

La nueva defensa “posesoria” extrajudicial



LUIS FRANCISCO PAZ MAURY

Abogado por la Universidad de Lima.
Asistente de Cátedra del Curso de Derecho Civil II de la Universidad de Lima.
Miembro Asociado de ADV EDITORES – Revista **ADVOCATUS**.

RICARDO CÁNEPA CASILLAS

Abogado por la Universidad de Lima.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Sobre el contexto en el cual se dictó la modificación normativa.
 1. Acción reivindicatoria de propiedad.
 2. Defensa posesoria judicial.
 3. Interdictos.
 4. Defensa posesoria extrajudicial.
- III. Sobre la modificación del artículo 920 del Código Civil.
 1. Las ventajas de la norma.
 2. Las desventajas que brinda la redacción de la norma.
 - 2.1. Improcedencia de la acción contra quien... ¿Viene usufructuando el bien por diez años como propietario?
 - 2.2. Sobre la segunda nueva restricción: la improcedencia de la defensa posesoria extrajudicial contra el propietario.
 - 2.3. La excepción de la restricción: la prescripción adquisitiva.
- IV. Comentario final.



I. INTRODUCCIÓN

La intención del presente artículo es dar una breve opinión respecto a la recientemente modificada institución de la defensa posesoria en nuestro país, y si ésta –más allá de su técnica legislativa– cumple con la finalidad que, entendemos, se ha encontrado detrás de la motivación del legislador: facilitar la (adecuada y veloz) protección a las inversiones inmobiliarias de nuestro país. En ese orden de ideas, en las líneas siguientes no desarrollaremos en profundidad lo concerniente a la naturaleza jurídica ni desarrollo conceptual de elementos tales como la posesión, derecho a la propiedad ni al análisis del complejo mundo de la defensa de la propiedad y posesión, sobre los cuales existe ya abundante bibliografía. Por el contrario, nuestros esfuerzos estarán dedicados a brindar un breve análisis –a partir de una primera lectura– de la reciente modificación al artículo 920 del Código Civil peruano.

II. SOBRE EL CONTEXTO EN EL CUAL SE DICTÓ LA MODIFICACIÓN NORMATIVA

El conocido “paquete de medidas para reactivar la economía”, dictado por el Congreso a iniciativa del Ministerio de Economía y Finanzas (Ley 30230), si bien ha sido bastante comentado en los medios por las medidas tributarias, ambientales y del sector público que contiene, también presenta temas novedosos y favorables en cuanto a la protección de la inversión inmobiliaria en nuestro país. Específicamente, medidas para hacer frente a la ilegal práctica (lamentablemente arraigada en nuestra socie-

dad) de las invasiones, que traen comúnmente la frustración (o al menos, la ralentización) de los proyectos inmobiliarios.

Como es sabido, mediante las “invasiones”, personas que no detentan ningún derecho de posesión respecto a un terreno determinado pasan a ocuparlo sin antes haber adquirido el derecho de propiedad o algún otro derecho que les faculte a poseerlo. En virtud de esta desafortunada situación, y haciendo un breve repaso por nuestro Código Civil (antes de la referida modificatoria), la legislación en materia civil tradicionalmente ha regulado las siguientes figuras:

1. Acción reivindicatoria de propiedad.

Se trata de una acción contenida en el artículo 923 de nuestro Código Civil, la misma que **requiere ser judicializada para su ejercicio** y se trata de una potestad del propietario del inmueble para que pueda recuperar la posesión del bien de su propiedad; o, como clásicamente se indicaría, es una **acción interpuesta por el propietario que no es poseedor contra el poseedor que no es propietario**¹ y que, lógicamente, no tiene legítimo derecho a poseer el bien en cuestión. Es la pretensión más “fuerte” de todas pues ésta es imprescriptible.

2. Defensa posesoria judicial.

Esta acción está regulada en el artículo 921 del Código Civil y su ejercicio se extiende no sólo al propietario con derecho a poseer sino también a todo aquel que tiene un derecho legítimo a poseer el bien². Para su ejercicio, entonces, bastará

1. VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONALVE, Álvaro. *Derecho Civil*, Tomo II, Derechos Reales. Segunda reimpression de la décima edición. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 2001, pp. 233-234. De esta manera, se postula que: “Para todas las casos en que la propiedad y la relación posesoria se encuentren disgregadas, la ley otorga al propietario una acción o pretensión de propiedad denominada de reivindicación y cuyo objeto principal es obtener la recuperación de la posesión que tiene otra persona”.
2. JIMENEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. “La posesión. Alcances y defensa”. En: *Homenaje a Jorge Avendaño*. Tomo II. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú Fondo Editorial, 2004, pp. 738-739. Sobre el particular, compartimos la opinión referida a que “respecto de la defensa de la posesión (...) el Código es, a nuestro entendimiento, demasiado parco. Así el artículo 921, único artículo que regula todo el universo sustantivo de la tutela posesoria judicial, establece que: “Todo poseedor de muebles inscritos y de inmuebles puede utilizar las acciones posesorias y los interdictos. Si su posesión es de más de un año puede rechazar los interdictos que se promuevan contra él”. Es notorio que esta norma, en forma muy escueta, establece dos alternativas para la tutela jurisdiccional de la posesión: las acciones posesorias y los interdictos”.

que el actor pruebe tener un título válido que le permita estar en posesión del bien que deba preferirse frente al "invasor" o poseedor precario, o frente a cualquier tercero que tenga un título posesorio que resulte inoponible al accionante. Un ejemplo de ello puede ser que "A", propietario del bien, celebra un contrato de arrendamiento a favor de "B" sobre un determinado inmueble. Al acercarse al inmueble, "B" se da cuenta de que éste está siendo ocupado por "Z", por lo que "B" podrá interponer una acción posesoria contra "Z", debiendo el juez a cargo del caso evaluar quién tiene "mejor derecho a poseer", si "B" o "Z".

3. Interdictos.

También regulados en el artículo 921 del Código Civil, tienen un supuesto de aplicación aún más amplio que los anteriores pues para su ejercicio no se requiere un derecho legítimo a poseer sino tan solo acreditar que el actor se encuentra o encontraba fácticamente (materialmente) en posesión del bien antes de la perturbación o despojo de su posesión³. Esta acción, que puede ser, o de recobrar (cuando despojan al poseedor de su posesión) o de retener (cuando perturban la posesión del poseedor sin desposeerlo fácticamente), también debe ser judicializada y el juez a cargo básicamente evaluará: (i) si el actor estaba en posesión física del bien; y, (ii) que el actor fue desposeído o perturbado por las vías de hecho, sin sentencia judicial previa o sin derecho a hacerlo.

Al igual que la acción anterior, este caso también puede ser ejemplificado tomando como

base lo mencionado en el numeral 2 anterior. Supongamos que en ese caso, "B" llega al inmueble con la expectativa de ejercer sobre él el derecho de uso que "A" le había otorgado en virtud del arrendamiento celebrado entre ellos. Sin embargo, en vez de interponer una acción posesoria, "B" saca por las vías de facto a "Z", quien ilegítimamente venía poseyendo el bien. En este caso, "Z" podrá interponer un interdicto de recobrar frente a "B", pues si bien "B" tenía derecho a poseer, no tenía derecho a desalojar a "Z" por las vías de hecho; y, como regla general, el Derecho castiga la autotutela, obligándonos –salvo casos muy específicos como el que veremos a continuación– a que el uso de la fuerza sea administrado por el juez.

4. Defensa posesoria extrajudicial.

Clásicamente esta acción se ha diferenciado de todas las anteriores pues para su ejercicio no se requiere la intervención judicial, sino que –de manera muy restringida por ser realmente excepcional– se facultaba al actor a usar las vías de hecho para repeler la fuerza que usa un tercero para desposeerlo del bien⁴. Al igual que el interdicto, para que una persona pudiera emplear esta acción sólo necesitaba estar en posesión fáctica del bien (con o sin derecho a poseerlo) al momento de la perturbación por parte del tercero, toda vez que el actor sólo estaba permitido a "repeler" la fuerza empleada sobre él. Sin embargo, el problema del antiguo artículo 920 del Código Civil radicaba en que se obligaba al actor a actuar "sin intervalo de tiempo" desde que empezó el "ataque" por parte del tercero.

3. *Ibid.*, pp. 740-742. De allí que se señale que "existe una distinción conceptual, jurídica y procesal entre acción posesoria e interdictos, no solo por la redacción del artículo 921 acotado –que los distingue con la conjunción y–, sino que los interdictos exigen solamente la posesión actual y material, 'la posesión como hecho y no la posesión como derecho'; esto es, no se busca encontrar un derecho o causa por el cual se haya ejercido la posesión sino tan solo determinar fácticamente que se estuvo poseyendo el bien', en tanto que las acciones posesorias debaten el derecho a la posesión".

4. PAPAÑO, Ricardo José; KIPPER, Claudio Marcelo; DILLON, Gregorio Alberto y CAUSSE, Jorge Raúl. *Derechos Reales*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1989, pp. 131-132. En ese orden de ideas, inclusive se señala que el mecanismo de defensa bajo comentario deriva de la figura de la legítima defensa: "La posibilidad de defenderse por sí mismo de un ataque a la posesión, enmarcada esta defensa en los límites legalmente requeribles para su viabilidad, lejos de contradecir la interdicción de las vías privadas y la prohibición de perturbar cualquier clase de posesión, entronca con un concepto más amplio y coincidente con estos últimos mencionados, el de la legítima defensa de la persona y de sus derechos, insito en todo el ordenamiento jurídico y que aquí recibe un aplicación específica".

Uno de los grandes problemas radicaba en interpretar qué debía entenderse por la acotación "sin intervalo de tiempo".

Si tomábamos una extrema literalidad de la norma se presentaban algunos problemas, como por ejemplo que el actor despojado de la posesión no podía ni siquiera buscar el auxilio de la Policía pues, al momento de acudir a la comisaría más cercana, ya había transcurrido un "intervalo de tiempo" y ya no podía repeler la fuerza empleada ante él. Esa literalidad obligaría al actor a "morir en el intento" o, de lo contrario, debía iniciar un proceso judicial (sea un proceso de interdicto o cualquiera al que tuviera derecho a iniciar) para recuperar su posesión. Eso mismo llevó a que la frase "sin intervalo de tiempo" se relativizara.

Es por ello que autores como Gonzales Barrón se pronunciaron al respecto, señalando que: "este requisito (sin intervalo de tiempo) no puede entenderse como sinónimo de "en forma instantánea", ya que en realidad este dispositivo debe interpretarse racionalmente, pues apunta a que el poseedor obre con toda la rapidez posible según un criterio objetivo".⁵

Inclusive, hubo quienes llegaron a equiparar la expresión "sin intervalo de tiempo" a la figura de la "flagrancia" del ámbito penal, con lo que dicha expresión podía extenderse, en principio, hasta veinte y cuatro horas luego de iniciada la fuerza contra el actor.

Es en dicho contexto, y tomando en cuenta que tres de las cuatro acciones antes mencionadas requerían la intervención judicial (y dado que la mayor desventaja de acudir al Poder Judicial es la demora en el desalojo del invasor) que la Ley 30230 decidió cambiar la regulación de la única figura que permitía la autotutela: la defensa posesoria extrajudicial.

III. SOBRE LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 920 DEL CÓDIGO CIVIL

5. GONZALES BARRÓN, Gunther. *Tratado de derechos reales*. Tomo I. Tercera edición. Lima: Jurista Editores, 2013, p.609.

Como ya adelantamos, el paquete de medidas modificó el artículo 920 del Código Civil que regula la defensa posesoria extrajudicial. En efecto, el artículo 67 de la Ley 30230 reguló que:

"Modifícase el artículo 920 del Código Civil, conforme al siguiente texto:

*Defensa posesoria extrajudicial
Artículo 920.-*

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 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".

1. Las ventajas de la norma.

En nuestra opinión la nueva regulación es, en términos generales, positiva pues la idea que

persigue es deseable en un marco de fomento a la inversión. Como punto de partida, debemos remontarnos a la que –bajo nuestro punto de vista– era la principal falencia del contenido anterior de la norma: la determinación de lo que se debía entender por “*sin intervalo de tiempo*” y, aún si se entendiera de manera literal, qué tan positivo era equiparar dicha expresión con el sentido de “inmediatez”. En cuanto a ello, ahora se establece un plazo de quince días (calendario)⁶ contados desde que el afectado tomó conocimiento de la desposesión para ejercer dicha defensa.

Otro cambio que resulta positivo es la aclaración concerniente a que no es necesario que la fuerza de despojo o perturbación perpetrada por el invasor se dirija necesaria y estrictamente contra el poseedor, sino que dicha fuerza puede estar dirigida solo respecto del bien que se encuentra poseyendo. Así, el antiguo texto del artículo 920 del Código Civil era más estricto (al menos, desde una aproximación literal) en el sentido que, para que el poseedor pudiese ejercer la defensa posesoria extrajudicial, la fuerza del tercero debía dirigirse contra él (y su situación posesoria)⁷. Con la nueva redacción, queda más claro que el poseedor puede actuar contra el invasor aún si este último no llega a tener contacto directo contra el poseedor. Ello toda vez que la nueva norma autoriza a repeler la fuerza no sólo cuando ésta sea ejercida contra el poseedor sino también cuando sea ejercida contra el bien.

Asimismo, otra modificación al mencionado artículo está referido a quién puede ejercer esta

defensa posesoria extrajudicial, algo que previo a la modificación era una facultad única e inherente (como su nombre lo deja entrever) del poseedor. Es decir, en el caso de los bienes inmuebles, si un terreno era invadido, y el propietario no se encontraba poseyendo en ese momento el bien de su propiedad, él no podía ejercer este mecanismo de defensa extrajudicial (pese a que el terreno estuviese a su nombre, él pagara los tributos, hubiese invertido en el predio, etc.). Así, el propietario no poseedor se veía condenado a tener que acudir al Poder Judicial para recuperar la posesión sobre su bien. Con la modificación, se permite al propietario ejercer esta acción aun cuando al momento de la invasión no haya estado poseyendo el inmueble de su propiedad.

Ahora bien, con relación a este último extremo, el nuevo texto de la norma establece que esta excepción (defensa posesoria extrajudicial del propietario no poseedor) solo resulta aplicable para terrenos no edificados o que, en todo caso, estén aún en proceso de edificación. Por sentido común, entendemos que la lógica seguida por la norma es que en los terrenos sin construcción, es poco probable que el propietario se encuentre ocupando el inmueble al momento de una invasión del terreno de su propiedad⁸.

Finalmente, otra modificación positiva y que saludamos es que ahora se establece la obligación de la Policía Nacional y de las respectivas Municipalidades de prestar apoyo al propietario o poseedor afectado. Antes no se establecía dicha acotación, por lo que las referidas entida-

6. Ello se desprende las reglas para el cómputo de los plazos que recoge el artículo 183 del Código Civil.
7. SÁNCHEZ VERA, Wilbert. “Comentario al artículo 920 del Código Civil”. En: *Código Civil Comentado*. Tomo V. Segunda Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2007, p.128. De allí que en la literatura jurídica nacional se venía interpretando (correctamente, a nuestro parecer) el antiguo texto del artículo 920 del Código Civil, de la siguiente manera: “¿Qué sucede si se aplica la fuerza sobre el bien y no contra el poseedor? (...) A nuestro criterio, si sería aplicable la norma en comento, pues consideramos que la finalidad del articulado es proteger de cualquier tipo de acto dirigido a lograr un hecho contrario a su voluntad, que restrinja o anule su ejercicio como poseedor, sin importar si la fuerza o acto violento se aplica contra él mismo o sobre el inmueble, lo cual no impide que estas conductas sean sancionadas penalmente (...)”.
8. Para poder diferenciar rápidamente la defensa posesoria ejercida por el propietario no poseedor (segundo párrafo del artículo bajo análisis) de la defensa posesoria clásica (primer párrafo del artículo), es que hemos optado por denominar (casi lúdicamente) a la primera figura “Defensa Propietaria”. Quién sabe si, con ayuda del lector, se logrará acuñar este imaginativo término en la sociedad jurídica peruana.

des muchas veces se consideraban ajenas a la petición de ayuda o colaboración del afectado para desalojar a sus invasores. Consideramos, además, que a partir de ahora, contar con la intervención de la Policía o personal del municipio (por ejemplo, cuerpo del serenazgo local) en teoría asegurará que las medidas empleadas sean razonables; es decir, velarán por que estas no se escapen o excedan a lo justificado por las circunstancias.

2. Las desventajas que brinda la redacción de la norma.

No obstante que la finalidad de esta modificación al Código Civil es deseable, encontramos en su texto una serie de dificultades interpretativas, las cuales expondremos a continuación:

2.1. *Improcedencia de la acción contra quien... ¿Viene usufructuando el bien por diez años como propietario?*

Como se desprende de la norma, el propietario no poseedor no puede ejercer la defensa posesoria extrajudicial contra el poseedor que *"ha usufructuado el bien como propietario por lo menos diez (10) años"*.

Como punto de partida, consideramos que la frase *"usufructuado el bien"* es desafortunada desde un punto de vista técnico pues de acuerdo al Código Civil el usufructo es un derecho

real que nace de la ley, del contrato o de un acto jurídico unilateral (sea *inter vivos* o *mortis causa*)⁹, y por tanto no podría ejercerse tal derecho sin que medie una autorización legal o una manifestación de voluntad de quien otorgase ese derecho. No obstante, creemos que la referida falta de técnica legislativa se suple interpretando la palabra *"usufructuando"* en un sentido más flexible de la palabra; esto es, en el sentido de que el poseedor debe estar usando y/o disfrutando del bien¹⁰.

De otro lado, algo que nos parece más delicado aún es que esta limitación al derecho del propietario no poseedor puede poner en peligro la finalidad misma de la norma pues no regula cómo es que el poseedor precario¹¹ puede acreditar que ha *"usufructuado"* por dicho periodo de tiempo.

Imaginemos que el propietario toma conocimiento de la invasión de su predio y que convoca la ayuda policial¹². Al llegar al inmueble, con el propósito de no ser despojado de su posesión, el poseedor a viva voz exclama: *"¡Oh, no, no pueden ejercer esta acción contra mí porque llevo usufructuando el bien por 10 años!"*. Ante ello, ¿qué puede hacer el propietario y la Policía? ¿Crear en su palabra y cancelar el operativo? ¿Verificar la veracidad de la información a través de medios probatorios que acrediten el usufructo o posesión por ese plazo? Consideramos que esta restricción puede ser una fácil escapatoria para el poseedor precario con el fin de evitar así

9. Véase el artículo 1000 del Código Civil.

10. Si bien el término *"usufructuar"*, jurídicamente evoca el USO y el DISFRUTE del bien, creemos que fue intención del legislador referirse únicamente al uso del bien, pues no habría razón aparente para no cubrir dentro del ámbito de protección de la norma a quien nunca obtuvo algún fruto natural, industrial o civil del inmueble. Además, la prueba del disfrute puede ser difícil para los poseedores tomando en cuenta que quien alegará el usufructo será por sobre todo el poseedor precario y, por tanto, será éste el llamado a acreditar dicha situación.

11. Punto aparte merece evaluar lo positivo o negativo de que el segundo párrafo del nuevo artículo 920 del Código Civil recoja, como requisito para la aplicación de esta nueva figura de defensa, que el poseedor (invasor) sea necesariamente un precario. Así, nos preguntamos: ¿Qué ocurriría si un precario, en el mismo instante en que el propietario pretende ejercer esta nueva modalidad de defensa, falsifica un contrato de arrendamiento y alega ser un poseedor legítimo?

12. A este punto, vale también la pena mencionar que la nueva redacción del artículo pudo contener un texto con mayor técnica legislativa en lo concerniente a no remitir (sin más) esta nueva figura a la clásica *"Defensa Posesoria"* regulada en el primer párrafo. Esto debido a que algunas palabras, como *"repeler"*, no resultan del todo aplicables en el caso del párrafo segundo, puesto que allí más que repeler, el propietario acudirá a despojar al tercero invasor.

el despojo de su posesión, lo cual nos lleva a la conclusión de que la norma pecó de omisión en la regulación de este supuesto pues incluso podríamos cuestionarnos la idoneidad de que un efectivo policial supla las labores del juzgador en la valoración de los medios probatorios presentados por el poseedor precario.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que tampoco queda del todo claro cuál es la finalidad que buscó el legislador con esta restricción o, dicho de otro modo, cuál es el interés que intentó tutelar. Luego de analizar algunas posibles opciones, una sana explicación a la que hemos podido llegar a partir de un primer análisis del novedoso artículo es la que explicaremos con el siguiente ejemplo:

Imaginemos que "A" es el propietario registral de un inmueble. "B" es un poseedor precario de mala fe que estuvo en posesión continua, pacífica, pública y como propietario del inmueble de propiedad de "A" por un período de 10 años.

A pesar de que "B" cumple con los requisitos del artículo 950 del Código Civil para la prescripción larga, "B" no cuenta con título emitido por la autoridad competente que lo declare como nuevo propietario, por lo que su titularidad no es oponible ante "A" (o ante cualquier tercero), corriendo el riesgo de que "A" le aplique la nueva defensa posesoria extrajudicial y lo despoje del inmueble del que ahora es jurídicamente propietario.

Ante tal situación, existe la posibilidad de que el legislador haya regulado una suerte de presunción relativa de propiedad a favor de "B" siempre que "B" pueda acreditar fehacientemente y por medios que no requieran de mayor actuación, en el momento en que le están ejerciendo la defensa posesoria extrajudicial, el uso y disfrute del bien por diez años.

De esta forma, repetimos, bastará que "B" pruebe el usufructo del bien como propietario por

dicho plazo para que se le dé el "beneficio de la duda" y que "A" no pueda ya desposeerlo por las vías de hecho. De esta forma, el legislador alivia la carga de "B" de obtener el título formal de propiedad para evitar que sea desposeído del bien por esta vía, así como también alivia su carga probatoria al no tener que acreditar, *in situ* y probablemente en cuestión de minutos u horas, que ha ejercido su posesión de manera continua, pública y pacífica.

No obstante, consideramos que esta restricción es poco deseada pues se está "premiando" de igual forma al poseedor precario que no ha saneado su derecho de propiedad adquirido por prescripción (en su modalidad larga). Consideramos que hubiera sido mejor que el legislador no hubiera incluido esta restricción y que sólo se prohíba al propietario no poseedor ejercer la nueva defensa posesoria extrajudicial contra aquel que ya obtuvo una declaración de prescripción adquisitiva¹³, pues ello: (i) desincentivaría aún más la posesión precaria de inmuebles (que entendemos es una de las finalidades de la norma); (ii) fomentaría el saneamiento oportuno de la propiedad; y, (iii) evitaría los problemas probatorios ya comentados que se suscitan con la actual regulación.

2.2. Sobre la segunda restricción: la improcedencia de la defensa posesoria extrajudicial contra el propietario.

En el último párrafo del nuevo artículo 920 del Código Civil encontramos una nueva improcedencia de la defensa posesoria extrajudicial la cual, como explicaremos, nos trae nuevos dolores de cabeza. El texto bajo análisis es el siguiente: "*En ningún caso procede la defensa posesoria contra el propietario de un inmueble (...)*".

Respecto de ello, existen dos grandes interpretaciones: (i) que esta restricción es absoluta y que la defensa posesoria extrajudicial no procederá contra ningún propietario bajo nin-

13. Escenario en el cual, en realidad, el accionante ya no sería jurídicamente el verdadero propietario del predio, al haber obtenido dicho derecho el tercero a través de la usucapión.

guna circunstancia; y, (ii) que esta restricción es relativa y que la Defensa Posesoria no procede únicamente contra el propietario que ha ejercido previamente el derecho contenido en el segundo párrafo del nuevo artículo 920 del Código Civil. A continuación un breve desarrollo:

- a. La primera postura está sustentada en dos criterios interpretativos: (i) que el párrafo empieza con un postulado absoluto ("EN NINGÚN CASO"); y, (ii) que esta norma fomenta la inversión y busca empoderar al propietario.

Bajo esta teoría, cualquier propietario podría, en cualquier momento, despojar al poseedor de turno por las vías de hecho, en cuyo caso el poseedor no podría ejercer la defensa posesoria extrajudicial contra éste salvo que el poseedor haya adquirido el inmueble por prescripción adquisitiva (lo que resulta tautológico pues si el poseedor ya adquirió el inmueble mediante dicha figura entonces el "llamado propietario" ya no es tal y el "llamado poseedor" ya es propietario).

Si adoptamos este punto de vista, entonces el propietario de un inmueble podría despojar por las vías de hecho al poseedor incluso fuera del plazo de quince días que ordena el primer párrafo de la norma o incluso usando vías de hecho no justificadas y aún así el poseedor no podrá repeler la fuerza ni solicitar el auxilio judicial pues "en ningún caso" procede la defensa posesoria extrajudicial contra el titular del inmueble.

Con ello, este párrafo sería totalmente novedoso, pues rompe con el esquema que advertimos antes, de permitir la autotutela únicamente como medio de defensa a convertirla en una carta libre para que el propietario haga justicia con sus propias manos en cualquier momento y sin filtro de razonabilidad alguno.

La pregunta entonces es: ¿Y entonces para qué se pactaron las restricciones establecidas en el primer párrafo (plazo de 15 días y únicamente vías de hecho justificadas por las circunstancias)? La respuesta que

podrían brindar los defensores de esta teoría sería que: (i) estas restricciones no se aplican al propietario que ejerce la defensa posesoria extrajudicial en virtud del segundo párrafo de la norma pues el artículo no lo dice expresamente; o, (ii) que la inobservancia de esas restricciones darán lugar a una indemnización por daños y perjuicios (u otras acciones legales como las penales) a favor del poseedor, pero no le dan derecho a recuperar la posesión mediante la defensa posesoria extrajudicial.

- b. La segunda postura se basa más en criterios de razonabilidad y proporcionalidad de la norma, así como en una coherencia mayor con el principio de la heterocomposición en la resolución de conflictos.

Bajo esta interpretación, el último párrafo del nuevo artículo 920 del Código Civil no es más que un apartado lógico: Si "A", propietario no poseedor del inmueble, utiliza primero la nueva defensa posesoria extrajudicial contra "B" (poseedor del bien) dentro de los requisitos establecidos en el primer párrafo del artículo, luego "B" no podrá valerse de la clásica defensa posesoria extrajudicial regulada en el primer párrafo para a su vez despojar a "A" (quien acababa de recuperar la posesión del bien). En este sentido, el último párrafo de la norma evita entrar en un círculo vicioso de defensas y desposesiones.

Nótese que bajo esta premisa, "B" sí podrá valerse de la clásica defensa posesoria extrajudicial si es que "A" no ejerció su derecho regularmente. Nos explicamos. Supongamos que "B" sabe que hace un año "A" tomó conocimiento de que el primero de ellos ocupaba el inmueble. Sin embargo, "A", haciendo caso omiso al requisito de los 15 días establecido por ley, decide tomar las vías de hecho para desposeer del bien a "B". En ese caso, "B" sí podrá ejercer la defensa posesoria extrajudicial contra "A", pues este último no tiene derecho alguno de actuar por las vías de hecho y, además, "B" estaría repeliendo una fuerza ilegítimamente utilizada contra él.

Como se puede desprender de lo anterior, esta interpretación puede resultar más razonable aunque parte de una premisa antagónica con la explicada en el literal(a) anterior: que los requisitos del primer párrafo del nuevo artículo 920 del Código Civil si son aplicables para la procedibilidad del derecho contenido en el segundo párrafo de la norma aunque no se diga expresamente.

Además, los defensores de esta línea interpretativa podrán alegar que su interpretación también cumple con una de las finalidades de la norma: que el ejercicio de las vías de hecho sea algo excepcional (pues la regla general nunca es la autotutela o la "toma de justicia por las propias manos") y que procederá siempre que se observen estrictamente los requisitos establecidos por ley.

Si bien será la práctica (y por sobre todo la jurisprudencia) la que se encargue de decantar la teoría correcta, somos de la opinión de que se debe preferir la interpretación más restrictiva del ejercicio de derechos excepcionales, siendo que nosotros somos partidarios de la interpretación contenida en el apartado (b) anterior. En este sentido, consideramos que el último párrafo de la norma bajo análisis sea leído de la siguiente manera: *"En ningún caso procede la defensa posesoria contra el propietario de un inmueble que ejerció dicha acción en el marco de lo establecido en el primer párrafo de esta norma (...)".*

2.3. La excepción de la restricción; la prescripción adquisitiva.

Retomando la última frase de la nueva norma, en ella se establece que: *"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".*

Como puede verse, la parte subrayada corresponde una excepción a la restricción establecida

en ese párrafo de manera tal que "si procede la defensa posesoria ejercida por un poseedor que adquirió el bien por prescripción adquisitiva contra el anterior propietario".

Esta excepción es lógica pues, como mencionamos anteriormente, si es que el poseedor ya es propietario, entonces el anterior titular no tiene derecho alguno sobre el inmueble y si toma las vías de hecho éstas pueden ser repelidas mediante la defensa posesoria.

Sin embargo, consideramos que esta excepción trae consigo el mismo problema que el descrito para el "usufructo" regulado en el segundo párrafo de la norma; y es que no queda claro cómo ni quién verifica que el poseedor es realmente el actual propietario. La norma no exige que el poseedor haya sido ya declarado como propietario por la autoridad competente. Es por eso mismo que la parte del artículo bajo análisis nos lleva a las mismas preguntas que las planteadas anteriormente: ¿es la Policía, la Municipalidad o el propietario el encargado de evaluar si es que se cumplieron los requisitos del artículo 950 del Código Civil? ¿Nuevamente el poseedor tiene la excusa perfecta para retener la posesión con sólo alegar: *"soy propietario, he poseído el inmueble de manera continua, pacífica, como propietario por 10 años!"?*

En nuestra opinión, para que el "poseedor" pueda ejercer la defensa posesoria extrajudicial contra el propietario del inmueble, debe –necesariamente– contar con una declaración de propiedad otorgada por la autoridad competente. Y, para ser lógicos con la argumentación vertida en el numeral 2.1 anterior, en caso de efectivamente cumplir con los requisitos del artículo 950 del Código Civil pero sin contar con la referida declaración de propiedad, no podrá ejercer la defensa posesoria extrajudicial contra el propietario, pero sí podrá alegar la improcedencia del derecho de este último aduciendo y probando que lleva 10 años usufructuando el inmueble¹⁴.

14. Ahora bien, en caso de que el poseedor alegue (y pruebe) que lleva 10 años usufructuando el inmueble y aún así el "propietario" utiliza las vías de hecho, entonces el propietario estaría actuando fuera de los alcances de

IV. COMENTARIO FINAL

A partir de lo expuesto en las líneas precedentes, puede postularse que la defensa posesoria extrajudicial ha dejado de ser (aunque suene contradictorio) estrictamente posesoria. Lo afirmado, debido a que el nuevo artículo 920 del Código Civil no solo contempla mejoras sustanciales en lo referido a la regulación y aplicación de la clásica figura de la defensa posesoria extrajudicial, sino que el nuevo artículo ha creado un nuevo instrumento de defensa en el ámbito inmobiliario, el cual inclusive podría ser catalogado –como soslayamos en los párrafos

precedentes– como una “Defensa Propietaria Extrajudicial”.

Sin embargo, más allá de ello (es decir, de la incoherencia técnica que contendía la regulación de ambas figuras en un solo artículo) y de las desventajas que opinamos presenta el nuevo texto normativo, consideramos que este aporte a iniciativa del Poder Ejecutivo debe ser saludado, ya que responde a un justificado reclamo del sector inmobiliario, y estamos seguros que con el tiempo la modificación objeto de comentario coadyuvará a dinamizar la inversión en proyectos inmobiliarios en nuestro país. Una vez más, solo el tiempo lo dirá.

la norma, con lo que el poseedor sí podría repeler la fuerza utilizando la clásica defensa posesoria extrajudicial contra el propietario. Lo anterior, claro está, únicamente si es que se adopta la interpretación establecida en el literal (b) del numeral 2.3. anterior.