPACION PRECARIA: Nuevos Criterios Resolutivos de la Corte Suprema de Justicia del Perú

PABLO SOLARI BARBOZA*
Abogado
Pontificia Universidad Católica del Perú

I. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo tiene como finalidad realizar un breve análisis del actual criterio del poder judicial respecto de las implicancias de la posesión u ocupación precaria cuando el poseedor precario edifica sobre el terreno invadido, a propósito de algunas resoluciones dictadas por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, que al resolver en sede casatoria, demandas de desalojo interpuestas por propietarios de terrenos en posesión de ocupantes carentes de título alguno, han resuelto bajo los fundamentos siguientes: "La actora no está legitimada para demandar desocupación de lo edificado puesto que no son dueños de la construcción" o "previamente debe acreditarse la propiedad de la edificación".

Nuestro Código Civil, en su artículo 911° define la posesión precaria como: aquella que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido. En tal sentido, quien posee sin derecho está a expensas de que aquél a quien legítimamente le corresponde la posesión se la pueda reclamar, y obtener, en su caso, el correspondiente fallo judicial que le oblige a entregárselo.

La precariedad está constituida por dos elementos, en primer término, la transitoriedad y en segundo lugar, la ilegitimidad. En opinión del doctor Jorge Avendaño¹ esto ocurre, por ejemplo, cuando quien ocupa lo hace como consecuencia de una usurpación o despojo, no obstante, afirma que también será ilegítima la posesión de quien obtiene un título, para poseer u ocupar, extendido u otorgado por persona que carece de las facultades para otorgar ese derecho, como por ejemplo la suscripción de un contrato de arrendamiento extendido por un no propietario en este caso: a pesar de ser un título válido, "...el arrendatario sería un poseedor ilegítimo porque estaría derivando su derecho de una persona carente de facultad para otorgarlo"².

En todo caso, hasta aquí llegaremos con esta breve introducción, pues, nuestro propósito es

* El autor es asociado senior de Estudio Muñoz, Forsyth, Ramiro, Paredo-Tamán & Luna-Molina, Abogados.

1 Avendaño, Jorge, "Derechos Reales", págs. 136 y 137. Materiales de enseñanza para el Estudio del Libro V del Código Civil, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2 Ibidem, pág. 137.

situar al lector frente a la figura de la posesión ilegítima o posesión precaria, para poder así entender el análisis que haremos de dos sentencias expedidas por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República.

II. LA POSESIÓN PRECARIA O POSESIÓN ILEGÍTIMA.

Es innegable que la importancia social de la posesión como instituto jurídico radica en el hecho de estar dotada de la idoneidad suficiente para ser fuente de adquisición de derechos, además de ser condición indispensable para la efectividad de otros derechos reales.

Manuel Albaladejo define la posesión desde un doble punto de vista. Como poder de hecho expresa que significa un señorío con omisión de si tengo o no derecho a ella. Pero como poder jurídico o derecho ya no es sólo la detentación pura y simple sino que para que la misma esté amparada y protegida por la ley se necesita ostentar legitimidad para poseer al haber adquirido tal derecho cumpliendo las condiciones de validez del acto jurídico.

Por el contrario, la posesión ilegítima o precaria es la que presenta vicios o deficiencias sustantivas o adjetivas. Basado en un acto jurídico invalidado ya por la incapacidad de las partes; la falta de título o título nulo. La Doctrina Moderna señala que todo aquel que posee sin derecho está expuesto a que le reclame la posesión aquella persona que por ley le corresponde, la misma que en su momento, obtendrá el correspondiente fallo judicial que le oblige a la restitución.

III. BUENA Y MALA FE DEL POSEEDOR.

Cabe hacer la salvedad que cuando el Código Civil señala que la posesión puede ser ejercida de buena o mala fe, tal análisis sólo interesa respecto de la posesión ilegítima o precaria que es la que se ejerce sin derecho alguno. La buena fe supone la creencia equivocada de legitimidad sobre la base de la existencia de un título alrededor del cual gira la posesión, y que permite estimar que se tiene derecho a la posesión que se ejerce. Sólo a través de la existencia de tal título se fundamenta un estado de certeza de carácter eminentemente subjetivo y en consecuencia se podrá acceder válidamente -en el caso de usurpación o invasión bajo análisis- a la adquisición del objeto hecho en terreno ajeno, pagando su valor. En doctrina, tal supuesto de análisis es uno de los modos para adquirir la propiedad de manera originaria, que en materia de inmuebles se denomina específicamente *accessión artificial*.

El artículo 941º y 943º del Código Civil analiza tal figura jurídica señalando que cuando se edifica en terreno ajeno, y en tanto el propietario pretende el desalojo del edificador o invasor del terreno sobre el cual el demandante ostenta la titularidad, es indispensable dilucidar *prima facie* si tal edificación fue realizada de buena fe o a sabiendas de su ilegitimidad. Al respecto ya el Digesto señalaba que "si alguno hubiese edificado con materiales suyos en predio ajeno, el edificio se hace de aquél de quien también es el suelo; y si sabe que el suelo es ajeno, se entiende que por propia voluntad perdió la propiedad de lo edificado".

Es así que tal cuerpo normativo imponía una sanción muy rigurosa o draconiana al respecto. El artículo 943º prescribe que cuando se da el caso de un edificador de mala fe en terreno ajeno, el dueño puede optar por exigir la demolición de lo edificado si ello le causara algún perjuicio más el pago de una indemnización o hacer suyo lo edificado sin obligación de pagar su valor. En el primer caso la demolición es de cargo del invasor.

Ahora bien, cabe señalar que si bien existen presunciones a favor del poseedor tanto en los

artículos 912° al 915°, en ninguna de ellas se señala como presunción la legitimidad del poseedor. Además, aún existiendo la presunción de que todo poseedor es reputado propietario mientras no se pruebe lo contrario cuando se da el caso de la posesión de bienes inmuebles, hay que tener en claro que el propio artículo 912° prescribe que tal presunción no puede oponerse al propietario con derecho inscrito. Por ende, en el supuesto bajo análisis, si tomamos en cuenta que el artículo 943° otorga al propietario del terreno usurpada sobre el que se ha procedido a edificar, la potestad de hacer suya la edificación sin obligación de pagar su valor, se concluye que el titular del suelo estaría legitimado para válidamente interponer vía procedimiento sumario la acción de desalojo con lo cual conseguir el lanzamiento del eventual usurpador.

IV. LA RESPUESTA JUDICIAL³

Mediante sentencias de fecha 29 de octubre y 4 de noviembre del año 1999, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema declaró fundados los Recursos de Casación en materia de desalojo, y en consecuencia se determinaba la nulidad de las sentencias de vista que habían declarado fundadas las demandas de desalojo por ocupación precaria interpuestas por dos propietarios de dos terrenos que se encontraban en posesión de ocupantes que carecían de título para ejercer dicho derecho, es decir precarios.

En ambos casos, la Corte declaró procedente la Casación por: a) Aplicación indebida del artículo 911° del Código Civil, con el argumento que el recurrente no es ocupante precario y, b) La inaplicación del artículo 941° del Código Civil, argumentando que no se ha tomado en cuenta que la edificación construida sobre el terreno del demandante es de su propiedad⁴.

Al tratar el tema de fondo, ambas sentencias en sus partes considerativas establecen que, si bien es cierto los demandantes han demostrado ser los dueños del predio (terreno), no lo son respecto de las edificaciones construidas en dichos terrenos, las mismas que han sido edificadas en un caso por quien la ocupa, y en el otro, el dueño del terreno no ha demostrado ser el dueño de la edificación, y por lo tanto no se trata, en ninguno de los dos casos de una posesión precaria.

En tal sentido señala la Corte que hay una errónea interpretación del artículo 911°, porque los demandantes no tienen título de propiedad sobre lo construido, pues la regla que parece querer establecer esta Corte es que, para que una demanda de desalojo por ocupación precaria sea procedente, el demandante debe ser dueño tanto del suelo como de la edificación existente.

En ambas sentencias la Corte determina también que el artículo 941° es inaplicable, y que su aplicación depende de que previamente se determine en otro proceso donde se discuta si la construcción es de buena o mala fe.

V. ANÁLISIS.

Con lo expuesto se advierte que la Corte no sólo parte del supuesto erróneo que de la dilucidación de la buena o mala fe, se determinará la condición o no de precario del poseedor,

3 CAS. N° 1630-89 y CAS. N° 1790-90, publicadas en El Financiero, el sábado 18 de diciembre de 1999.

4 El artículo 941° del Código Civil regula que: "Cuando se edifique de buena fe en terreno ajeno, el dueño del suelo puede optar entre hacer suyo lo edificado u obligar al inversor a que le pague el terreno. En el primer caso, el dueño del suelo debe pagar el valor de la edificación, cuyo monto será el promedio entre el costo y el valor actual de la obra. En el segundo caso, el inversor debe pagar el valor comercial actual del terreno".

sino que además olvida manifiestamente al resolver que uno de los fines del recurso de Casación es el Diqueológico, el mismo que exige plasmar y hacer efectivo el valor Justicia frente a una afectación concreta de derechos.

Es tan cierto lo expuesto, que tanto en la resolución de la Casación N° 1780-99 en la que la Corte consideró que: "Como la actora no es dueña de la construcción, no tiene título para demandar el desalojo de la edificadora". El artículo 911° del Código Civil dispone que la posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido. En este caso, se ha interpretado erróneamente dicho dispositivo, porque la actora no tiene título de propiedad de lo construido y los demandados son dueños (el subrayado es nuestro) de la edificación, por lo que la demanda resulta improcedente". Como en la Casación N° 1830-99 en la que dispone: "Los demandados no han acreditado ser propietarios de la edificación, y su título se refiere sólo al suelo, por lo que previamente debe definirse la situación de la propiedad de ésta (.....). En ese proceso se deberá definir si la edificación fue de buena o mala fe, con las consecuencias jurídicas correspondientes. La Corte evidentemente ha expedido sendas sentencias viciadas con una flagrante arbitrariedad normativa que vulneran el debido proceso, ya que los fallos dictados no son una derivación razonada de las normas legales vigentes.

Es así que tales sentencias no toman en cuenta que la posesión ilegítima o precaria es la que presenta vicios o deficiencias sustantivas o adjetivas. Basado en un acto jurídico invalidado ya por la incapacidad de las partes; la falta de título o título nulo. Por ende, es una posesión ejercida sin derecho alguno expuesta a que le reclame la posesión aquella persona que por ley le corresponde, la misma que en su momento obtendrá el correspondiente fallo judicial que le obligue a la restitución. Es una aberración jurídica considerar que de una situación de evidente ilicitud e ilegitimidad como es la usurpación del terreno ajeno, se pueda concluir que el precario si construye sobre el terreno usurpado adquiere el dominio de lo edificado, y por ende todos los atributos del derecho real más perfecto como es el de la propiedad.

De acuerdo a nuestro ordenamiento el derecho real de propiedad sobre un inmueble sólo se adquiere de manera derivada, es decir que alguien con título -*ius abutendi*- o al menos con Justo título se obligue a transferir en propiedad dicho inmueble. Por lo tanto, sólo en materia de muebles la posesión vale título. En el caso de inmuebles, como bien señalaba Ihering, la posesión es el contenido del derecho de propiedad, sin embargo, hay que tener en cuenta que el ordenamiento Civil peruano prescribe que en materia de bienes inmuebles no hay *res nullius*, por ende, nunca se puede alegar que el bien no pertenecía a nadie y que por apropiación y posterior edificación se adquiere válidamente la titularidad, como que tampoco es legítimo alegar que la dilucidación de la buena o mala fe cambiaría de alguna forma la situación objetiva de precariedad en desmedro del propietario de un predio cuyo derecho no sólo está salvaguardado por el artículo 954° que señala que su titularidad "se extiende al subsuelo y al sobresuelo, comprendidos dentro de los planos verticales del perímetro superficial y hasta donde sea útil al propietario el ejercicio de su derecho", sino también por el artículo 912° del mismo cuerpo legal el cual señala que, si bien en principio al poseedor se le reputa propietario, no es posible oponer semejante presunción al propietario con derecho inscrito en virtud del Principio de "Publicidad Registral".

La Buena fe es una situación estrictamente subjetiva por la cual el ilegítimo que posee un bien cree en su legitimidad, por error de hecho o de derecho, sobre el vicio que invalida su título. Ello determina los efectos jurídicos que tal posesión ejercida de manera precaria - y por ende sin derecho alguno - acarreará. Pero de ninguna manera cambiará la situación fáctica de ilegitimidad de la posesión. Cabe señalar que, partiendo de la propia doctrina que informa

a nuestro ordenamiento jurídico así como a nuestro propio cuerpo normativo sólo es posible entrar en la discusión de si el poseedor tiene buena fe si existe un título justo o suficiente que haga creer la legitimidad del poseedor y que por tanto el ejercicio de su ocupación sea potencialmente causa fuente de algún derecho real.

En las sentencias parece quedar claro que, todo ocupante precario de un predio ya sea invasores, usurpadores o simples ocupantes que tuvieron la "diligencia" o "malicia" de construir o levantar una edificación que en definitiva ocupen, diluye la calidad de tal en tanto edifique una vivienda, y por lo tanto no puede ser pasible de una demanda de desalojo.

Elo se concluye cuando la Corte establece claramente que no se configura la situación contemplada por el artículo 911° del Código Civil, es decir, que exista una posesión precaria desde que el ocupante construyó una vivienda. En otras palabras, era precario cuando de manera legítima entró en posesión del terreno, pero desde el momento en que construyó (no se precisa si con material noble, madera, quincha o estera) una edificación, dejó de serlo.

El sustento de este criterio en una de las sentencias es que **"... no pudiendo separarse la construcción del terreno, no se puede ordenar la desocupación sólo del lote, prescindiendo de lo construido."** Y agrega la sentencia, **"Que como la actora no es dueña de la construcción, no tiene título para demandar la desocupación de lo edificado."**; mientras que la otra sentencia, en este mismo sentido, agrega que **"... siendo que los demandantes no han acreditado ser los propietarios de la edificación, y su título se refiere sólo al suelo, por lo que previamente debe definirse la situación de la propiedad de ésta, en el proceso que corresponda, expidiéndose el proloquio pertinente."**

En tal sentido, el panorama se presenta realmente preocupante cuando sendas resoluciones dictadas por nuestra Corte Suprema de Justicia y en general por las demás instancias correspondientes del poder jurisdiccional, no solamente soslayan "in límite" la seguridad jurídica -pilar de nuestro ordenamiento jurídico- sino que, además desconocen la presunción "iure et de iure" referida a que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones. Es así, que al impedir al dueño del terreno solicitar tutela jurisdiccional efectiva vía proceso sumarísimo, que es el procedimiento en el que se tramita el desalojo, para imponerle el proceso de conocimiento, que es el más largo y tedioso de todos los procedimientos contemplados por nuestro ordenamiento procesal, significa vulnerar el derecho de defensa del accionante.

Ahora bien, el artículo 941° del Código Civil (transcrito líneas atrás) y el 943°, regulan las consecuencias jurídicas de aquellas edificaciones construidas sobre terrenos ajenos. En concreto, el primero de los artículos señala que cuando se haya levantado una edificación **de buena fe** en terreno ajeno, el propietario puede optar por quedarse con lo construido pagando su justiprecio, o en su defecto, puede obligar al invasor a comprar el terreno; en el segundo caso, cuando la edificación es de **mala fe**, el dueño del terreno puede optar por pedir la demolición de lo construido y además pedir una indemnización o hacer suyo lo edificado sin obligación de pagar su valor.

En concordancia con lo establecido en tales artículos, en principio, las sentencias de la Corte no son del todo acertadas, pues no nos parece correcto que el sólo hecho de haberse levantado una edificación, haga que varíe la condición del ocupante precario, máxime si se trata de un invasor o un usurpador. O imaginemos a un inquilino o a un subarrendatario, que trata de un invasor o un usurpador. O imaginemos a un inquilino o a un subarrendatario, que una vez vencido su contrato opta por construir con sus propios recursos una segunda planta y una vez viviendo en ella, o edificarla en el jardín de la casa, y por lo tanto como él es el dueño de dicha

edificación, no podrá ser desalojado si es que previamente no se discute si su propiedad ha sido construida de buena o mala fe. Es sin duda aquí donde se cieme el grave error de la Corte, en primer lugar porque excluye el concepto de la posesión precaria, que dicho sea de paso, es el fundamento de la acción, por la aparición de los conceptos de buena o mala fe: **¿Es que acaso el que se haya construido de buena o mala fe sobre terreno ajeno hace del ocupante precario un poseedor legítimo?** Sin duda no, y es que consideramos que el criterio judicial es equivocado al pretender mezclar estos conceptos exigiendo al actor que previamente pruebe que posee título sobre lo edificado, o si la construcción fue de buena o mala fe; y en segundo lugar, porque se aparta del contexto de lo que es materia de la demanda.

En efecto, el sustento de la demanda es como ya se mencionó, la ocupación precaria, y es sobre ello de lo que se tiene que juzgar, es decir, la discusión y la materia probatoria debe girar en torno a si existe o no posesión precaria sobre el terreno o predio materia de discusión en donde resulta irrelevante si la edificación que existe se hizo de buena o mala fe.

Creemos que desde el momento que el invasor entra en posesión ilegítima de un predio a sabiendas que es de propiedad de un tercero (no nos olvidemos que se presume sin admitir prueba en contrario que todos las personas tenemos conocimiento del contenido de las inscripciones)⁵, cualquier edificación que haga será de mala fe, y por lo tanto, conforme al artículo 943º en estos casos el propietario del bien puede optar por demolerlo sin tener que pagar nada a cambio, lo que significa, sin duda, que también puede optar por quedárselo si quiere, y en tal sentido lo que buscará en esencia será desalojar al invasor; en otras palabras, ¿por qué desestimar la pretensión de desalojo del propietario si a la postre la conclusión va a ser la misma? No obstante, la Corte por el contrario se muestra más benévola con el precario, cuando en definitiva debería ser él quien pruebe de manera indubitable que la edificación levantada es de buena fe, pues, no cabe duda que en esta situación debe ocurrir una inversión dinámica de la prueba. Cabe señalar, que el único supuesto de buena fe que desvirtuaría la pretensión de desalojo formulado por el actor, sería aquella que pruebe que la posesión es de buena fe y por ende la edificación realizada. Aquella que derive por ejemplo de la tolerancia del demandante. Caso contrario aún, en el caso que durante la etapa probatoria del proceso de desalojo, el ocupante o poseedor pretendiese demostrar que la edificación que se ha hecho es de buena fe, poco importaría, pues como ya se dijo su condición de precario no ha variado, y por tanto deberá ser desalojado y en todo caso le queda al demandado expedido su derecho de exigir que se le pague el valor de lo edificado en el proceso correspondiente.

VI. CONCLUSIONES.

Consideramos que resulta muy preocupante, jurídicamente hablando, que la Corte Suprema y en general el poder jurisdiccional esté optando de manera frecuente por esta solución, dando lugar a que los invasores u ocupantes precarios se sientan de alguna manera más protegidos desde el momento que su condición de tales comienza a disiparse desde que proceden a levantar edificaciones en los terrenos legalmente ocupados.

Más aún, de una lectura e interpretación sistemática del Código Civil se destaca que si bien la posesión doctrinariamente se define como el poder sobre un bien jurídicamente protegido y amparado en ley; no hay que olvidar que nuestro ordenamiento jurídico proscribire todo tipo de arbitrariedad o abuso, y que dado que como regla se señala que la buena fe se presume, en

5. Artículo 2012º del Código Civil.

cambio la mala fe debe ser probada, en casos concretos como los que han sido materia de análisis tal presunción no es vigente ya que como establece el artículo 912° de dicho cuerpo normativo tal presunción no puede oponerse al propietario con derecho inscrito.

En tal sentido, debe tenerse siempre presente que la carga de la prueba debe recaer sobre el precario, es decir, no es el dueño del terreno quien tiene que probar que es el propietario de lo construido, sino que, es el poseedor precario quien deberá probar que la construcción que ha hecho es de buena fe, vale decir que está contenida en justo título.

Finalmente consideramos que, de cara a las constantes invasiones o usurpaciones que están ocurriendo en Lima, debe el Poder Judicial intensificar la seguridad jurídica de la propiedad privada, y no propiciar aquellos actos que la vulneran.