



UNIVERSIDAD
PRIVADA
DEL NORTE

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

“ANÁLISIS DE SENTENCIA DEL EXPEDIENTE CIVIL N°
2009-01166-0-0601-JR-CI-2” – SOBRE INTERDICTO

Tesis para optar el título profesional de:

Abogado

Autor:

Oscar Octavio Velásquez Alcalde

Asesor:

Abg. Teresa Del Carmen Avila Vásquez

Cajamarca – Perú

2019

APROBACIÓN DE LA TESIS

El (La) asesor(a) y los miembros del jurado evaluador asignados, **APRUEBAN** la tesis desarrollada por el (la) Bachiller **Oscar Octavio Velásquez Alcalde**, denominada:

**“ANÁLISIS DE SENTENCIA DEL EXPEDIENTE CIVIL N° 2009-01166-0-0601-
JR-CI-2” – SOBRE INTERDICTO**

Abg.
TERESA DEL CARMEN AVILA VÁSQUEZ

Abg.
JURADO
PRESIDENTE

Abg.
JURADO

Abg.
JURADO

DEDICATORIA

A Dios y a mis familiares. A Dios porque me ha cuidado brindándome fortaleza para continuar con mi investigación, a mis familiares, quienes a lo largo de mi vida han velado por mi bienestar y educación siendo un gran apoyo en todo momento y depositando su entera confianza en cada reto de mi vida.

AGRADECIMIENTO

Me gustaría agradecer a mis docentes de la Universidad Privada del Norte, debido a que durante toda la carrera me han ayudado y formado profesionalmente.

A mi asesor de investigación por su desempeño y apoyo incondicional, quien gracias a sus conocimientos y su experiencia ha logrado el desarrollo de mi investigación.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

APROBACIÓN DE LA TESIS.....	ii
DEDICATORIA.....	iii
AGRADECIMIENTO.....	iv
ÍNDICE DE CONTENIDOS	v
ÍNDICE DE CUADRO.....	viii
RESUMEN.....	ix
ABSTRACT	x
CAPÍTULO 1. MARCO TEÓRICO	11
1.1. PROPIEDAD	11
1.1.1. Definición	11
1.1.2. Concepción moderna de propiedad privada	12
1.1.3. Definición jurídica de la propiedad privada	13
1.1.4. Extinción de la propiedad.....	14
1.1.5. Pérdida del bien	14
1.1.6. Adquisición del bien por otra persona.....	14
1.2. LA COPROPIEDAD	15
1.2.1. Aspectos generales.....	15
1.2.2. Naturaleza jurídica	15
1.2.3. Los principios rectores de la copropiedad	16
1.3. MEDIANERÍA.....	17
1.3.1. Definición	17
1.3.2. Modos de adquisición	18
1.3.3. Facultades y cargas	18
1.3.4. Extinción la medianería.....	19
1.4. POSESIÓN	19
1.4.1. La Polémica Savigny - Ihering	19
1.4.2. El concepto de posesión en el Código Civil peruano	21
1.4.3. La posesión continua	22
1.4.4. La posesión pacífica	23
1.4.5. La posesión pública	23
1.4.6. La posesión mediata e inmediata	24
1.4.7. La posesión y la propiedad son institutos autónomos	25
1.4.8. Los coposeedores pueden ser declarados copropietarios.	26
1.4.9. El poseedor no puede prescribir parte del bien común	26
1.4.10. Naturaleza jurídica de la posesión.....	27
1.4.11. Sujetos de la posesión.....	29

1.4.12. Objeto de la posesión	29
1.4.13. Adquisición de la posesión	30
1.4.13.1. <i>La tradición</i> 30	
1.4.13.2. <i>Adquisición por ministerio de la ley</i>	30
1.4.13.3. <i>La adquisición judicial de la posesión</i>	30
1.5. LA TUTELA POSESORIA.....	31
1.5.1. Concepto.....	31
1.5.2. Fundamentos de la tutela posesoria.....	32
1.5.3. Los elementos de la posesión	34
1.5.3.1. <i>Descripción del poder de hecho</i>	34
1.5.3.2. <i>El poder de hecho espiritualizado: la posesión mediata y la inmediata</i>	36
1.5.4. Clasificaciones de la posesión	37
1.5.4.1. <i>Posesión legítima e ilegítima</i>	37
1.6. SERVIDUMBRE	39
1.6.1. Definición	39
1.6.2. Sujetos que intervienen en la constitución de la servidumbre.....	39
1.6.3. Fuentes de la constitución de la servidumbre.....	39
1.7. INTERDICTOS.....	40
1.7.1. Análisis preliminar	40
1.7.2. Legitimación activa.....	43
1.7.3. Bienes objeto de la tutela interdictal	43
1.7.4. El interdicto de retener	45
1.7.4.1. <i>Ampliación del concepto de perturbación</i>	46
1.7.4.2. <i>Características y legitimación</i>	47
1.7.4.3. <i>Procedimiento</i>	48
1.7.4.4. <i>Sentencia fundada o estimatorio</i>	48
1.7.4.5. <i>Prescripción extintiva</i>	48
1.7.5. Efectos de la sentencia	49
CAPÍTULO 2. ANÁLISIS DE LOS MOMENTOS ESTELARES DEL PROCESO	50
2.1. DEMANDA DE INTERDICTO DE RETENER.....	50
2.1.1. Petitorio	50
2.1.2. Fundamentos de hecho de la demanda	50
2.1.3. Medios probatorios.....	51
2.2. CONTESTACIÓN DE DEMANDA DE LUCIO GONZALO QUIROZ CABALLERO	52
2.2.1. Fundamentos de hecho de la Excepción de Falta de Legitimidad para Obrar de la Actora.....	52
2.2.2. Fundamentos de hecho de la Excepción de Oscuridad y Ambigüedad en la Forma de Proponer la Demanda	52
2.2.3. Fundamentos de la Contradicción de la Demanda.....	53
2.3. CONTESTACIÓN DE DEMANDA Y EXCEPCIONES DE GLADIS GROZO DE LA TORRE DE QUIROZ.....	55
2.3.1. Fundamentos de hecho de la Excepción de Falta de Legitimidad para Obrar de la Actora.....	55
2.3.2. Fundamentos de hecho de la Excepción de Oscuridad y Ambigüedad en la Forma de Proponer la Demanda	55

2.3.3. Fundamentos de hecho de contradicción a la demanda	55
2.3.4. Medios probatorios.....	56
2.4. INTERVENCION LITISCONSORCIAL	56
2.5. AUDIENCIA DE SANEAMIENTO, PRUEBAS Y SENTENCIA.....	56
2.6. APELACIÓN SOBRE LA DECLARACIÓN DE EXCEPCIONES INFUNDADAS.....	58
2.7. PERITAJE	59
2.7.1. Peritaje judicial	59
2.7.2. Peritaje de parte.....	59
2.7.2.1. Observación de pericia.....	60
2.7.3. Audiencia Especial del Peritaje.....	60
2.7.4. Ampliación del Peritaje Judicial	61
CAPÍTULO 3. ANÁLISIS Y CRÍTICA DE LAS SENTENCIAS.....	61
3.1. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.....	61
3.1.1. Antecedentes	61
3.1.2. Consideraciones de la sentencia	62
3.1.3. Decisión	65
3.1.4. Crítica.....	65
3.2. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA	67
3.2.1. Del recurso de apelación	67
3.2.2. De la sentencia	68
3.2.3. Crítica.....	69
3.3. SENTENCIA DE TERCERA INSTANCIA	70
3.3.1. Del recurso de Casación.....	70
3.3.2. De la sentencia	71
3.3.3. Sentencia N° 220 – 2012 – SEC.....	74
3.3.4. Crítica.....	75
CONCLUSIONES.....	77
RECOMENDACIONES	78
REFERENCIAS.....	79

ÍNDICE DE CUADRO

CUADRO N° 01: FICHA DE PRESENTACIÓN DE INTERDICTO	47
---	----

RESUMEN

Savigny consideró que la posesión es un hecho, ya que se basa en circunstancias puramente materiales, aunque su carácter productor de consecuencias jurídicas le hace ser un hecho jurídico; en cambio, Ihering sostuvo que la posesión era un derecho, partiendo de la idea de que éste es un interés jurídicamente protegido. No obstante, consideramos erróneo tipificar la posesión como un derecho y no como lo que es en realidad, un hecho con importantes consecuencias jurídicas; es decir la posesión se otorga exclusivamente a favor de la persona que se halla en relación de hecho con el bien, siendo irrelevante si su titularidad jurídica está o no inscrita.

En nuestra legislación establece que todo poseedor, cuando haya sido perturbado de su posesión (entiéndase limitado, modificado o perturbado, o bien se puede entender como la existencia de molestia en la actividad de goce del poseedor), puede acudir ante el juez y plantear un remedio interdicial.

Para el presente informe de tesis se analizó, el proceso recaído expediente N 2009-01166-0-0601-JR-CI-2, en donde la señora Tarcila Daria Espino Muñoz, interpone demanda sobre Interdicto de retener en contra del señor Lucio Gonzalo Quiroz Caballero y la señora Gladis del Pilar Groso de la Torre de Quiroz, para que estos se abstengan de perturbar la posesión que ejerce la demandante; así mismo solicita que se cierre una ventana que se ha abierto en el otro sector de la pared, y se cancele una suma de S/. 35 000.00 soles por indemnización por daños causados a la propiedad; es importante el análisis de este proceso porque en diversas instancias se va a determinar la finalidad de los interdictos de retener, así como su naturaleza jurídica y su viabilidad procesal; dejando en claro diversas confusiones como el hecho de la posesión y el derecho de propiedad; que en algunas veces puede ser confundido por nuestros órganos jurisdiccionales, así como también por las partes procesales.

ABSTRACT

Savigny considered that the possession is a fact, since it is based on purely material circumstances, although its character producing legal consequences makes it a legal fact; instead, Ihering argued that possession was a right, based on the idea that this is a legally protected interest. However, we consider it wrong to classify possession as a right and not as what it really is, a fact with important legal consequences; that is, possession is granted exclusively in favor of the person who is in fact related to the property, and it is irrelevant whether his legal ownership is registered or not.

In our legislation it establishes that every possessor, when he has been disturbed of his possession (understood as limited, modified or disturbed, or can be understood as the existence of annoyance in the activity of enjoyment of the possessor), can go before the judge and propose a interdictal remedy.

For the present thesis report was analyzed, the process relayed file N 2009-01166-0-0601-JR-CI-2, where Mrs. Tarcila Daria Espino Muñoz, filed a lawsuit on the restraining order against Mr. Lucio Gonzalo Quiroz Caballero and Mrs. Gladis del Pilar Grosó of the Tower of Quiroz, so that they refrain from disturbing the possession exercised by the applicant; It also requests that a window that has been opened in the other sector of the wall be closed, and a sum of S / . 35,000.00 soles for compensation for damage caused to the property; it is important to analyze this process because in various instances the purpose of the restraining orders will be determined, as well as their legal nature and their procedural viability; making clear various confusions such as the fact of possession and property rights; that in some cases it can be confused by our jurisdictional bodies, as well as by the procedural parties.

CAPÍTULO 1. MARCO TEÓRICO

1.1. PROPIEDAD

Estudios recientes han determinado que uno de los comportamientos constantes en la naturaleza humana, es el afán de adquirir. Este deseo de adquirir es común a todos los seres vivos, incluyendo animales y seres humanos, niños o adultos, en sus formas más primitivas. Este afán de adquisición es una expresión clara del instinto de supervivencia. En sus formas más refinadas constituyen un rasgo esencial de la personalidad humana en el que los logros y las adquisiciones son medios de autorrealización, lo cual a su vez se emparenta directamente con la libertad individual (Gonzales Barrón, 2010, pág. 269).

La propiedad no solo es una institución jurídica, sino que es objeto de estudio de diversas ramas: de economía, sociología, política, filosofía jurídica, etcétera (Diez Picazo, 1995, pág. 161).

1.1.1. Definición

Es una propiedad sometida a un régimen de plena libertad de comercio. Se trata de suprimir las trabas y obstáculos que impiden su libre tráfico. El propietario puede en todo momento convertir libremente en dinero su propiedad. Esta libre convertibilidad de la propiedad en dinero, crea y fomenta el mercado de propiedades que en el régimen de la propiedad amortizada, amayorazgada o vinculada no existía. La propiedad es un bien de mercado y es el mercado quién le proporciona su verdadero contenido económico (Diez Picazo, 1995, pág. 163)

La propiedad es definida como un señorío pleno (jurídico) sobre cualquier objeto externo de valor económico y susceptible de dominación. En buena cuenta, esta institución responde al natural sentimiento humano de apropiación de los objetos de la naturaleza, lo cual conlleva en el propietario un “tener”, pero que simultáneamente se manifiesta en “excluir” a terceros. Este sentimiento profundamente arraigado del ser humano por apropiarse de las cosas u objetos que lo rodean, tiene como propósito satisfacer sus necesidades y lograr el pleno desarrollo de su personalidad. El hombre se sirve de las cosas y de los objetos de la naturaleza para satisfacer sus necesidades y lograr su desarrollo individual. La pertenencia de los bienes no se agota en el ámbito patrimonial o económico, sino que guarda una estrecha relación con la libertad individual y con la dignidad de la persona (Gonzales Barrón, 2010, pág. 270).

La propiedad y su regulación jurídica no es más que una superestructura de las ideas sociales, políticas y económicas que en un período determinado sacuden a las naciones, de ahí que una definición legal de la propiedad está siempre influida por el ambiente histórico en que se formula. Cuando el Código Napoleón, en los artículos 544 y 545 declara que *“la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa del modo más absoluto, sin otras limitaciones más que las legales, y nadie puede ser privado de su propiedad más que por expropiación fundada en causa justificada de utilidad pública y previa y correspondiente indemnización”*. La propiedad es el señorío más pleno que se puede tener sobre una cosa (Diez Picazo, 1995, pág. 162).

La definición sobre la propiedad, según el tratadista Jorge Avendaño Valdez, ha definido a la propiedad como un poder jurídico, un poder que nace del Derecho; agregando que la propiedad confiere cuatro atributos o derechos a su titular: usar (servirse del bien), disfrutar (percibir los frutos del bien), disponer (prescindir del bien, ya sea jurídico o físicamente) y reivindicar (es el ejercicio de la persecutoriedad) (Basilio Santos, 2017, pág. 240).

El ser humano, en su afán e instinto de sobrevivir, siempre ha buscado la adquisición para poder seguir realizándose como persona. Para esto, busca ejercer un señorío sobre algún objeto de valor económico que pueda ser dominado. Entonces la propiedad responde al instinto de apropiación de cosas u objetos que permitan satisfacer nuestras necesidades y que conllevan al tener, excluyendo a terceros.

1.1.2. Concepción moderna de propiedad privada

La propiedad moderna se define en forma subjetiva e individualista. La definición es individualista expresa que el derecho de propiedad se identifica con un individuo como sujeto titular, a diferencia de lo acontecido en otras épocas históricas, la propiedad ya no corresponde a una familia, a un estamento social o a un grupo indeterminado. La concepción subjetivista de la propiedad exige la existencia de un universal absoluto, que es el Estado, a cuya voluntad se ligue el otorgamiento de la propiedad como derecho. El individualismo de la propiedad representa la crisis de las titularidades corporativas, lo cual es una manifestación concreta de la destrucción de los grupos intermedios entre el individuo y el Estado (Gonzales Barrón, 2010, pág. 275).

En el sentido individualista quiere decir que esta propiedad debe identificarse con un solo individuo como sujeto titular, mientras que la concepción subjetivista de la propiedad exige la existencia del Estado, a quien se le otorga la propiedad como derecho.

1.1.3. Definición jurídica de la propiedad privada

Nuestro Código Civil de 1984 mantuvo la definición de la propiedad como un conjunto de facultades individualmente consideradas, aunque acentuó la tenencia solidarista de la propiedad, en cuanto ésta debe ejercerse en armonía del interés social y dentro de los límites de la ley. El artículo 923 del Código vigente dice: “*la propiedad es el poder jurídico que permite usar disfrutar disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley*” (Gonzales Barrón, 2010, pág. 275)”.

La Constitución de 1993 no define el derecho de propiedad, pero sí indica que es “inviolable”. Posteriormente agrega que la propiedad “se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley” (artículo 70) (Gonzales Barrón, 2010, pág. 277).

Según la opinión de Gonzales Barrón:

A) La propiedad es un *derecho subjetivo*, lo cual implica el reconocimiento normativo del interés de un sujeto sobre un bien, mientras los terceros quedan colocados en situación de extraneidad o ajeno total, ya que éstos no tienen un deber concreto frente al titular del derecho (Gonzales Barrón, 2010, pág. 278).

B) Se puede definir como un *derecho abstracto*, igual en todas partes, sin perjuicio de la multiplicidad de formas de dominio y uso, correspondientes al gran número de peculiaridades fácticas y jurídicas de los objetos. La propiedad es reducida al contenido común, típico y esencial a todas las posibilidades. Con el fin de eliminar los privilegios, el derecho codificado creó una sola propiedad, con un solo contenido idéntico, sin negar sus variaciones concretas que no son institucionales (Gonzales Barrón, 2010, pág. 278).

Nuestra legislación define la propiedad como un conjunto de facultades consideradas individualmente, pero que debe ejercerse en armonía del interés social y dentro de las limitaciones de la ley. Si bien es cierto, no encontramos una definición constitucional sobre el derecho de propiedad, pero sí la tipifica como inviolable. El autor señala que la propiedad es un derecho subjetivo que implica el reconocimiento normativo del interés del sujeto sobre un determinado bien, y también lo define como un derecho abstracto, de igualdad en todas partes.

1.1.4. Extinción de la propiedad

El artículo 968 del Código Civil enumera las causales de extinción del derecho de propiedad, lo cual constituye una mejora con respecto al Código de 1936, pues este último cuerpo legal no contenía regulación alguna sobre la materia. Pero el artículo 968 del Código vigente no está exento de serias críticas, ya que las causales de la extinción de la propiedad no tienen un desarrollo doctrinal detallado y sistemático. En la doctrina se hace una distinción interesante entre las causales “absolutas” y “relativas” de extinción de la propiedad (Gonzales Barrón, 2010, pág. 481).

Por las primeras, la propiedad se extingue en forma definitiva, esto es, ya no hay propiedad sobre un bien determinado. Así ocurre con la destrucción del bien, o por el hecho de que éste haya sido excluido del comercio de los hombres. Por las segundas, la propiedad se extingue para el sujeto específico, pero el derecho sigue existiendo en cabeza de otro sujeto. En este caso, la propiedad pasa a otro, cambia de manos, se extingue en cuanto al antiguo propietario, pero renace en el nuevo titular; así ocurre en los actos de transmisión de propiedad (Gonzales Barrón, 2010, pág. 481).

1.1.5. Pérdida del bien

La propiedad es un derecho real consistente en la suma de poderes sobre un bien determinado, por tal razón, si el bien ya no existe más, resultado obvio que el derecho de propiedad se extingue automáticamente, sin perjuicio de eventuales acciones resarcitorias a favor del perjudicado, pero lo que en todo caso son derechos de crédito y no un derecho real. En tal sentido, “la destrucción o pérdida total o consumo del bien” es la típica causal de extinción ABSOLUTA de la propiedad (Gonzales Barrón, 2010, pág. 482).

La redacción del precepto legal indicado nos genera sin embargo las siguientes interrogantes: ¿Son sinónimos los términos “destrucción”, “pérdida total” y “consumo”? La doctrina reconoce normalmente como sinónimos los dos primeros términos, la destrucción y pérdida total. Queda pendiente la cuestión referida al término “consumo” pues éste no necesariamente significa la destrucción inmediata del bien. Por ejemplo, los bienes de consumo duradero (Gonzales Barrón, 2010, pág. 482).

1.1.6. Adquisición del bien por otra persona

Una causa *relativa* de extinción se produce cuando la propiedad es adquirida por otra persona. En tal caso, el derecho se extingue en relación al anterior titular, pero renace en cabeza del nuevo titular. Esta causal extintiva se halla reconocida en el

artículo 968-1 del Código Civil y aunque puede recusársele la categoría de modo extintivo, aunque su previsión parece útil para efectos prácticos (Gonzales Barrón, 2010, pág. 483).

1.2. LA COPROPIEDAD

1.2.1. Aspectos generales

El artículo 969 del Código Civil considera que *“hay copropiedad cuando un bien pertenece por cuotas ideales a dos o más personas”*. De esta definición institucional se advierte que nuestro legislador adopta la concepción romana de la comunidad, esto es, dividida en cuotas individuales sobre las cuales se ejerce un dominio exclusivo; a diferencia de lo que ocurre con el bien común, en donde las decisiones se toman por unanimidad o mayoría, según el caso, de los comuneros (Gonzales Barrón, 2010, pág. 494).

Las notas configuradoras de la copropiedad son las siguientes:

- *Pluralidad de sujetos*, la misma norma dice que la copropiedad corresponde “a dos o más personas” sean naturales o jurídicas, pues de lo contrario estaríamos ante una propiedad ordinaria (Gonzales Barrón, 2010, pág. 494).
- *Unidad de objeto*, la copropiedad recae sobre un bien común, pues si los copropietarios hubiesen dividido el bien para contar con un dominio exclusivo sobre las porciones físicas resultantes, entonces la copropiedad sobre el todo se habría convertido en una propiedad exclusiva sobre cada porción individualizada (Gonzales Barrón, 2010, pág. 494).
- *Existencia de cuotas ideales*, el derecho de cada copropietario lo es “por cuotas ideales”, esto significa que cada uno tiene un porcentaje de interés en el bien común, el que no se materializa en una porción física de éste (Gonzales Barrón, 2010, pág. 494).

La copropiedad es la división en cuotas individuales sobre las cuales se ejerce un dominio; sin embargo, para ello se requiere de ciertos requisitos como la existencia de pluralidad de sujetos, es decir, que la propiedad corresponda a dos o más personas; la unidad de objeto, es decir, que la copropiedad recaiga sobre un bien común; la existencia de cuotas ideales, es decir, que cada uno tiene un porcentaje de interés en el bien común.

1.2.2. Naturaleza jurídica

La doctrina ha discutido mucho respecto a la naturaleza jurídica de la copropiedad. Las teorías más relevantes son las siguientes:

- *Teoría de la integridad:* mientras el bien permanece en estado de indivisión, cada uno de los copropietarios no tiene un verdadero derecho de propiedad, pues está condicionado a la concurrencia de los demás cotitulares. En todo caso habría un derecho debilitado, o un derecho real distinto a la propiedad (Gonzales Barrón, 2010, pág. 496).
- *Teoría de la unificación del derecho de propiedad:* en la comunidad de bienes existe un único derecho de propiedad, aunque atribuido a un grupo de personas en cuanto colectividad, o a una persona jurídica constituida por esta colectividad (Gonzales Barrón, 2010, pág. 496).
- *Teoría de la división:* no hay un derecho único, sino tantos derechos como individuos tiene la comunidad (Gonzales Barrón, 2010, pág. 496).
- *Teoría de la propiedad plúrima total:* cada comunero tiene un derecho de propiedad pleno, si bien limitado en cuanto a su ejercicio por la existencia de iguales derechos de los demás, siendo la cuota de participación la que determina la cantidad de facultades dominicales que se ejercen en forma individual, siendo que las facultades de carácter colectivo quedan extraídas del ámbito de poder de cada comunero (Gonzales Barrón, 2010, pág. 496).

1.2.3. Los principios rectores de la copropiedad

A) Principio de autonomía privada: Los convenios o acuerdos entre los propietarios rigen preferentemente la organización interna de la comunidad. El artículo 974 del Código Civil lo presupone cuando señala que, en caso de desavenencia de los comuneros, el juez regulará el uso del bien común. Por tanto, la primacía en esta materia la tiene la decisión libre de los copropietarios manifestando en un acto de autonomía privada, no obstante, es necesario aclarar que los acuerdos sobre el uso, disfrute y explotación del bien común solo tienen eficacia inter-partes y no pueden incidir sobre los terceros sub-adquirentes de las cuotas ideales, ni modificar el régimen institucional de la copropiedad.

Si los copropietarios deciden usar el bien común a través de una división en proporciones físicas de éste, no caben dudas de que ello será legítimo en virtud del principio de autonomía privada (Gonzales Barrón, 2010, pág. 498).

B) Principio de proporcionalidad: Los copropietarios participan en las ventajas y en las cargas del bien común, según el porcentaje de su respectiva cuota. En caso de no haberse especificado por contrato el porcentaje de cuota correspondiente a cada comunero, entonces éstas se presumirán iguales. Si la ley hubiese creado la situación de copropiedad, entonces el porcentaje de la cuota es determinado por la misma ley (Gonzales Barrón, 2010, pág. 499).

- C) Principio democrático:** en las decisiones conjuntas sobre el bien común, éstas se adoptan de acuerdo al principio democrático de mayorías, aunque haciendo la salvedad de que éstas se computan en virtud al porcentaje en las cuotas y no por cabezas (Gonzales Barrón, 2010, pág. 499).
- D) Principio de libertad individual:** cada propietario conserva su libertad individual con respecto a su cuota, la cual puede ser transferida, gravada o dispuesta por el comunero sin necesidad de pedirle autorización a los otros. Además, el copropietario puede instalar en cualquier momento la división del bien común (Gonzales Barrón, 2010, pág. 499).

1.3. MEDIANERÍA

1.3.1. Definición

La medianería es la copropiedad forzosa de muros, cercos y fosos ubicados entre los límites de dos predios colindantes (Gonzales Barrón, 2010, pág. 525).

La medianería es una copropiedad especial, caracterizada por las siguientes notas distintivas:

- A) Es una copropiedad con carácter anexo a la propiedad del predio, constituyendo con éste una sola unidad, sujeta al mismo destino jurídico,
- B) Es una copropiedad especial por razón de objeto, pues no recae sobre un “bien” con autonomía jurídica, sino sobre partes integrantes de un bien, es decir muros, cercos y fosas.
- C) Se trata de una copropiedad que reconoce zonas de uso exclusivo para cada comunero (Gonzales Barrón, 2010, pág. 525).

A estas características debería agregarse que la medianería produce una copropiedad forzosa, no susceptible de partición; por lo cual solamente se le pone fin con la renuncia de alguno de los comuneros, o por acuerdo entre estos (Gonzales Barrón, 2010, pág. 526).

La medianería es definida también como una copropiedad, pero en este caso de muros, cercos y fosos ubicados entre los límites de predios colindantes y tiene algunas características como el ser una copropiedad anexa a la propiedad del predio, constituyendo con éste una unidad, también es una copropiedad especial, pues recae sobre partes integrantes de un bien, como son los muros, cercos y fosas;

se trata, además de una copropiedad que reconoce zonas de uso para cada comunero

1.3.2. Modos de adquisición

La medianería se constituye por *acuerdo* de los propietarios de los fundos colindantes para construir el elemento medianero o para convertir en medianero un elemento privativo de uno de los titulares, dando participación en la copropiedad del mismo al titular del predio contiguo (Gonzales Barrón, 2010, pág. 526).

También es posible adquirir la medianería de manera *forzosa*: si la pared que separa los predios se ha levantado en terreno de uno de ellos, el vecino puede obtener la medianería pagando la mitad del valor actual de la obra y del suelo ocupado (Gonzales Barrón, 2010, pág. 526).

Distinto es el caso del “muro encaballado” esto es, de *“aquel construido de tal manera que su eje, en el sentido del plano vertical que pasa por su centro, coinciden exactamente con el límite demarcatorio de ambos fundos”*. (Gonzales Barrón, 2010, pág. 526)

Por el contrario, un supuesto problemático, es aquel en donde la construcción de la pared se realiza con invasión de la finca vecina, ya sea por error o a sabiendas. En este caso existe una apropiación de la finca vecina, cuya normativa está contenida en el artículo 944 del Código Civil. Si la invasión es de buena fe, el propietario de la pared adquiere el suelo, debiendo pagar su valor (Gonzales Barrón, 2010, pág. 526).

También parece admisible la adquisición de la medianería por medio de la *usucapión* para cuyo efecto se requiere la posesión contigua, pacífica, pública y como propietario por 10 años; y si existe justo título y buena fe bastan 5 años (Gonzales Barrón, 2010, pág. 527).

1.3.3. Facultades y cargas

Cada uno de los colindantes puede utilizar la pared medianera para colocar tirantes o vigas, o servirse de ésta como apoyo, aun cuando no pueda abrir en ella ventanas o claraboyas. Sin embargo, esta facultad de apoyar vigas o construcciones está limitado a las posibilidades físicas de resistencia del elemento medianero (Gonzales Barrón, 2010, pág. 527).

Por otro lado, las cargas de la medianería con el fin de la construcción, reparación, conservación o reconstrucción del elemento medianero, corre a cargo de ambos copropietarios a prorrata. Esta norma no se observará cuando se trata de reparaciones tan superficiales que afectan sólo una de las caras de la pared sin mermar la integridad del conjunto, o cuando los desperfectos al elemento medianero hayan sido causados por culpa exclusiva de uno de los copropietarios. Estos casos de excepción no están previstos en el artículo 998 del Código Civil, pero se deducen de los principios generales que informan nuestro ordenamiento jurídico: *“nadie puede enriquecerse injustamente a costa de otro”*. Otra facultad ínsita a la medianería, es la posibilidad de que cualquier colindante levante la pared medianera, asumiendo los gastos que exige la mayor altura de la pared (Gonzales Barrón, 2010, pág. 528).

Entonces podemos decir que es posible que cada uno de los colindantes utilice la pared medianera para lo que requiera, siempre y cuando la ésta esté en condiciones de soportarlo, estándole prohibido abrir en ella ventanas. También podemos decir que las cargas de la medianería, es decir, la construcción, reparación, conservación o reconstrucción del elemento medianero, corre a cargo de los copropietarios y en caso algún colindante requiera levantar la pared medianera, será éste quien asuma los gastos.

1.3.4. Extinción la medianería

Se extingue por renuncia de cualquiera de los dos colindantes, con lo cual además se libera de las cargas que produce esta situación de copropiedad forzosa. Evidentemente la renuncia se extiende no sólo al elemento medianero sino al suelo sobre el que se asienta, pues ambos forman una unidad indivisible. No cabe la pérdida de la copropiedad por la usucapión de uno de los colindantes en contra del otro, pues la usucapión entre comuneros se halla prohibida expresamente. Lo que puede plantearse es si la destrucción del elemento medianero conlleva a la extinción de la medianería (Gonzales Barrón, 2010, pág. 528).

1.4. POSESIÓN

1.4.1. La Polémica Savigny - Ihering

Savigny publicó en 1803 su obra *“La Posesión”* en la cual realiza un análisis de las fuentes romanas, concluyendo que la posesión se compone de dos elementos: el *“corpus”* y el *“animus”*. El corpus la define como la posibilidad física de actuar sobre la cosa, de disponer de ella y de defenderla de cualquier acción extraña. Por supuesto que este corpus requiere de la voluntad de tener y mantener el contacto físico. En caso de faltar la voluntad -por ejemplo: se introduce un bien entre la ropa

de una persona dormida- habrá una simple *yuxtaposición local*, esto es un contacto físico involuntario. Pero además de la existencia de un corpus voluntario, se requiere la existencia del animus domini, es decir, de la intención de poseer como propietario, esto es, de no reconocer en cabeza de otro un mejor derecho. El animus no es una simple voluntad de poseer el bien para sí, sino una voluntad cualificada para hacer el señor o el titular de la posesión. Por tal motivo según Savigny sólo eran poseedores el dueño, el que actúa como si fuese dueño, el usurpador y el ladrón (Gonzales Barrón, 2010, pág. 125).

Ihering no recusa la voluntariedad en la posesión, sino la existencia de una especial intención de comportarse como propietario, materializada en el animus domini. Para este autor no basta el contacto físico entre el sujeto y el bien, sino además es necesario el ánimo de poder en caso de ausencia de este elemento subjetivo. Entonces nos encontramos en presencia de una simple *relación de lugar*, análoga a la *yuxtaposición local*. De la teoría de Savigny y la que no tiene significado jurídico alguno. Ihering sostiene lo siguiente:

“La posesión no es pues, la simple reunión del corpus y el animus, lo que implicaría para cada una de esas dos condiciones una existencia previa, sino que el corpus es el hecho de la voluntad; no existe en el pasado, al modo que la palabra no existe antes de pronunciada. El corpus y el animus son entre sí como la palabra y el pensamiento. En la palabra toma cuerpo el pensamiento, hasta entonces puramente interno; en el corpus toma cuerpo la voluntad, hasta que el momento puramente interior; ninguno de los dos existía antes de entonces para la percepción. La relación del lugar no tiene otra importancia que le ha de ser la condición indispensable de la voluntad de poseer; pero no se convierte en Corpus sino desde que la voluntad le imprime el sello de la relación posesoria” (Gonzales Barrón, 2010, pág. 126).

La doctrina ha definido al animus domini de la siguiente manera: “que el poseedor debe actuar con animus domini sobre el bien, pero no se trata de creerse propietario, sino en comportarse como tal. El poseedor pleno y el mediato pueden prescribir un bien. Sin embargo, el poseedor inmediato y el servidor de la posesión, no lo pueden hacer. No cabe usucapir, por mucho que sea el tiempo que transcurra, si posee en concepto distinto del de dueño”. En consecuencia, un poseedor en concepto de dueño será una persona que realiza sobre la cosa actos inequívocamente dominiales, de los cuales puede objetivamente inducirse que se considera y que es considerada por los demás como efectivo dueño de la misma. (Avendaño Arana, 2016, pág. 66).

Se debe tener en cuenta que el *animus domini*, como elemento subjetivo, equivale a la intencionalidad de poseer como propietario, es decir, el poseedor se comporta como titular de un derecho real sobre esa cosa, sin importar que no tenga ese derecho realmente, ya que actuar como dueño de la cosa es una característica de la posesión (Avendaño Arana, 2016, pág. 68)

La doctrina posesoria de Savigny se halla construida *de abajo hacia arriba*. En la parte inferior de la escala se encuentra la *tenencia* como concepto general, y de ésta se pasa a la escala superior constituida por la *posesión*, siempre que se tenga el *animus domini*. La posesión implica la tenencia, en cambio la tenencia no necesariamente constituye relación posesoria. Por el contrario, la teoría de Ihering no está elaborada *de arriba hacia abajo*. Lo normal, lo característico es la posesión y sólo en forma excepcional hay tenencia cuando el ordenamiento jurídico decide, por cuestiones de política legislativa, degradar una relación posesoria y convertirla en mera tenencia (Gonzales Barrón, 2010, pág. 127).

Savigny nos dice que la posesión es posible, siempre y cuando ésta tenga los componentes del *corpus* y el *animus*. El *corpus*, como posibilidad de disponer, actuar y defender la cosa y el *animus* como voluntad de tenerla. Por su parte Ihering manifiesta que esa posibilidad de disponer o defender la cosa, es un hecho propio de la voluntad.

1.4.2. El concepto de posesión en el Código Civil peruano

Debemos indicar que el artículo 896 del código civil no define a la posesión en los términos de la doctrina de Ihering, es más, nos atrevemos a afirmar el que esta definición se haya mucho más cerca de la tesis de Savigny conforme pasamos a demostrarlo (Gonzales Barrón, 2010, pág. 129).

Según Savigny la posesión se determina cuando quien tiene un bien bajo su dominación física, actúa o se comporta *“como propietario”*, es decir, el poseedor debe realizar una actividad análoga a la que califica la actuación del propietario. Pues bien, el artículo 896 del código civil dice que es poseedor quien ejercita de hecho *uno o más poderes inherentes a la propiedad*, es decir la posesión existe como derivación de la propiedad con lo cual deberá suponerse lo siguiente:

- A) No basta el poder de hecho sobre algún bien,
- B) Es necesario que este poder de hecho sea ejercido en forma análoga a como lo haría un propietario.

C) Para determinar si el poder de hecho se ejerce como propietario o como arrendatario es necesario conocer la causa de la posesión o el animus. No hay otra forma de diferenciar una posesión de la otra, y esto es claramente el animus domini a que se refiere el artículo 896 del código civil cuando habla de un poder inherente al de la propiedad. El animus domini es la voluntad de sujetar el bien como la sujeta el titular del derecho real (Gonzales Barrón, 2010, pág. 130).

Con respecto al modo en que se *ejerce* la posesión dice: “*la posesión se ejerce en las cosas o en los derechos por la misma persona que los tiene y disfruta, o por otra en su nombre*”. Es clara la disociación entre el tener y ejercer. El que tiene la posesión puede ejercer por sí el poder de hecho sobre la cosa, pero también otra persona podrá ejercer sobre la cosa ese poder en su nombre. Se puede ejercer la posesión por representante o gestor sin mandato, quien vendría simplemente a ser una persona que realiza los actos posesorios por otro (Diez Picazo, 1995, pág. 112).

El servidor de la posesión supone que entre el que ejerce la potestad de hecho sobre la cosa y otra persona, media una relación de dependencia o subordinación, de tal manera que debe seguir lo que ésta persona le ordene (Diez Picazo, 1995, pág. 113).

Es decir, el Código Civil dice del poseedor, ser aquella persona que hace ejercicio de *poderes inherentes a la propiedad*, pero que además es necesario que este poder sea ejercido como propietario, siendo necesario conocer la causa o el animus de la posesión.

1.4.3. La posesión continua

La continuidad de la posesión es la que se ejerce sin interrupciones, sin solución de continuidad, lo cual no implica que nuestra legislación exija la permanencia de la posesión, puesto que pueden haber actos de interrupción como los previstos por los artículos 904 y 953 del Código Civil, que vendrían a constituir hechos excepcionales, por lo que en suma, se puede decir que la posesión continua se dará cuando esta se ejerza a través de actos posesorios realizados en la cosa, sin contradictorio alguno y durante todo el tiempo exigido por la ley. (Avendaño Arana, 2016, pág. 58).

La posesión dispone que la propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años. Significa que la posesión es continua cuando ésta se ejerce de manera permanente, sin interrupción natural o jurídica. (Avendaño Arana, 2016, pág. 59).

La prescripción adquisitiva de dominio constituye una forma originaria de adquirir la propiedad de un bien, basada en la posesión del mismo por un determinado lapso de tiempo, cumpliendo con los requisitos exigidos por la ley, lo que implica la conversión de la posesión continua en propiedad, y es en ese sentido que se orienta el artículo 950 del Código Civil cuando dispone que la propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años cuando es de mala fe y a los cinco años cuando median justo título y buena fe. (Avendaño Arana, 2016, pág. 59)

1.4.4. La posesión pacífica

La posesión pacífica se dará cuando el poder de hecho sobre una cosa no se mantenga por la fuerza; por lo que, aun obtenida violentamente, pasa a haber posesión pacífica una vez que cesa la violencia que instauró el nuevo estado de cosas (Avendaño Arana, 2016, pág. 60).

La posesión pacífica debe ser entendida como la que se ejerce sin perturbación y con aceptación de los demás integrantes de la sociedad; de ese modo, para tener por acreditada la pacificidad, se requiere que no exista ni siquiera violencia al inicio de la posesión y que el decurso posterior no solo se mantenga de manera no violenta sino también de modo no controvertido (Avendaño Arana, 2016, pág. 61).

La posesión pacífica debe ser entendida como aquella que se ejerce sin perturbación ni cuestionamiento alguno, es decir, en total armonía y con la tácita aprobación y aceptación de los demás integrantes de la sociedad, sin que sea perturbada, en los hechos y en el derecho, ya que la posesión de ja de ser pacífica, cuando judicialmente se requiere la desocupación (Avendaño Arana, 2016, pág. 64).

1.4.5. La posesión pública

La posesión pública será aquella que, en primer lugar, resulta, evidentemente, contraria a toda clandestinidad, lo que implica que sea conocida por todos, dado que usucapiente es un contradictor del propietario o poseedor anterior, por eso resulta necesario que la posesión sea ejercida de manera que pueda ser conocida por estos, para que puedan oponerse a ella si esa es su voluntad. Si ellos pudieron conocer esa posesión durante todo el tiempo que duró, y no lo hicieron, la ley presume en ellos el abandono y la posesión del usucapiente se consolida (Avendaño Arana, 2016, pág. 64).

La prescripción adquisitiva de dominio o usucapión, tiene por objeto transformar una situación de hecho (la posesión), en una de derecho (reconocimiento de la titularidad) a favor del poseedor que no ha sido interrumpido durante el tiempo que poseyó, siempre que acredite los requisitos de continuidad, pacificidad, publicidad y como propietario, que exige la ley (Avendaño Arana, 2016, pág. 64).

1.4.6. La posesión mediata e inmediata

La jurisprudencia del tribunal supremo ha afirmado reiteradamente que estas dos clases de posesiones pueden concurrir respecto de una misma cosa. El poseedor mediato posee por medio del poseedor inmediato, que es la persona que por estar ligada con una relación jurídica a aquél se haya en una posesión directa con la cosa (Diez Picazo, 1995, pág. 111).

Debido a la división de la posesión en mediata inmediata se explica jurisprudencialmente:

- A) Que el propietario-poseedor mediato pueda entregar la cosa, cumpliendo así el requisito de la *traditio*, a fin de que el *accipiens* adquiera el dominio sobre la misma, si existe entre él y el *tradens* un contrato traslativo que sirve de causa a aquella entrega. El propietario-poseedor mediato no hará efectivamente una entrega material, pero si una instrumental mediante el simple otorgamiento de la escritura de venta.
- B) Que el propietario-poseedor mediato esté legitimado activamente para el ejercicio de la acción de desahucio con el que recuperará la posesión de hecho que tiene el poseedor inmediato una vez extinguida la relación jurídica de donde deriva ésta estimándose que es poseedor real a título de dueño (Diez Picazo, 1995, pág. 111).

Algunos problemas han suscitado la protección de ambas posesiones por la vía interdictal. Es claro que el poseedor inmediato está legitimado para pedir la tutela de su posesión frente a ataques de terceros porque es un poseedor. Sin embargo, se cuestiona si el poseedor mediato podrá también ejercitar los interdictos frente al tercero que ataca la posesión inmediata. Igualmente se ha discutido la posibilidad de que por la vía interdictal se defienda el poseedor inmediato de las perturbaciones o despojos provenientes del mediato o viceversa (Diez Picazo, 1995, pág. 112).

1.4.7. La posesión y la propiedad son institutos autónomos

El derecho regula los conflictos que conciernen al goce, disfrute, utilización y atribución de los bienes, en este caso el derecho escoge una persona y a tal fin dispone que los otros se abstengan de cualquier interferencia sobre el bien, poniendo en favor del escogido algunos remedios (acciones) destinados a hacer efectivo este deber de abstención mediante una reacción contra la interferencia lesiva, o mediante la remoción de los obstáculos que impedirían esta reacción (Gonzales Barrón, 2010, pág. 132).

La técnica jurídica en el ámbito de los bienes está siempre fundada sobre el poder de prevenir o hacer cesar las interferencias del sujeto extraño, pero ¿cómo identificar el sujeto favorito? la individualización puede seguir dos criterios: el primero tiene en cuenta la relación de hecho entre la persona y el bien (tengo el bien en mi poder) en esta lógica la relación de hecho (posesión) es lo único relevante durante el tiempo que dure y no más. La situación pasada ya no es relevante y cesan los efectos. Un segundo criterio es el todo diverso, la individualización del sujeto favorito pasa por una serie de circunstancias que dan lugar a que éste cuente con un título solemne (soy propietario del bien). En este caso el sujeto preferido no está limitado a mantener permanentemente una relación de hecho con el bien, para eso le va hasta el título; además éste asigna una protección sin límite de tiempo hasta cuando no intervenga otra circunstancia que por fin que ponga fin a la protección. El derecho puede escoger entre el sujeto que tenga una relación de hecho con el bien o el sujeto que cuente con el título solemne. Cualquiera pensaría que estas dos soluciones son antitéticas y contrapuestas entre sí, en cambio la realidad demuestra que todos los ordenamientos jurídicos nacionales relacionan ambos criterios dando lugar a soluciones intermedias de tipo variado (Gonzales Barrón, 2010, pág. 133).

En grandes líneas se puede decir que los remedios posesorios protegen al sujeto que al momento del evento o del conflicto se encontraba en una determinada relación de hecho con el bien, mientras el derecho real protege al sujeto que está premunido de un título independientemente de si tiene o no alguna relación de hecho con el bien. De tal dicotomía, es posible dar una justificación muy simple: la protección de la posesión es algo parecido a lo que ocurre con la ley de la gravedad en el mundo físico, los bienes deben seguir en posesión (en poder de hecho) de quien los tiene hasta que no se justifique su desplazamiento hacia otra persona. Además, no se olvide que la relación de hecho normalmente está destinada a la explotación productiva del bien en concreto más provechosa que una vacua titularidad (Gonzales Barrón, 2010, pág. 133).

Recuérdese que la noción restrictiva de la posesión por la cual está es un mero reflejo de la propiedad puede llevar a una serie de problemas interpretativos de difícil solución es el caso de la confusión que se produce entre el poseedor que no usan y disfruta como aquel que se va de viaje y asegura las puertas de su mueble de acuerdo a la interpretación literal del artículo 896 del código civil dicho sujeto no sería poseedor y Por ende un tercero podría ocupar el bien impunemente la misma situación se producirían con los depositarios y mandatarios que han recibido un bien los cuales no usan ni disfrutan por ello se hace necesario diferenciar los institutos de la posesión y la propiedad y no vincularlos (Gonzales Barrón, 2010, pág. 133).

Hay que entender que la posesión es el ejercicio de hecho de alguno de los atributos de la propiedad. Para que se conserve la posesión es necesario entonces que subsista el ejercicio de hecho. Sin embargo, el artículo 904 del Código Civil señala que se conserva la posesión, aunque su ejercicio esté impedido por hechos de naturaleza pasajera. Por ejemplo, un propietario que deja de usar temporalmente su casa cuando sale de vacaciones, no pierde la posesión de la casa (Avendaño Arana, 2011, pág. 3).

El derecho da prioridad a aquella persona que goce, utilice y se atribuya un bien, para esto, le otorga mecanismos jurídicos para su protección contra alguna interferencia lesiva que pudiera afectar el bien. Se podría decir entonces que los remedios posesorios protegen al sujeto al momento que se genera un conflicto en una determinada relación de hecho con el bien. Por su parte, el derecho real va a dar protección al sujeto que tiene cautela de un título, más allá de si tiene o no alguna relación de hecho con el bien.

1.4.8. Los coposeedores pueden ser declarados copropietarios

La correcta interpretación del artículo 950 del Código Civil debe hacerse en sentido que nada obsta para que dos o más coposeedores homogéneos puedan usucapir, puesto que de ver amparada su pretensión devendrían en copropietarios, figura jurídica que está prevista en nuestra legislación (Avendaño Arana, 2016, pág. 135).

1.4.9. El poseedor no puede prescribir parte del bien común

Tratándose de bienes sujetos al régimen de copropiedad que no han sido objeto de división y partición, no es jurídicamente posible que uno de los copropietarios que conduce directamente los inmuebles adquiera la totalidad de los bienes por prescripción, puesto que su posesión no está circunscrita a un área determinada, además que el bien es de su propiedad, resultando absolutamente contraproducente

pretender adquirir la propiedad de un bien sobre el cual ya se tiene dominio (Avendaño Arana, 2016, pág. 135).

Si más de una persona ostenta el derecho de propiedad sobre el inmueble reclamado, la demanda de prescripción debe dirigirse contra todos los copropietarios, ya que, ante la pretensión propuesta, entre estos existe un mismo derecho y una misma eventual afectación, es decir, un litisconsorcio necesario. Por lo que, al no emplazarse a todos los copropietarios, es necesario anular todo lo actuado hasta la etapa de saneamiento, a fin de que el juez de la causa los notifique debidamente (Avendaño Arana, 2016, pág. 135)

1.4.10. Naturaleza jurídica de la posesión

La posesión, como exclusivo poder de hecho o control autónomo que tiene el sujeto sobre un bien, no requiere contar con algún derecho que lo sustente, pero ello no impide que produzca importantes consecuencias jurídicas. En virtud de esta situación en apariencia antitética, es que la doctrina se ha dividido en cuanto determinar la naturaleza jurídica de la posesión ¿es un hecho o derecho? (Gonzales Barrón, 2010, pág. 135)

Savigny consideró que la posesión es un hecho, ya que se basa en circunstancias puramente materiales, aunque su carácter productor de consecuencias jurídicas le hace ser un hecho jurídico, el cual se protege sin consideración a que exista un derecho subjetivo. En cambio, Ihering sostuvo que la posesión era un derecho, partiendo de la idea de que éste es un interés jurídicamente protegido. En consecuencia, la posesión sería un derecho porque reúne las características de este, constituyendo una relación tutelada por el ordenamiento jurídico, incluso en contra del propietario del bien (Gonzales Barrón, 2010, pág. 135).

Savigny fundamenta su teoría de que la posesión es un hecho basado en circunstancias puramente materiales, el cual debe ser protegido más allá de la existencia de un derecho subjetivo, mientras Ihering por su parte sostiene que la posesión viene a ser un derecho, debido a que reúne las características para serlo.

No obstante, consideramos erróneo tipificar la posesión como un derecho y no como lo que es en realidad, un hecho con importantes consecuencias jurídicas nuestra línea argumentativa se basa en las siguientes cuestiones:

A) Si la sola posesión per se es un derecho subjetivo, ello quiere decir que un poseedor legítimo tiene dos derechos: el primero, producto de su título posesorio

que le da legitimidad, como es el caso del derecho del arrendatario del usufructuario o del comodatario; el segundo derecho sería producto del solo hecho de poseer. Demás está decir que esta afirmación encubre una inconsecuencia lógica evidente la posesión legítima del arrendatario o incluso la del propietario, es una sola, producto del título posesorio con que se cuenta.

- B) Si la sola posesión per se es un derecho subjetivo, resulta absurdo que todos los ordenamientos jurídicos hablen de la posesión ilegítima de acuerdo a la tesis criticada si el ladrón o el usurpador tienen un derecho subjetivo de posesión, pues ya tienen a su favor un derecho perfecto y siendo yo así porque se les llama poseedores ilegítimos para dicha tesis El ladrón o el usurpador sería poseedores legítimos por cuanto la posesión es por sí misma un derecho salvo si se llegase a reconocer otra. En consecuencia, lógica el usurpador es un poseedor legítimo de facto e ilegítimo de derecho.
- C) La sola posesión sería un curioso derecho subjetivo por cuanto sólo se mantendría cuando el titular se encontrarse en contacto con él bien en caso contrario se extinguiría el derecho y al mismo tiempo se perdería la facticidad. Esta confusión de plano nos lleva directamente a convencernos de que la posesión es un hecho que nace y se extingue como tal, lo cual no le priva de ser de un hecho jurídico es decir productor de consecuencias jurídicas.
- D) La protección posesoria se otorga exclusivamente a favor de la persona que se halla en relación fáctica con el bien sin importar la titularidad jurídica esté o no inscrita por tanto esta situación de hecho no puede ingresar al registro por ser cambiante y provisional por tanto y siguiendo la línea aquí trazada la sola posesión es un hecho cuyo acceso al registro inmobiliario se encuentra negado la posesión al ser un poder de hecho sobre las cosas o un señorío meramente fáctico corre por cuerda separada con respecto al registro ya que en este ingresan los derechos amparados en un título la posesión sólo aparecerá en el registro como una consecuencia del título de dominio o del derecho real que se inscriba pero nunca se inscribir a una posición en el vacío es decir sin título meramente fáctica y provisional el código civil excluye terminantemente la posesión del registro inmobiliario en defensa de la solución legal puede señalarse los graves problemas que se generan por tener acceso la posesión en el registro o de permitirse que una finca sea inmatriculada en virtud de la posición (Gonzales Barrón, 2010, pág. 136).

Gonzales Barrón se inclina por la teoría de Savigny, al calificar la posesión como un hecho que genera consecuencias jurídicas, como un hecho que nace y se extingue como tal, y que es productor de consecuencias jurídicas. Y cuando se refiere a la protección posesoria, este autor manifiesta que se otorga exclusivamente a favor de la persona que se halla en relación de hecho con el bien, siendo irrelevante si su titularidad jurídica está o no inscrita.

Por último debe tenerse en cuenta que esta discusión no es meramente teórica por ejemplo en algunas oportunidades se han planteado acciones de amparo en protección del derecho de Posesión el tema ha suscitado algún debate pues la posesión no aparece consignado como un derecho protegido por la Constitución aun cuando se haya opinado que la posesión como contenido del derecho de propiedad debe ser tutelada como si fuese está en nuestra opinión sin embargo la cuestión debe resolverse en sentido negativo pues para ello basta recordar la naturaleza jurídica de la posesión en efecto si este es un hecho conforme lo hemos sostenido aquí no caben dudas de que la acción de Amparo es absolutamente inviable para tutelar un *factum* cuya protección está reservada exclusivamente a los Remedios ordinarios establecidos en la legislación civil (Gonzales Barrón, 2010, pág. 137).

Es el artículo 896 del Código Civil, que define a la posesión como el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad. Los poderes inherentes o atributos de la propiedad son el uso, el disfrute y la disposición. En consecuencia, será poseedor quien use, quien disfrute o quien disponga. Por lo, que la posesión no es un simple hecho con consecuencias jurídicas (Avendaño Arana, 2011, pág. 3).

1.4.11. Sujetos de la posesión

El poseedor puede ser una persona física o jurídica. Con respecto a esta última refiere a que las personas jurídicas pueden adquirir y poseer toda clase de bienes. Pero el sujeto de la posesión cabe que sea plural, es decir, que más de una persona tenga con *animus domini* una misma cosa o disfruten de un derecho (Diez Picazo, 1995, pág. 117).

1.4.12. Objeto de la posesión

Es claro que tanto las cosas como los derechos son susceptibles de posesión. En realidad, la posesión que consista en el *disfrute de un derecho* no es siempre algo contrapuesto a la posesión de cosas, porque no hay duda de que para que el disfrute se necesita en numerosos casos esta última posesión. Tal posesión de la cosa reflejará el derecho, es decir, los poderes de que de hecho se ejercitan sobre la cosa darán la imagen de aquél (Diez Picazo, 1995, pág. 117).

Los derechos reales de goce y de garantía sean los susceptibles de posesión, con excepción de la hipoteca. Esta excepción se justifica si se tiene en cuenta que este derecho real no supone el desplazamiento de la posesión de la cosa a manos del acreedor hipotecario (Diez Picazo, 1995, pág. 118).

Igualmente son susceptibles de posesión otros derechos que tradicionalmente se consideran como derechos de obligación o relativos, frente a los derechos reales. Ello porque permiten el ejercicio de un poder sobre la cosa. Tales derechos son el de arrendatario, el del comodatario, el del depositario (Diez Picazo, 1995, pág. 118).

1.4.13. Adquisición de la posesión

La posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa o derecho poseído, o por el hecho de quedar estos sujetos a la acción de nuestra voluntad, o por los actos propios y formalidades legales para adquirir tal derecho (Diez Picazo, 1995, pág. 119).

1.4.13.1. La tradición

Es un requisito necesario para adquirir el dominio y derechos reales. Cabe reconocer que la *traditio* o entrega de la cosa supone adquisición de la *accipiens* y puede darse cumpliendo los actos y formalidades legales que no llevan consigo contacto físico con la cosa. Así, el comprador adquiere la posesión por el simple otorgamiento de la escritura pública de venta, o por la conformidad de los contratantes, o por la entrega de los títulos de pertenencia al comprador (Diez Picazo, 1995, pág. 119).

1.4.13.2. Adquisición por ministerio de la ley

Se puede hablar de tal adquisición posesoria en los casos en que es una disposición legal la que inviste a una determinada persona de la condición de poseedor, sin necesidad de aprehensión material o corporal. El acto o formalidad exigido por la ley, puede ser la aceptación hereditaria, por referirnos al supuesto típico (Diez Picazo, 1995, pág. 120).

1.4.13.3. La adquisición judicial de la posesión

Se logra a través de los procedimientos regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil que son el interdicto de adquirir y el expediente de jurisdicción voluntaria de adquisición de la posesión (Diez Picazo, 1995, pág. 120).

El interdicto de adquirir se concede al heredero para que la autoridad judicial le ponga en posesión de los bienes hereditarios, pero no procederá contra el poseedor actual de esos bienes, si posee a *título de dueño o usufructuario* (Diez Picazo, 1995, pág. 120).

Al expediente de *jurisdicción voluntaria de adquisición de la posesión* es una “posesión judicial en los casos en que no procede el interdicto de adquirir” y se establece que para que pueda decretarse la posesión judicial de una finca o fincas que no se hayan adquirido por título hereditario. También judicialmente puede ponerse en posesión de la cosa a la que haya vencido en un pleito que le dé derecho a ella (Diez Picazo, 1995, pág. 120).

1.5. LA TUTELA POSESORIA

1.5.1. Concepto

Los derechos reales son un conjunto de facultades que tutelan la atribución o pertenencia sobre los bienes. Mediante su normativa se establece la esfera jurídica de los sujetos en relación con los bienes, esta atribución se realiza en dos planos o niveles: en un primer nivel el ordenamiento atribuye los bienes en forma provisional, esto es manteniendo el orden de atribución tal como se encuentran en un momento dado, esta es la importante misión delegada a la posesión en sí misma considerada. En el plano provisional nos encontramos ante una fotografía de la situación sin importarnos el momento la razón por la que el poseedor ha llegado a ella, basta simplemente que el sujeto controle un bien con Independencia y no sometido a instrucciones de otro. El poseedor debe contar con la posibilidad de acceder al bien en cualquier momento a través de un acto voluntario y al mismo tiempo debe estar en la capacidad de excluir a los extraños de su control. La posesión cumple la función de atribuir los bienes en forma interina, de tal suerte que el poseedor será tutelado provisionalmente por su sola condición de tal. A estos efectos la posesión no necesita ser caracterizada como manifestación de la propiedad, basta la situación de control independiente es suficiente que el sujeto ostente un poder fáctico sobre el bien para que en su calidad de poseedor merezca protección. En un segundo plano el ordenamiento jurídico asigna los bienes en forma definitiva a través de la propiedad y los demás derechos reales reconocidos por la ley. En este nivel definitivo el poseedor será vencido por el titular del derecho. La contraposición entre ambos planos es clara, la posesión es el ejercicio de hecho sobre un bien mientras la propiedad o cualquier otro derecho real es un poder jurídico reconocido por la ley (Gonzales Barrón, 2010, pág. 138).

La tutela provisional de la posesión no se hace como si está fuese un derecho subjetivo sino como lo que es un *factum*, es decir un hecho cierto y visible el cual es objeto de protección integral en tanto se trata de una situación cierta y comprobable en forma inmediata, en cambio la tutela de cualquier derecho exige acreditar una relación no visible ideal, esto es una titularidad jurídica existente sólo en el mundo de la abstracción de los derechos subjetivos, por ello la protección del derecho sólo opera en un plano definitivo en el que se haya planteado la controversia ante el juez y ante éste se demuestre la existencia del derecho superior a la sola posesión. Un buen sentido exige que antes de consentir en una modificación lo que es posesión, se debe previamente demostrar lo que debe ser un derecho. La posesión no se tutela por ser un derecho, que no lo es; sino porque comprobado el hecho posesorio, no es el poseedor quién debe dar razón de su derecho, sino aquel que manifiesta lo contrario, esto es, quién afirma que la posesión se realiza sin derecho o que tiene un mejor derecho a poseer (Gonzales Barrón, 2010, pág. 139).

Entonces, la tutela posesoria viene a ser todos los mecanismos otorgados por la ley y que son destinados a la protección del poseedor contra los actos que le perturben o quieran desposeerlo de su condición de tal. Esta condición de poseedor no se tutela por ser un derecho, sino un hecho.

1.5.2. Fundamentos de la tutela posesoria

Ihering inicia su obra preguntándose lo siguiente:

“¿Por qué se protege la posesión? ¿Nadie formula tal pregunta para la propiedad? ¿Pues por qué se agita respecto de la posesión? porque la protección dispensada la posesión tiene a primera vista algo de extraño y contradictorio. En efecto la protección de la posesión implica además la protección de los bandidos y ladrones: ahora bien ¿Cómo el derecho que condena un bandidaje y el robo puede reconocer y proteger sus frutos en las personas de sus autores? ¿No es eso aprobar y sostener con una mano lo que con la otra se rechaza y persigue? Cuando una institución exista después de siglos ningún hombre dotado de juicio Imparcial puede sustraerse a la convicción de que debe estar fundada en motivos imperiosos y de hecho la necesidad de la protección posesoria no ha sido nunca puesta seriamente en duda, pero se está muy lejos de haber llegado a un acuerdo unánime respecto de sus motivos.”
(Gonzales Barrón, 2010, pág. 139).

Siguiendo la clásica distinción del mismo y Ihering, las teorías que buscan explicar la tutela posesoria son de dos tipos: relativas, por cuanto la protección dispensada por la ley no tiene su fundamento en la posesión misma, y absolutas en cuanto la posesión es protegida por sí misma (Gonzales Barrón, 2010, pág. 139).

Las teorías relativas más importantes son las siguientes:

- La posesión se tutela con el fin de impedir la violencia, por lo que la perturbación posesoria es un acto ilícito contra el poseedor (Savigny)
- La posesión se tutela como complemento necesario a la protección de la propiedad (Ihering)

Por su parte, las *teorías absolutas* más importantes son las siguientes:

- La posesión es tutelada por ser una voluntad en su encarnación real (Puchta).
- La posesión sirve a la satisfacción de las necesidades humanas por medio del control de los bienes y en consecuencia se tutela la posesión con el fin de conservar el estado de hecho de las cosas (Stahl).
- La posesión no se inventó para ser baluarte de la propiedad, pues fue anterior a ella. La posesión es tutelada para defender los intereses económicos de cuantos disfrutaban de una apropiación reputada suficiente, sin tener para nada en cuenta la propiedad (Saleilles) (Gonzales Barrón, 2010, pág. 140)

En nuestra opinión todas las teorías mencionadas tienen algo de verdad, pero obviamente algunas están más cerca que otras de ese objetivo. En el caso de la teoría de Savigny debe compartirse su perspectiva referida a que el ordenamiento jurídico no puede tolerar actos de violencia aun cuando éstos provengan del titular del derecho o incluso del propietario. Sin embargo, Savigny capta una parte del problema, pero no el todo. Así pues, si la protección posesoria sólo se justificaría por la interdicción de la violencia, entonces bastaría la tutela penal como medio idóneo para reprimir las conductas ilícitas y restituir las cosas al estado anterior de la violación; en tal sentido nos parece que la tutela posesoria se halla comprendida dentro del ámbito general de prohibición de los actos de violencia, pero este fundamento no abarca ni explica en su totalidad el instituto de la posesión (Gonzales Barrón, 2010, pág. 140).

Las teorías absolutas (de Gans, Stahl, Saleilles) cuentan con mejores argumentos para explicar la posesión, sin olvidar que esta es la relación de hecho por excelencia y su relevancia se encuentra precisamente en ello. El poseedor merece protección porque existe un interés del propietario y existe también un interés de la sociedad para que la posesión reciba protección. ¿Cómo se explica esto? se protege al poseedor porque la protección de este incentiva la buena y adecuada custodia sobre el bien. En suma, el poseedor es un gestor, un administrador de hecho que saldrá castigado, indemne o premiado según la honestidad o diligencia con la cual opera. Por otro lado, debe reconocerse que la posesión cumple también una función básica de protección de la paz social respecto del control de los bienes. Con la protección

posesoria se hace efectiva la prohibición de que cada uno se toma la justicia por su propia mano y se impone la necesidad que los ciudadanos acudan a los tribunales para reclamar sus pretensiones sobre los bienes mediante los remedios procesales correspondientes (Gonzales Barrón, 2010, pág. 141).

Entonces podemos decir que el derecho protege al poseedor porque la protección de este permite custodiar el bien, considerando al poseedor como un administrador del bien. De esta manera también se cumple una función básica de protección de la paz social respecto del control de los bienes, ya que, acudiendo a los Tribunales, mediante los mecanismos que señala la ley, se evita de que cada uno tome justicia por su propia mano.

1.5.3. Los elementos de la posesión

1.5.3.1. Descripción del poder de hecho

El elemento más evidente de la posesión es la relación de hechos sobre un bien o como lo llama nuestro código, el “ejercicio de hecho”. Por poder de hecho se entiende usualmente la sujeción del bien a la persona y el correspondiente señorío hacia ese bien. Esta sujeción implica un constituyente material, exteriorizado, al que los romanos llamaban “Corpus”. La descripción del poder de hecho es dificultosa y a menudo la doctrina abusa en formulaciones vagas y tautológicas. Según una extendida y primera definición, el poder de hecho comportaría un señorío físico sobre el bien. Este punto de vista es demasiado restrictivo y por eso se ha comenzado a hablar de un señorío económico sobre el bien, valorado según criterios sociales medios. Indicaciones de este tipo no ayudan mucho, pues transportan el problema del poder de hecho a la noción del señorío físico o económico. (Gonzales Barrón, 2010, pág. 142).

Por poder de hecho viene a ser la sujeción del bien a la persona. Esta sujeción implicaría que exista un material exteriorizado, que vendría a ser el corpus, comportando un señorío físico. Es decir, el poder de hecho implica la existencia de un control sobre el bien.

Antes de Savigny, la posesión estaba ligada fundamentalmente a una manifestación de poder efectivo, por lo que el jurista alemán tuvo el mérito de recordar que la sola posibilidad de entrometerse sin obstáculos sobre el bien debe ser tratada como el ejercicio del poder efectivo. Con Savigny se pasa de la posesión “activa” a la concepción del señorío de hecho como “mera posibilidad” (Gonzales Barrón, 2010, pág. 142). Siguiendo esta línea de análisis, el poder de hecho tiene dos elementos:

- A) La injerencia, por lo menos eventual, del sujeto sobre el bien: es el elemento más visible y domina en el ámbito de los bienes muebles, consumibles, de uso personal etcétera.
- B) La omisión de los terceros: requisitos meramente negativos por el que los terceros se abstienen de toda interferencia; este aspecto domina en el caso de los predios.

Desde el punto de vista de la intensidad, la posesión no puede identificarse con la utilización del bien de acuerdo a su normal destino económico, conforme lo había sostenido erróneamente Ihering. El poder de hecho implica un control sobre el bien, no requiere un control cualificado a través de la explotación del bien. Según su finalidad económica esto produciría múltiples problemas en la práctica a fin de poder determinar si estamos ante un poseedor o no, de acuerdo con el canon de “utilización económica del bien” Por eso basta el mero concepto de “control” por el cual un poseedor que levanta muros sobre un terreno solar, ya se le puede considerar poseedor, aun cuando no aproveche el bien según su destino. Está noción del “control independiente sobre el bien” como nota distintiva de la posesión ya había sido advertida por Saleilles (Gonzales Barrón, 2010, pág. 142).

Es necesario aclarar que, si el poder de hecho se hace derivar del consenso del precedente poseedor, entonces su estructura será análoga al de la fase no-inicial. Por ejemplo, se considera sujeto del poder de hecho al que recibe las llaves de una casa, aunque no haya entrado en contacto físico con el inmueble, pues quién tiene las llaves cuenta con un poder de hecho consistente en la mera posibilidad de la injerencia. El comprador de la casa es poseedor cuando tiene las llaves, mientras un ladrón de las llaves no tiene el poder de hecho sobre el inmueble, salvo que éste se precipite abrir la puerta y penetrar en el inmueble ¿Cuál es la diferencia entre el comprador y el ladrón de las llaves? Muy simple: el consentimiento del anterior poseedor que existe en el primer caso (Gonzales Barrón, 2010, pág. 142).

Por nuestra parte agregamos que el consenso del precedente poseedor materializado en el simbolismo de la entrega de llaves, sin control efectivo sobre el bien, pero con potencialidad de controlarlo, hace que el receptor de las llaves se convierta en poseedor. Por tanto, aquí el consenso permite que la posesión se adquiera mediante la simple potencialidad de control sin necesidad de un acto concreto y material sobre el bien (Gonzales Barrón, 2010, pág. 142).

1.5.3.2. El poder de hecho espiritualizado: la posesión mediata y la inmediata

Es muy común que alguien entregue a otro el poder de hecho sobre un bien con el fin de que este lo use o controle temporalmente en mérito de un vínculo jurídico y luego lo devuelvan. Durante ese ínterin ambas partes mantienen la condición de poseedores. El que recibe el bien es el “poseedor inmediato” o “intermediario posesorio” mientras el que espera la devolución es el “poseedor mediato”. Puede considerarse como intermediarios de la posesión al usufructuario, al acreedor prendario, al arrendatario, al comodatario, al precario, etc. No es intermediario de la posesión en ladrón, ya que en este caso falta conexión o vínculo jurídico entre el afectado y el ladrón: éste no deriva su posición de aquel. La misma situación se presenta entre el que halló un bien perdido en la vía pública: no existe vínculo alguno entre el que perdió el bien y el hallador (Gonzales Barrón, 2010, pág. 144).

Como habrá podido advertirse el elemento clave de la mediación posesoria es la existencia de una relación jurídica en la que haya una pretensión de restitución del bien entregado. Sin embargo, es necesario hacer algunas aclaraciones. En primer lugar, el término relación jurídica no debe entenderse en sentido estricto, por ello se admite la posesión mediata aun cuando el negocio sea ineficaz o incluso inválido, requiriéndose solamente un acuerdo de voluntades reconocible en el ámbito material; es decir, basta un traspaso posesorio consentido y en el cual las partes reconocen que la posesión tiene como causa el consentimiento de uno de ellos subsistiendo una pretensión de entrega amparada en una gestión de negocios sin poder o en el enriquecimiento injusto (Gonzales Barrón, 2010, pág. 144).

El reconocimiento legal de una posesión mediata se basa en la espiritualización del concepto de poder de hecho; pues, aunque existe un fenómeno de mediación entre el poseedor mediato y el bien, esta relación aparece siempre como un poder de hecho actual y no como la expectativa de un poder futuro (Gonzales Barrón, 2010, pág. 144).

En el derecho alemán se discute si los poseedores mediato e inmediato constituyen dos posesiones distintas cada una con sus peculiaridades; o si se trata de una sola posesión, cuyas funciones se dividen entre varios sujetos (Gonzales Barrón, 2010, pág. 144).

En cuanto a nuestro Código Civil, muchos de sus artículos hablan simplemente de la “posesión” o del “poseedor”. La pregunta evidente es si el uso de este término genérico engloba tanto a la posesión mediata como a la inmediata. La cuestión no

puede resolverse en forma simplemente dogmática o mediante argumentos tales como “donde la ley no distingue, tampoco puede hacerlo el intérprete”. En tal sentido, es necesario evaluar los intereses en juego subyacentes en la norma y su eventual aplicabilidad a las hipótesis de posesión espiritualizada. También existen casos dudosos como el de la acción reivindicatoria instalada por el propietario contra el poseedor, quedando en la nebulosa si deba accionarse también contra el poseedor mediato. Por último, hay situaciones en donde está excluida la posesión mediata dentro de la hipótesis de la Norma. Por ejemplo, las normas sobre hallazgo del bien presuponen que la posesión perdida es la inmediata. No obstante, lo expuesto ¿qué ocurre si la duda persiste? En tal caso la posesión mediata deberá equipararse a la inmediata, sin embargo, en las relaciones específicas entre ambas partes predomina el poseedor inmediato sobre el mediato. ¿A qué se debe ello? Simplemente a la tutela más intensa que merece quien detenta el control físico y directo sobre el bien. Un buen ejemplo se da en los casos en que el poseedor mediato lesiona el “factum possessions” del poseedor inmediato a través del despojo o la inquietación. En esa situación, el poseedor mediato no puede justificar sus acciones por el hecho de ser “poseedor” y aun siéndolo deberá responder en la situación anterior (o abstenerse de inquietar al poseedor inmediato) (Gonzales Barrón, 2010, pág. 144).

Resumimos entonces que es poseedor inmediato o también llamado intermediario poseedor a aquella persona que recepciona el bien, mientras el que espera la devolución vendría a ser el poseedor mediato, pudiendo considerarse como intermediario de la posesión al usufructuario, al acreedor prendario, al arrendatario, al comodatario, al precario, etc. Recalcar que el elemento clave de la mediación posesoria es la existencia de una relación jurídica en la que haya una pretensión de restituir el bien entregado.

1.5.4. Clasificaciones de la posesión

1.5.4.1. Posesión legítima e ilegítima

La posesión legítima no merece mayores comentarios por ser aquella fundada en un derecho (o en un título, como dice ambiguamente el código, pues en realidad no basta el título, ya que este, además, debe ser válido, eficaz y otorgado por el titular del derecho). Este tipo de posesión no viene a ser más que el ejercicio fáctico de un derecho subjetivo preexistente; y, por tanto, los alcances y limitaciones de la posesión legítima son exactamente los mismos que los del derecho subyacente al estado posesorio. En consecuencia, el poseedor legítimo “como arrendatario” o el poseedor legítimo “como propietario” tienen los derechos y obligaciones propias de la relación obligacional arrendaticia o los de la propiedad. En estos casos se esfuma

cualquier distinción entre el estado posesorio y el derecho, de tal suerte que simplemente se habla del “arrendatario” o del “propietario” en cuyos derechos subjetivos está contenido el control fáctico sobre la cosa. Esta es la posición unánime en la doctrina: *“la clasificación de la posesión como legítima, carece de consecuencias prácticas como lo señalan todos los autores, porque las que resultan respecto de la posesión legítima serán las que corresponden al derecho real de que se trate”* (Gonzales Barrón, 2010, pág. 164).

Con buen criterio, nuestro código no hace mención expresa a la posesión legítima, sino a su contraria: la posesión ilegítima. El legislador no menciona la razón de su elección, pero ello indudablemente se debe a la poca relevancia de la categoría, conforme los fundamentos expuestos en el párrafo anterior. En la posesión legítima, además, no cabe hacer distinciones respecto a la buena fe o mala fe del poseedor. Así pues, resulta evidente que el titular de un derecho subjetivo *cuenta con un poder reconocido por el ordenamiento jurídico* siendo completamente irrelevante cualquier dato subjetivo referido a si el poseedor “cree o no” en su legitimidad (Gonzales Barrón, 2010, pág. 164).

La posesión ilegítima es aquella que tiene sin título, por título nulo o cuando fue otorgada por un sujeto que no tenía derecho sobre el bien o no lo tenía para transmitirlo. En el caso de invalidez del título debe diferenciarse el régimen aplicable a la nulidad con respecto al de la anulabilidad. En el primer caso, el acto jurídico no produce efecto alguno y la nulidad es meramente declarativa. Por tanto, si el título es nulo, el poseedor será ilegítimo. En cambio, como la anulabilidad produce efectos provisionales, los cuales pueden consolidarse con el transcurso del tiempo (prescripción extintiva de la pretensión anulatoria) o por confirmación, entonces el poseedor será considerado para todo efecto legítimo, salvo que se declare judicialmente la nulidad, en cuyo caso sí devendrá en ilegítimo. En consecuencia, será considerado poseedor ilegítimo:

- El que cuente con la posesión sin tener derecho subyacente (el simple poseedor “sin título”, por ejemplo: el usurpador).
- El que cuente con la posesión cuando el derecho subyacente se basa en un título nulo o ineficaz. En este último supuesto se incluye el caso del transmitente que no tiene derecho para transmitir (título ineficaz) (Gonzales Barrón, 2010, pág. 164).

Entonces decimos que la posesión legítima viene a ser aquella que se encuentra fundada en un derecho. Este tipo de posesión no viene a ser otra cosa que el ejercicio que se basa en los hechos de un derecho subjetivo preexistente; mientras

que la posesión ilegítima es aquella posesión que se tiene sin título, por título nulo o cuando fue otorgada por un sujeto que no tenía ningún derecho sobre el bien ni tampoco lo tenía para transmitirlo.

1.6. SERVIDUMBRE

1.6.1. Definición

Se ha tenido en cuenta la definición dada por el jurista Nerio Gonzales Linares, quien considera a la servidumbre como *“el derecho real que recae sobre bienes inmuebles de naturaleza rural o urbana de propiedad ajena, creando derechos y obligaciones entre el propietario del predio dominante y el propietario del predio sirviente, los cuales restringen o limitan el derecho de propiedad del dueño del predio sirviente en beneficio del propietario del predio dominante”*. A diferencia de otras definiciones dadas por especialistas en el Derecho, al parecer, esta es una definición acertada porque se pone de manifiesto la naturaleza jurídica del predio sobre la que recae la servidumbre (Basilio Santos, 2017, pág. 243).

1.6.2. Sujetos que intervienen en la constitución de la servidumbre

Hay que destacar que, con relación a este tema, la doctrina no ha sido uniforme porque se han utilizado varias nominaciones a los intervinientes en la constitución de la servidumbre. Sin embargo, para Nerio Gonzales Linares, los sujetos que participan en la constitución de la servidumbre son:

- El propietario del predio dominante (quien se beneficia con la servidumbre).
- El propietario del predio sirviente (el que sufre la carga de la servidumbre) (Basilio Santos, 2017, pág. 244).

1.6.3. Fuentes de la constitución de la servidumbre

Las constituciones de las servidumbres se pueden dar por dos fuentes: por mandato de la voluntad de las partes o por mandato de la ley. Además, en el artículo 1040 del Código Civil se establece que las servidumbres aparentes pueden adquirirse por prescripción, mientras que en el artículo 1041 se ha previsto que el usufructuario de un predio puede constituir en servidumbre al predio. En razón a esto, es necesario identificar cuáles son los actos voluntarios que constituyen a las servidumbres:

- Por actos inter vivos: en este caso, el propietario del bien dominante y propietario del predio sirviente, mediante acto contractual (ya sea a título oneroso o a título gratuito), deciden constituir la servidumbre.
- Por actos mortis causa: se da cuando el testador, mediante acto testamentario, instituye un legado, es decir, constituye una servidumbre en favor de otra

persona, pero que la titularidad y administración del predio sirviente estará a cargo de la persona designada por el testador. Esta constitución de servidumbre surtirá su efecto cuando se haya muerto el testado y tal situación se tendrá que acreditar con la partida de defunción.

- Por prescripción adquisitiva: se da cuando solo las servidumbres aparentes pueden adquirirse por prescripción, mediante la posesión continua durante cinco años con justo título y buena fe o durante diez años sin estos requisitos. ¿Cuándo estamos ante servidumbres aparentes? Para Nerio Gonzales Linares “las servidumbres aparentes consisten en aquellas que se muestran o se exteriorizan mediante signos materiales y visibles, sin duda, señalan la existencia real de la servidumbre, pero toda esta exteriorización objetiva debe tener duración permanente, por ejemplo, un camino trazado para uso peatonal, una acequia de riego a tajo abierto, etc. Las aparentes son las que se muestran o se anuncian por signos, obras exteriores o visibles que ofrecen su aprovechamiento o utilidad” (Basilio Santos, 2017, pág. 244).
- Por el usufructuario: como se ha dicho, nuestra legislación permite que un usufructuario de bien ajeno constituya servidumbre a favor de un propietario de predio dominante por menor o igual plazo al del usufructo, pero para su validez no solo debe estar al conocimiento del propietario del predio sirviente, sino que además este debe prestar su consentimiento. Si el predio usufructuado llegara a ser dominante, en la relación jurídica de la servidumbre, considero que no habría necesidad de poner en conocimiento del propietario, por cuanto no habría afectación sino más bien un beneficio (Basilio Santos, 2017, pág. 245).

1.7. INTERDICTOS

1.7.1. Análisis preliminar

En el artículo 921 del Código Civil establece que todo poseedor de muebles inscritos y de inmuebles puede utilizar las acciones posesorias y los interdictos. Para ello es necesario entender que las acciones posesorias son procesos judiciales en los cuales se protege el derecho a la posesión; a diferencia de los interdictos, en el cual se busca tutelar la posesión en sí misma. De igual manera los trámites judiciales de ambos procesos son distintos; la acción posesoria se tramita en el proceso de conocimiento, los interdictos en el proceso sumarísimo (Avendaño Arana, 2011, pág. 1).

La tutela de la posesión no se realiza porque este sea un derecho, sino simplemente como un factum: hecho cierto y visible, el cuál es su objeto de una protección interina en tanto se trata de un hecho cierto y comprobable en forma inmediata. En cambio, la tutela del derecho exige acreditar una relación no visible (ideal), esto es, una

“*titularidad jurídica*” existente sólo en el mundo de la abstracción de los derechos subjetivos y por ellos sólo ópera en un plano definitivo, previa controversia plenaria ante el juez. En consecuencia, el buen sentido exige que antes de consentir en una modificación de lo que “es” (posesión), se debe previamente demostrar lo que “*debe ser*” (el derecho). La posesión no se tutela por ser un derecho, que no lo es, sino porque comprobado el hecho posesorio, no es el poseedor quién te va a dar la razón de su derecho, sino aquel que manifiesta lo contrario (Gonzales Barrón, 2010, pág. 208).

Nuestro Código Civil en el artículo 920, organiza la defensa posesoria en un sistema doble: la defensa privada o extrajudicial, por la que el poseedor está facultado para repeler la fuerza que se emplee contra él y recobrar directamente el bien si fuese desposeído; y en su artículo 921, nos establece sobre la defensa judicial, a través de las acciones posesorias y los interdictos. Por lo que debe de entenderse que los interdictos son procesos judiciales cuyo objeto es proteger la posesión en sí misma, evitando perturbaciones y despojos injustificados; estos interdictos persiguen como importancia mantener la paz social (Avendaño Arana, 2011, pág. 1).

La defensa del estado posesorio exige que las cuestiones posesorias sean nítidamente separadas de las cuestiones petitorias y que se impida la mezcla o acumulación de unas y otras. Las lesiones a la posesión, sea el despojo o la perturbación, son objeto de remedios exclusivamente posesorios, los que se llaman “interdictos”, desde el derecho romano. Su única pretensión es resguardar el estado posesorio actual, sin pronunciamiento sobre cuestiones petitorias (Gonzales Barrón, 2010, pág. 208).

La tutela interdictal de la posesión es por naturaleza *interina o provisional* e incluso en el derecho romano no era propiamente una acción judicial, sino un medio de protección administrativo o de policía, en virtud del cual el magistrado se limitaba a decretar que se hiciera o no se hiciera alguna cosa (Gonzales Barrón, 2010, pág. 208).

En el derecho moderno, los interdictos se ventilan ante la autoridad judicial, pero la controversia se centra exclusivamente en la posesión del demandante y en la lesión a la posesión producida por acto del demandado. No es materia del conflicto los derechos subjetivos ni los títulos de propiedad, ya que a través de los interdictos se protege única y exclusivamente el statu quo posesorio, por lo cual la cognición del proceso es sumaria y su trámite simplificado (Gonzales Barrón, 2010, pág. 208).

Hay que tener en cuenta que toda persona, la cual sea perturbado o despojado su posesión puede utilizar los interdictos con el objeto de que cese la perturbación o de recobrar la posesión. En estos interdictos no se discute la legitimidad de la posesión; siendo suficiente que el poseedor, legítimo o ilegítimo, de buena o mala fe, sea perturbado o despojado para que proceda su defensa posesoria (Avendaño Arana, 2011, pág. 2).

En cualquier caso, los interdictos tutelan una situación provisional o interina respecto a la atribución de los bienes en una comunidad. Esta situación ha dado lugar a que la moderna doctrina del derecho procesal plantea la hipótesis de que los interdictos vienen a ser en realidad procesos cuya finalidad es lograr a favor del poseedor una tutela similar a la propia del proceso cautelar, la cual dura hasta que en un proceso plenario se diluciden los derechos subjetivos de las partes enfrentadas. (Gonzales Barrón, 2010, pág. 209).

La razón de los interdictos posesorios y en general de todos los procesos de cognición sumaria, se encuentra en la valoración del legislador respecto a determinadas materias (ejemplo: la posesoria) cuya tutela eficaz a los fines de una determinada necesidad social, hace conveniente limitar el contenido de la controversia a un aspecto concreto del litigio existente entre las partes, acudiendo así a la denominada “tutela judicial provisional” (Gonzales Barrón, 2010, pág. 210).

A través de los interdictos de retener y recobrar la posesión se atiende al mantenimiento de la situación posesoria frente a la *perturbación* que procede de un tercero y a la *restauración* de la situación que se encontraba el poseedor víctima de un despojo. La perturbación está constituida por *actos que manifiestan la intención de inquietar o despojarle al poseedor* (Diez Picazo, 1995, pág. 128).

El Código de Procedimientos Civiles contemplaba cinco interdictos: 1) interdicto de adquirir, 2) interdicto de retener, 3) interdicto de recobrar, 4) interdicto de obra nueva; y 5) interdicto de obra ruinosa. El interdicto de adquirir tiene por objeto entrar a poseer un bien, para lo cual el demandante debía acreditar su derecho a la posesión; en el interdicto de retener procede cuando el poseedor es perturbado en su posesión; el interdicto de recobrar procede cuando el poseedor era despojado de su posesión, siempre que no hubiera mediado proceso previo, su finalidad era que el demandado repusiera al demandante en la posesión del bien; en el interdicto de obra nueva tiene por objeto impedir la continuación de una obra o conseguir la demolición de lo ya edificado en cuanto daña la posesión del demandante; y finalmente el interdicto de obra ruinosa tiene por finalidad obtener la demolición total o parcial de una

construcción que amenaza ruina, o la adopción de las medidas de seguridad necesarias por el mal estado de un edificio, canal, camino. Por otro lado, el Código Procesal Civil sólo regula los interdictos de recobrar y de retener, el interdicto de adquirir ha sido eliminado, por su lado, los interdictos de obra nueva y obra ruinosa, constituían en rigor perturbaciones a la posesión. Por ello, el Código Procesal Civil las califica acertadamente como perturbaciones para efectos del interdicto de retener (Avendaño Arana, 2011, pág. 2).

Cuando se lesiona la posesión, y sea por el despojo o la perturbación, se acude a los interdictos, éstos se encargan de resguardar el estado posesorio actual. Los interdictos vienen a ser procesos cuya finalidad es lograr una tutela similar a la propia del proceso cautelar para el poseedor.

1.7.2. Legitimación activa

Está legitimado activamente todo poseedor, aunque sea clandestino o violento, y ello tanto frente a terceros como frente al poseedor que sufrió la violencia o clandestinidad, si en lugar de acudir a los medios judiciales para la protección de su situación posesoria emplea las vías de hecho. El que su posesión no haya durado un año no es impedimento. Ciertamente que el antiguo poseedor no pierde entre tanto su posesión, pero ello sólo quiere decir que conserva la tutela posesoria, no que no haya nueva posición hasta que transcurra el plazo (Diez Picazo, 1995, pág. 129).

También está legitimado el heredero que sucede *mortis causa* en la posesión de su causante, contra la perturbación o despojo que puede sufrir antes de que tenga en su poder efectivo los bienes hereditarios (Diez Picazo, 1995, pág. 130).

1.7.3. Bienes objeto de la tutela interdictal

La tutela judicial de la posición no abarca a todo tipo de bienes y se limita a los bienes inmuebles y a los bienes muebles e inscritos. Siendo que la posición sólo recae sobre objetos corporales (cosas), pues se trata de un señorío de hecho que implica injerencia y exclusividad. Dentro de los bienes inmuebles se hayan incluidos principalmente los predios, buques, aeronaves y ferrocarriles, mientras que entre los bienes muebles inscritos tenemos sólo los vehículos automotores (Gonzales Barrón, 2010, pág. 211).

Los interdictos pueden ser utilizados por los poseedores de muebles inscritos o de inmuebles que son perturbados o despojados de su posesión. Esta defensa posesoria debe ejercitarse dentro del año de producido el despojo o la perturbación (Avendaño Arana, 2011, pág. 3).

A diferencia de lo que ocurre con los derechos reales, en donde la titularidad recae sobre todo el bien y no sobre partes aisladas, en la posesión el poder de hecho se puede manifestar sobre todo el bien o sobre una parte de este, siempre que sea inmueble o mueble inscrito. Puede decirse que poseyendo el todo se poseen también las partes, pero la falta de la posesión del todo no impide la posesión de una parte que se conserve bajo el señorío del sujeto (Gonzales Barrón, 2010, pág. 212).

La posibilidad de una posesión independiente de la parte integrante, sin que este deje de serlo, depende de aquello en que consista el hecho posesorio. El ejemplo clásico es el de una pared utilizada para fines publicitarios. La pared es parte integrante del edificio y éste a su vez lo es del suelo. Si el uso de la pared consiste sólo en la colocación de anuncios, no deja por ello de ser parte integrante y puede ser poseída de manera distinta a como la posee el poseedor del edificio (Gonzales Barrón, 2010, pág. 212).

Con respecto a las universalidades de bienes, el derecho consuetudinario francés admitió la posibilidad de utilizar los remedios posesorios para toda la universalidad. En la actualidad este criterio no se mantiene, pues es valor entendido que el conjunto de bienes, aun cuando respondan a una finalidad común, no tiene “unicidad”, por lo que cada uno de ellos deberá ser tutelado en forma independiente. Por ejemplo, un empresario podrá defender la posesión que ostenta en virtud de un interdicto, pero las materias primas y existencias no podrán seguir la suerte del principal, por lo que éstas no podrán ser tuteladas a través del interdicto. Por último, con relación a los bienes estatales, nuestro Código Civil omite toda regulación sobre la posibilidad de aplicar la tutela interdictal a los bienes demaniales o de dominio público (Gonzales Barrón, 2010, pág. 213).

En los bienes de uso público no existe propiedad privada ni tampoco uso exclusivo, por lo que la posesión se halla vedada en ellos, ni siquiera en las relaciones entre particulares. En suma, en los bienes de uso público no hay posesión ni tutela posesoria entre particulares, y menos aún son susceptibles de usucapión. Además, la administración puede llevar a cabo la desocupación en cualquier momento. Aquí el contacto físico con la cosa queda degradado a una relación de manera mera “tenencia” sin ningún remedio o instrumento de protección (Gonzales Barrón, 2010, pág. 215).

Entonces, en cuanto a los bienes inmuebles que son objeto de tutela interdictal se hayan los predios, buques, aeronaves y ferrocarriles, mientras que entre los bienes

muebles inscritos se considera sólo a los vehículos automotores. También podemos decir que para la posesión el poder de hecho se podría manifestar ya sea sobre todo el bien o sobre una parte del bien, siempre y cuando sea inmueble o mueble inscrito. Nuestro Código Civil no regula la posibilidad de aplicar la tutela interdictal a los bienes de dominio público. En los bienes de uso público no existe propiedad privada ni tampoco uso exclusivo, por lo que, en ese caso, la posesión se halla prohibida, no cubriendo siquiera en las relaciones entre particulares.

1.7.4. El interdicto de retener

El artículo 598 del Código Procesal Civil establece que todo poseedor puede recurrir ante el juez cuando haya sido perturbado de su posesión. En la doctrina también se habla de inquietación, turbación o molestia de la posesión. De conformidad con el artículo 606 del Código Procesal Civil, la perturbación debe consistir en actos materiales o de otra naturaleza como la ejecución de obras o las construcciones en estado ruinoso. Estos dos últimos tipos de perturbación también pueden tipificarse como actos materiales y por ello no se entiende la distinción realizada por el legislador respecto a los “*actos materiales*” y los “*actos de otra naturaleza*” (Gonzales Barrón, 2010, pág. 227).

El interdicto para retener la posesión, protege al poseedor cuyo señorío es amenazado por un tercero. La fórmula de este interdicto manifiesta que no se protegerá al que posea con violencia, clandestinamente, o en precario (García Luque, 2010, pág. 480).

La perturbación es cualquier limitación, modificación o turbación de la esfera del poseedor ajeno; es la molestia en la actividad de goce del poseedor o el cambio de las situaciones de hecho que impide ejercer la posesión como se venía realizando antes, o que la hace más incómoda, difícil, gravosa o restrictiva respecto al modo de ejercicio anterior (Gonzales Barrón, 2010, pág. 228).

Por otro lado, así como no hay despojo cuando existe una voluntad conforme del poseedor, tampoco existe molestia o perturbación cuando el poseedor ha prestado su consentimiento expreso o mediante actos concluyentes. Esta proposición se basa simplemente por principio general, la calificación de un hecho como lesivo viene regularmente excluida si el hecho es voluntariamente permitido por el pretendido afectado. Esta necesidad de que la perturbación posesoria se realice contra la voluntad del poseedor, sirve para recordarnos la eficacia eximente del consenso con respecto a la lesión (Gonzales Barrón, 2010, pág. 229).

La perturbación de la posesión, por su naturaleza, no puede ser pasajera o eventual, por tal razón, el remedio interdictal sólo procede cuando son de temer fundamentalmente ulteriores perturbaciones. En tal sentido, no se acuerda la acción interdictal si no existe la probabilidad de que la injerencia se reitere (Gonzales Barrón, 2010, pág. 229).

Entonces, nuestra legislación establece que todo poseedor, cuando haya sido perturbado de su posesión (entiéndase limitado, modificado o turbado, o bien se puede entender como la existencia de molestia en la actividad de goce del poseedor), puede acudir ante el juez y plantear un remedio interdictal. La excepción se da cuando el poseedor ha prestado su consentimiento expreso o mediante actos concluyentes.

1.7.4.1. Ampliación del concepto de perturbación

El artículo 606 del Código Procesal Civil no deja lugar para la duda: “La perturbación puede consistir en actos materiales o de otra naturaleza como la ejecución de obras o la existencia de construcciones en estado ruinoso. Si así fuera, la pretensión consistirá en la suspensión de la continuación de la obra o la destrucción de lo edificado, aunque se pueda acumular ambas pretensiones. En todos los casos, la pretensión consistirá en el cese de estos actos”.

El concepto “obra” es lato y se entiende entre ellas a las construcciones, excavaciones y demoliciones. La obra nueva debe comportar el razonable temor de un daño. Si la obra está concluida, no tiene sentido la petición de providencia urgente en el caso de que se hubiese pretendido paralizarla (Gonzales Barrón, 2010, pág. 230).

Respecto al daño temido (obra ruinoso), ésta da lugar al remedio interdictal cuando el daño sea ilícito, lo cual también se aplica en el daño que amenaza una obra nueva. La amenaza de peligro debe provenir de un bien perteneciente al demandado e interesar a un bien del actor (Gonzales Barrón, 2010, pág. 231).

La perturbación es una conducta que lesiona la posesión, esta persona que sufre la perturbación es el poseedor y no el bien; pero hay que tener en cuenta que no toda conducta que afecta la posesión puede ser cuestionada a través del interdicto. Para que la posesión sea tutelada, la perturbación debe tener las siguientes características:

A) *Debe ser de hecho y no de derecho*, estas perturbaciones de hecho consisten en actos materiales realizados contra la posesión, por ejemplo: El corte del

fluido eléctrico de un inmueble, la instalación de trancas en la vía pública que dificulten el ingreso a una propiedad; mientras que los actos de derecho como la interposición de una demanda, las notificaciones judiciales y en general todo acto jurídico que niegue o contradiga el derecho de posesión, no constituye perturbación.

- B) *El acto perturbatorio debe realizarse contra la voluntad del poseedor*, Si el poseedor consiente con la instalación de trancas en la vía pública, por ejemplo, las molestias que le causen el acceso a su propiedad no constituyen perturbaciones.
- C) *Las lesiones de hecho legítimas a la posesión no son perturbaciones*, por ejemplo, el caso de una discoteca que tiene licencia de funcionamiento y está autorizada a poner música hasta altas horas de la noche, en este caso los vecinos no podrían interponer interdictos de retener para que cesara la música.
- D) *Las amenazas no constituyen perturbaciones* (Avendaño Arana, 2011, pág. 5).

1.7.4.2. Características y legitimación

El poseedor perturbado o inquietado puede acudir al remedio procesal del interdicto de retener. La tutela interdictal de la posesión es por naturaleza interina o provisional pues la controversia se centra exclusivamente en la posesión del demandante y en la lesión a la posesión producida por acto del demandado. No es materia del conflicto, los derechos subjetivos ni los títulos de propiedad, ya que a través de los interdictos se protege única y exclusivamente el “statu quo” posesorio, por lo cual la cognición del proceso es sumaria y su trámite simplificado (Gonzales Barrón, 2010, pág. 231).

En cualquier caso, los interdictos tutelan una situación provisional o interina respecto a la atribución de los bienes en una comunidad. Esta característica de provisionalidad implica que los derechos subjetivos subyacentes al estado posesorio no se discuten ahora, pero eventualmente podrán ser objeto de una acción plenaria posterior. La razón de los interdictos posesorios y en general de todos los procesos de cognición sumaria, se encuentra en la valoración del legislador respecto a determinadas materias, cuya tutela eficaz a los fines de una determinada necesidad social, hace conveniente limitar el contenido de la controversia a un aspecto concreto de litigio existente entre las partes, acudiendo así a la denominada “tutela judicial provisional”. Terminando el proceso sumario, las partes pueden, si lo estiman conveniente, acudir a un proceso plenario para contender sobre la totalidad del conflicto que los enfrenta (Gonzales Barrón, 2010, pág. 232).

Tiene *legitimación activa* para demandar, todo aquel que se considere perturbado de la posesión. Excluyéndose, obviamente, los servidores de la posesión, los detentadores esporádicos o tolerados y los detentadores de los bienes de dominio público frente al Estado. Los dos primeros no son poseedores, mientras el último sí lo es en relación con particulares, pero no ante el Estado (Gonzales Barrón, 2010, pág. 232).

Sin embargo, el Código guarda silencio respecto a quién es el *legitimado pasivo*, esto es, quién puede ser el demandado. No caben dudas de que el legitimado pasivo lo será siempre el perturbador de la posesión o de quien sea de temerlas perturbaciones futuras (Gonzales Barrón, 2010, pág. 232).

Podemos manifestar que aquella persona que se considere perturbada de su posesión, puede hacer uso del remedio procesal del interdicto de retener, centrándose en la posesión del perturbador de la posesión.

1.7.4.3. Procedimiento

Este remedio procesal se tramita en la vía sumarísima y la orden de cesar los actos perturbatorios solo llegará cuando la demanda sea declarada fundada (Gonzales Barrón, 2010, pág. 232).

1.7.4.4. Sentencia fundada o estimatorio

La sentencia estimatoria del interdicto de retener tiene por objeto ordenar el cese de los actos perturbatorios. Aquí el actor pide la cesación, para el futuro, de la injerencia del demandado. Pero si las molestias han dejado obras lesivas, no cabe duda de que el juez podrá disponer también, el restablecimiento de la situación anterior mediante una acción positiva de destrucción de lo hecho (Gonzales Barrón, 2010, pág. 233).

1.7.4.5. Prescripción extintiva

De conformidad con el artículo 601 del Código Procesal Civil, la pretensión interdictal prescribe al año de producido el hecho que fundamenta la demanda, esto es al año de producida la molestia o perturbación (Gonzales Barrón, 2010, pág. 226).

El plazo es de un año a contar desde la demanda. El juez debe examinar si la demanda se presenta antes de este plazo y debe hacerlo de oficio. Entonces entendemos que el plazo es perentorio (Diez Picazo, 1995, pág. 133).

La norma procesal ha establecido que el breve plazo de ejercicio del remedio interdictal, sea uno de prescripción extintiva, y no de caducidad como lo reclama la doctrina más autorizada. La solución de nuestro ordenamiento jurídico implica que el juez no puede rechazar de oficio la demanda, aun cuando de esta se advierta con claridad que la perturbación aconteció hace más de un año, por lo cual el demandado tiene la carga de instar la correspondiente excepción procesal; en cambio, en la caducidad el juez de oficio debe rechazar la demanda. Por otro lado, la prescripción extintiva puede ser objeto de suspensión o interrupción en el cómputo de plazo, mientras que en la caducidad el transcurso del plazo es fatal, sin interrupciones o suspensiones, salvo alguna hipótesis excepcional (Gonzales Barrón, 2010, pág. 226).

Lo que nos señala nuestro Código Procesal Civil, es que la pretensión para plantear un interdicto prescribe al año de producido el despojo. En este caso, el juez tiene la obligación de admitir la demanda así se advierta que el plazo ha transcurrido. Aquí, es el demandado quien tiene que plantear la excepción procesal.

1.7.5. Efectos de la sentencia

La sentencia que resuelve el juicio interdictal produce los siguientes efectos:

- A) Si se ha ejercitado el interdicto de retener, en la sentencia que declara haber lugar a él por haber sido inquietado o perturbado el demandante en la posesión o tenencia o por tener fundados motivos que lo será, se ordenará mantenerle en la posesión y requerirá al perturbador para que lo sucesivo se abstenga de cometer tales actos u otros que manifiesten el mismo propósito, bajo apercibimiento que corresponda.
- B) Si se ha ejercitado el interdicto de recobrar, en la sentencia que declara haber lugar al mismo por haber sido despojado el demandante, se acordará que inmediatamente se le reponga en la posesión o tenencia de la cosa y se le condenará al despojante al pago de costas, daños y perjuicios y devolución de los frutos que hubiere percibido.
- C) Tanto en uno y otro caso la sentencia contendrá la fórmula de *sin perjuicio de tercero* y se reservará a las partes el derecho que puedan tener sobre la propiedad o sobre la posesión definitiva, el que podrán utilizar en el juicio correspondiente.

CAPÍTULO 2. ANÁLISIS DE LOS MOMENTOS ESTELARES DEL PROCESO

CUADRO N° 01: FICHA DE PRESENTACIÓN DEL PROCESO DE INTERDICTO	
Expediente N°	2009-01166-0-0601-JR-CI-2
Juzgado	Juzgado Especializado en lo Civil
Demandante	Tarcila Daria, Espino Muñoz
Demandado	Rosa De La Torre Grosó Lucio Gonzalo, Quiroz Caballero
Fecha de ingreso	10/08/2009
Proceso	Sumarísimo
Materia	Interdicto
Sentencia N°	121-2010
Sentencia N°	220-2012-SEC

2.1. DEMANDA DE INTERDICTO DE RETENER

2.1.1. Petitorio

La señora Tarcila Daria Espino Muñoz, con fecha 10 de agosto del 2009 presenta escrito de Demanda sobre Interdicto de Retener en contra del señor Lucio Gonzalo Quiroz Caballero y la señora Gladis del Pilar Grosó de la Torre de Quiroz, para que dichos codemandados se abstengan de perturbar la posesión que ejerce la demandante sobre su propiedad inmueble (casa ubicada en Jirón Eten N° 297).

La abstención de la perturbación consiste específicamente en: 1) que se abstenga de perturbar la posesión respecto del inmueble ubicado en el Jr. Eten N° 297, reconstruyendo pared medianera que separa ambas propiedades originarias. 2) que se clausure una ventana que se ha abierto en el otro sector de la pared originaria, 3) que se cancele una suma de S/. 35 000.00 N/S por indemnización por daños causados a la propiedad, así como daño moral e intereses legales a la liquidación de la sentencia.

2.1.2. Fundamentos de hecho de la demanda

- Que es propietaria y poseedora del inmueble ubicado en Jirón Eten N° 297, propiedad que por el lado derecho tiene como pared perimétrica la pared medianera que separa las propiedades de las partes procesales y que fue demolida por los demandados.

- Que efectuada la demolición de la pared medianera ha perturbado su posesión, toda vez que la habitación del segundo nivel estaba conformada con la pared medianera, quedando la habitación inutilizable y quedando en riesgo de colapso total de la misma.
- También sostiene que producto de perturbación sufrida, se han ocasionado daños morales tanto a su persona como a los familiares directos que ocupaban dicha habitación.
- Que es propietaria y poseedora del inmueble ubicado en Jirón Eten N° 297, propiedad que por el lado derecho tiene como pared perimétrica la pared medianera que separa las propiedades de las partes procesales y que fue demolida por los demandados.
- Que efectuada la demolición de la pared medianera ha perturbado su posesión, toda vez que la habitación del segundo nivel estaba conformada con la pared medianera, quedando la habitación inutilizable y quedando en riesgo de colapso total de la misma.
- También sostiene que producto de perturbación sufrida, se han ocasionado daños morales tanto a su persona como a los familiares directos que ocupaban dicha habitación.

2.1.3. Medios probatorios

- Escritura pública de fecha 03 de enero de 1973, que acredita mi derecho de propiedad y posesión directa que ejerzo sobre el inmueble sito en el Jr. Eten N° 297 en esta ciudad, asimismo especifica las medidas perimétricas, extensión y linderos de propiedad.
- Escrituras públicas de fecha 16 de enero de 1942 y 01 de febrero de 1943 respectivamente en las cuales se muestra el tracto sucesivo de la propiedad, así como la condición de medianera que tiene la pared en conflicto.
- Denuncia policial N° 1135 en la cual se constata el predio de mi propiedad, se verifica la perturbación a mi posesión y daños producto de la demolición.
- Informe N° 067-2009-STDC-MPC emitido por el Mayor CBP Rafael Cárdenas Cárdenas, Asistente Técnico Sub Gerencia de Defensa Civil de la Municipalidad Provincial de Cajamarca de fecha 03 de agosto del 2009 en el cual concluye que, producto de los trabajos de demolición de la pared medianera colindante con la propiedad del vecino ha causado daño a la estructura de mi propiedad y que constituye riesgo de su colapso poniendo en riesgo incluso la integridad física de mi persona y de mis familiares, lo cual demuestra perturbación a mi posesión y los daños causados.
- Oficio N° 384-2009-GSC- SGDC-MPC de fecha 03 de agosto del 2009, emitida por el General CBP Jaime Luis Cárdenas Bustios Sub Gerente de Defensa Civil de la

Municipalidad Provincial de Cajamarca en el cual me hace conocer el informe antes descrito y ratifica la perturbación a mi posesión y daños causados en mi propiedad.

- El informe Pericial que en su oportunidad emitirán Peritos Ingenieros Civiles adscritos al Registro de Peritos Judiciales de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, lo cual ratificará los actos de perturbación y el valor del daño causado.

Dicho petitorio fue admitido mediante Resolución N° 01 de fecha 17 de agosto del 2009 en vía de proceso sumarísimo, otorgando el plazo de 05 días para su respectiva contestación.

2.2. CONTESTACIÓN DE DEMANDA DE LUCIO GONZALO QUIROZ CABALLERO

Lucio Gonzalo Quiroz Caballero, integrante de la parte demandada el día veintisiete de agosto del 2009 presenta escrito de contradicción de demanda obrante en fojas de 54 a 60 en el cual se apersona, propone excepciones de Falta de Legitimidad para Obrar de la demandante y de Oscuridad y Ambigüedad en la Forma de Proponer la demanda, y contradice la demanda en todos sus extremos solicitando que en su oportunidad se declare infundada.

2.2.1. Fundamentos de hecho de la Excepción de Falta de Legitimidad para Obrar de la Actora

Para interponer pretensiones interdictales, es requisito de admisibilidad y procedibilidad tener la posesión inmediata del bien que se encuentra perturbado, situación que no ocurre debido a que según el anexo 1-D de la demanda, consistente en denuncia policial, la denunciante poseionaria inmediata del bien perturbado no es la actual demandante, sino persona distinta, la cual es Olga Margarita Murrugarra Muñoz, por lo que la excepción debe ser fundada.

2.2.2. Fundamentos de hecho de la Excepción de Oscuridad y Ambigüedad en la Forma de Proponer la Demanda

Las pretensiones demandadas carecen de sentido lógico, puesto que solicita la reconstrucción de la pared medianera que fue demolida y al mismo tiempo se solicita la clausura de una ventana existente en la misma pared, por lo que no es posible la existencia de esa ventana en una pared que ha sido demolida, por lo que al no especificar el nivel ni el tramo de la pared que fue demolida ni de la ubicación de la ventana, evidencia la oscuridad y ambigüedad en la forma de proponer la demanda.

2.2.3. Fundamentos de la Contradicción de la Demanda

- La reconstrucción de una pared medianera y la clausura de una ventana en ella, no son materia de las acciones interdictales y en particular del interdicto de retener, por lo que estos extremos deben declararse improcedentes o infundados.
- Es falso que la pared que separa la copropiedad del recurrente con la de la actora sea medianera, sino por el contrario, es copropiedad exclusiva del recurrente y sus dos hermanos, habiendo sido adquirido originariamente como solar por la abuela del demandado, Juana Rojas Castañeda, quien otorga testamento por Escritura Pública el 11 de diciembre de 1947, haciendo constar que sobre el solar comprado construyó su vivienda que dejó como herencia a sus hijas Blanca Rita Caballero de Cedrón y Victoria Semiramis Caballero rojas, habiendo ésta comprado a aquella sus acciones y derechos en la casa y otro terreno por escritura pública de 18 de abril de 1967 entendida ante notario Jaime Cacho Pajares y de esta última sus hermanos Armando Alejandro, Victoria Eugenia Quiroz Caballero y el recurrente han sido declarados como universales herederos, como lo deberá constatar el Juzgado en la inspección judicial programada por los elementos estructurales independientes que la conforman, así como también por su antigüedad que data de más de 60 años ininterrumpidos, lo que pide al Juzgado se sirva puntualizar como materia sobre la que el perito se pronuncie en su dictamen pericial.
- La mayor antigüedad de la posesión a título de propietarios sobre la construcción existente que incluye todas sus paredes perimetrales corresponde a nuestros causantes datando de antes del 11 de diciembre de 1947 en que se otorgó el referido testamento.
- La demandante compra el inmueble colindante a la copropiedad del recurrente el 03 de enero de 1973 según anexo 1-B de su demanda, en el que consta que compró como una casa de adobe y teja de dos habitaciones en primera planta, de lo que se concluye que cualquier construcción por encima de esta le es posible.
- Que si bien es cierto que en la citada pared de colindancia existe una ventana que al igual que otra de las mismas características y tamaño en la pared con la que forma escuadra, son las que proporcionan ventilación e iluminación a la segunda planta de la citada vivienda, siendo dolosamente falso que los emplazados la hayan abierto, pues ambas ventanas existen desde hace más de 70 años ininterrumpidos; también porque dicha materia no es objeto de pronunciamiento en la pretensión del interdicto de retener y además porque en el escrito de demanda no se ha precisado la fecha de apertura de la citada ventana, por lo que dicho extremo deberá declararse infundado o improcedente.
- El día Martes 28 de julio del 2009 que fue feriado, la demandante empezó sorpresivamente trabajos inconsultos en la pared colindante colocando vigas de

madera para habilitar una segunda planta, lo que le motivó a solicitar la intervención policial en resguardo de sus derechos, la misma que hizo la constatación del caso y la pretendió notificar citando a la denunciada quien se evadió ocultándose y resistiéndose a esclarecer los hechos. A la fecha ha levantado una segunda planta que ha techado con el uso ilícito de la pared que no le pertenece lo cual se podrá constatar mediante una inspección judicial como en una pericia.

- Convencidos de que la pared no es medianera sino propia, por carta notarial de 30 de julio de 2009 se notificó a la demandante por razones de vecindad, que a partir del 03 de agosto de 2009 íbamos a demoler la pared de adobe y reconstruirla de material noble, notificando para que se abstenga de usarla, negándose a recibirla y por el contrario prosiguió la construcción hasta tenerla terminada. Por dicha negativa, en la tarde del 30 de julio del 2009, solicité la intervención de la primera fiscalía de prevención del delito para notificar y citar a la demandante a fin de prevenir la comisión de un delito, la misma que se negó a recibirla. Así mismo, con fecha 03 de agosto del 2009, me vi obligado a solicitar garantías personales.
- Finalmente, de los hechos esbozados, el demandado no ha perturbado la posesión de la demandante ni ha generado daño, ni perjuicio material ni moral, por lo tanto, no tiene obligación a indemnizarla.

Mediante Resolución N° 02 de fecha 01 de setiembre del 2009 se declara tener apersonado a Lucio Gonzalo Quiroz Caballero; pero declara inadmisibles las deducciones de excepciones de falta de legitimidad para obrar de la actora, y de oscuridad y ambigüedad en la forma de proponer la demanda, concediéndole el plazo de tres días para su subsanación, debido a que no ha cumplido con adjuntar el arancel judicial por planteamiento de excepción.

Seguidamente, Tarcila Daría Espino Muñoz, presenta un escrito mencionando que se corrige su nombre de la demandada en autos con Lucio Gonzalo Quiroz Caballero; siendo lo correcto Gladis del Pilar Grozo de Latorre de Quiroz. Así mismo que se la incorpore como litisconsorte necesario pasivo a la esposa del demandado, pues en su calidad de esposa, ha tenido intervención en los hechos materia de demandada.

Mediante Resolución N° 04 del 14 de setiembre del 2009 se resuelve corregir el nombre y tener por deducida la excepción de falta de legitimidad para obrar, otorgando fecha para la inspección judicial.

2.3. CONTESTACIÓN DE DEMANDA Y EXCEPCIONES DE GLADIS GROZO DE LA TORRE DE QUIROZ

La demandada habiendo sido notificada el 17 de setiembre del 2009 sobre la demanda de interdicto de retener e indemnización por daños a la propiedad y daño moral en el monto de S/. 35 000 más intereses legales.

2.3.1. Fundamentos de hecho de la Excepción de Falta de Legitimidad para Obrar de la Actora

Solicita que se declare fundada con condena de costas y costos la excepción, debido a que las acciones interdictales de legitimidad para obrar exigen como requisitos de admisibilidad y procedibilidad “*tener la posesión inmediata del bien que se considere perturbado*” y porque en este caso la demandante no tiene posesión inmediata del bien, teniendo dicha posesión la señora Olga Margarita Murrugarra Muñoz.

2.3.2. Fundamentos de hecho de la Excepción de Oscuridad y Ambigüedad en la Forma de Proponer la Demanda

Según el Art. 606º del Código Procesal Civil, cuando la perturbación consista en actos materiales o de otra naturaleza, como la ejecución de obras o la existencia de construcciones en estado ruinoso, la pretensión del interdicto de retener consistirá en la suspensión de la continuación de la obra o la destrucción de lo edificado, pudiéndose acumular ambas pretensiones. En todo caso la pretensión consiste en el cese de estos actos; pero el petitorio de la demanda no persigue ninguna de las pretensiones, al contrario, solicita como pretensión la reconstrucción de la pared medianera y la clausura de una ventana, resultando incompatible con la norma descrita líneas arriba, por tal sentido, deviene en oscura y/o ambigua por lo cual solicito que se declare fundada esta excepción.

2.3.3. Fundamentos de hecho de contradicción a la demanda

- Es falso que haya intervenido el día 03 de agosto del 2009 en la demolición de la pared colindante ocupada por mi sociedad conyugal y la propiedad de la demandante, pared que es de tierra y de una sola planta que se mantiene intacta.
- También es falso que en esa fecha se haya abierto una ventana en otro sector de la pared colindante, que incoherentemente se afirma que ha sido demolida.

Dicha pared ha sido construida en el año 1947, por Juana Rojas Castañeda, abuela de mi esposo, dicho inmueble hace más de 70 años lo dejó con ventana, las cuales serán constatadas por la inspección judicial con prueba pericial, los cuales demostrarán que no son recientes.

- Evidencias de que la pared de colindancia no es medianera sino copropiedad exclusiva, son los títulos de tracto de dominio en los que consta que el causante compró el terreno como solar por escritura pública en la fecha de diciembre de 1947 ante notaría José Manuel Rocha.
- De los medios probatorios de la demanda se puede constatar que la demandante recién compra su inmueble en enero de 1973.

2.3.4. Medios probatorios

Ofrece como documentales, todos los medios probatorios en la contestación de demanda de su esposo; y la constatación en la inspección judicial y pericia ordenados sobre el inmueble que ocupa la sociedad conyugal demandada y sobre la antigüedad de los muros y ventanas de la propiedad de la demandante.

Mediante Resolución N° 05 se resuelve tener apersonada a la demandada, se admiten los medios probatorios ofrecidos; por deducidas las excepciones mencionadas y se señala una audiencia única para el 23 de octubre del 2009.

2.4. INTERVENCION LITISCONSORCIAL

Olga Margarita Murrugarra Muñoz se apersona al proceso iniciado por su hermana Tarcila Espino Muñoz contra el demandado Lucio Quiroz Caballero en el proceso sobre interdicto de retener a fin de solicitar que se considere como litisconsorte necesario; estableciendo como fundamentos de su intervención, que conjuntamente con su hermana son posesionarias del predio afectado por los demandados, así mismo manifiesta que el propietario del bien colindante, el día 03 de agosto del 2009 de manera unilateral y arbitraria han demolido la pared medianera, perturbando la posesión que de manera conjunta ejercen, provocando también la inutilidad de dicha habitación y poniendo en riesgo la seguridad de la casa. Ante tales situaciones y por ausencia de la demandante fue que recurrí ante autoridad policial a formalizar la denuncia respectiva por daños causados.

En este caso tenemos dos litisconsortes, por una parte, la esposa del demandado quien viene a ser copropietaria, por tratarse de una sociedad conyugal, y por la otra parte, la demandante incorpora a su hermana, quien por voluntad de la misma demandante ocupa y es posesionaria del bien afectado, materia de litis y quien tiene legitimidad e interés para intervenir en el proceso.

2.5. AUDIENCIA DE SANEAMIENTO, PRUEBAS Y SENTENCIA

En el Segundo Juzgado Civil de Cajamarca, con fecha 23 de Octubre del 2009, se llevó a cabo la audiencia de saneamiento, pruebas y sentencia, con la presencia de la

demandante y su abogado, y los co-demandados y sus defensores, audiencia que tuvo como resultado la Resolución número siete mediante la cual se corre trasladado a la parte demandante para que absuelva las excepciones planteadas por los demandados, por su parte la demandante a través de su abogado solicita se declare infundadas las dos excepciones sosteniendo que respecto de la excepción de falta de legitimidad para obrar ella ejerce el derecho de propiedad y de posesión conjuntamente con su hermana, la señora Olga Margarita Murrugarra Muñoz, teniendo legitimidad para interponer interdicto, y respecto de la excepción de oscuridad o ambigüedad en la forma de proponer la demanda, señala que con el acta de inspección judicial ha quedado dilucidada cualquier confusión que hubiese existido sobre la ubicación de la ventana que se pretende clausurar y sobre la ubicación del sector de la pared demolida; mediante la Resolución número ocho se tiene por absuelto el traslado de las excepciones efectuadas por el demandante, se concede alegatos orales a ambas partes, el demandado sostiene que la demandante no ejerce la posesión, mientras que la demandante refuerza su posición, se admiten y actúan los medios probatorios de las excepciones, de la parte excepcionante el anexo (1-D) de la demanda y el propio escrito de demanda puntos 1 y 2 del petitorio, de la parte excepcionada el acta de inspección judicial.

A través de la Resolución número nueve la cual declara el auto de saneamiento procesal, haciendo un estudio sistemático de los artículos 899, 905, 921 del Código Civil, se concluye que ninguno de ellos exige que quien intenta una pretensión interdictal tiene que ser el poseedor inmediato necesariamente, sino que tan solo exige que sea poseedor, el cual puede ser mediato o inmediato. El hecho de que Olga Margarita Murrugarra Muñoz haya hecho la denuncia policial por daños materiales, no significa que la demandante carezca de legitimidad para obrar activa, sino que existe una co-posesión del predio, de tal manera que cualquiera de los poseedores está legitimado para utilizar los interdictos en defensa del bien. Adicionalmente se destaca que donde la pared ha sido demolida, ello no pueda verse afectada por razón de que la pared destruida puede afectar la estructura general de la vivienda, por lo que la propietaria también tiene posesión del bien sea de manera mediata o inmediata. En lo concerniente a la segunda excepción de oscuridad y ambigüedad en el modo de proponer la demanda, resulta ilógico que se haya sostenido que los recurrentes han demolido la pared medianera y al mismo tiempo hayan abierto una ventana en la misma, este tipo de excepciones solamente se configura cuando el petitorio de la demanda no es claro ni entendible, cuando se desconoce el nombre de las partes o de alguna de ellas, cuando el petitorio es ininteligibles, o pueden entenderse de varias maneras; por lo que la demanda sí ha cumplido de forma clara y concreta su petitorio, sus fundamentos son entendibles y las partes están debidamente individualizadas; por lo que no es cierto que dicha demanda sea oscura y ambigua, en tal sentido, se resuelve declarar

infundadas las excepciones de falta de legitimidad para obrar de la demandante y oscuridad y ambigüedad en el modo de proponer la demanda.

Finalmente, mediante Resolución número diez se concede el recurso de apelación sin efecto suspendido y con calidad diferida a fin de que el Superior resuelva conjuntamente con la sentencia, acto seguido se fijan como puntos controvertidos: 1) Determinar si la pared colindante que separa las viviendas de la demandante y de los demandados es propia de estos últimos o si es medianera. 2) establecer si la pared colindante fue demolida en un sector de la misma por los demandados y si este hecho causó perturbación a la demandante, 3) determinar si la ventana existente en un sector de la pared colindante constituye una servidumbre de luz que dataría de la época de la construcción, 4) establecer quién ejerce posesión de la vivienda de propiedad de la demandante, 5) determinar, en caso se acredite la existencia de actos perturbatorios de la posesión alegada por la actora, si estos han ocasionado daños materiales y morales y cuál sería el monto.

En cuanto a la admisión y actuación de medios probatorios, por la parte demandante se admiten y actúan los medios probatorios de la parte demandante los obrantes en fojas 02 al 18 además de la pericia de ingeniería civil y la prueba anticipada de inspección judicial, por la parte de los demandados los documentos obrantes en fojas 38 a 52 además de la inspección judicial, la pericia de ingeniería civil y el anexo (1-B) de la demanda; se comunica a las partes que aún falta actuarse la pericia admitida para lo cual ya se señalara una audiencia especial para su explicación y debate, por lo que el proceso aún no se encuentra expedito para sentencia.

2.6. APELACIÓN SOBRE LA DECLARACIÓN DE EXCEPCIONES INFUNDADAS

Lucio Gonzalo Quiroz Caballero y Gladis del Pilar Grozo De La Torre de Quiroz en el proceso sumarísimo sobre interdicto de retener seguido por Tarcila Daría Espino Muñoz, sostienen que la Resolución N° 09 contiene errores de derecho por contradecir los dispositivos legales que rechazan las excepciones propuestas; agrega además que para la defensa de la posesión por intermedio de los interdictos se discuten únicamente la posesión fáctica inmediata y actual del actor y el hecho perturbatorio que lo motiva, resultando que “no posee de legitimidad para obrar en el interdicto de retener el demandante que no tenga la posesión inmediata sobre el bien”; de igual manera se ha interpretado erróneamente el artículo 905 del Código Civil, en lo que se refiere a la posesión inmediata, que es la persona que detenta el bien, mientras que el otro, el propietario y poseedor del resto del inmueble viene a ser el poseedor mediato a quien no alcanza ni está legitimado para interponer las acciones interdictales; desde que se

propone como pretensión la reconstrucción de la pared medianera y la clausura de la ventana abierta en otro sector sin precisar la fecha, introduce en su demanda una ambigüedad y oscuridad sobre el pronunciamiento que debe resolver el juzgador. Dicha apelación fue admitida mediante Resolución N° 11 de fecha 30 de octubre del 2009.

2.7. PERITAJE

2.7.1. Peritaje judicial

A solicitud del Señor Juez del Segundo Juzgado Civil, se realizó la inspección judicial el día 19 de octubre de 2009 en los predios ubicados en el Jr. Eten N° 297 y Jr. Ayacucho N° 531 de Cajamarca. La misma que estableció como conclusiones: 1) que respecto a la longitud de la pared que separa ambas propiedades desde el dormitorio; es de 3.60 metros en la pared demolida, y de 8.30 metros en la pared del patio interior del predio en el Jr. Eten N° 297; 2) en cuanto a la antigüedad de la pared que separa ambas propiedades desde el dormitorio, es de 54 años aproximadamente; 3) en cuanto a la antigüedad de la ventana, se estima que es de 54 años aproximadamente; 4) en cuanto a la reposición del costo de la pared demolida se estima que es de S/. 1 036 soles; 5) de la inspección se nota claramente que la pared demolida, ha estado trabada con pared lateral del dormitorio (pared perpendicular a la demolida); 6) finalmente en cuanto a la primera planta de la pared demolida, en el predio del Jr. Eten 297, se utiliza como pared de un dormitorio, y en cuanto al predio del Jr. Ayacucho 531, se utiliza como pared delimitante de un patio que sirve de tragaluz a este predio

2.7.2. Peritaje de parte

A petición de los herederos Quiroz Caballero, el día 10 de noviembre de 2009, a las 15 horas, se ha concurrido a su domicilio, sito en el Jr. Ayacucho N° 531 de esta ciudad de Cajamarca para verificar y analizar *in situ* el problema suscitado con los vecinos que ingresan a su propiedad por el Jr. Eten N° 297 y que da lugar a la Descripción de la Inspección.

Los actuales propietarios, al encontrar en pésimo estado la pared decidieron demolerla y reconstruirla con material noble a fin de evitar daños personales que lamentar, tanto para los propietarios como para los vecinos; y esto es por el problema que se agudiza en épocas de lluvia.

En cuanto a la antigüedad del muro, esta ha sido construida en los años 1940 al 1945, tendiendo una antigüedad de más de 70 años, siendo una sola pared desde el patio hasta el dormitorio, con una longitud total de 11.90 metros.

Finalmente, en cuanto a las conclusiones de la pericia judicial, se dice que la pared demolida, ha estado trabada con la pared lateral del dormitorio (pared perpendicular a la demolida); tal es así que a la fecha de la inspección aún quedaban adobes de la pared lateral que pasaban como una traba a la pared demolida, esto demuestra que la construcción de la pared original, desde sus inicios es única, y que posteriormente los vecinos han construido un ambiente, sobreponiendo adobes sobre la pared original, sorprendiendo a los propietarios.

2.7.2.1. Observación de pericia.

Lucio Gonzalo Quiroz Caballero conjuntamente con su esposa interpone observaciones a la pericia manifestando que la citada pared colindante no es medianera sino propia de los copropietarios demandados, siendo parte integrante de la vivienda de estos que tiene antigüedad de más de 70 años, y que según la documentación de autos que acredita la testadora Juana Rojas Castañeda, la cual concluyó que sobre el solar se compró sin que existieran construcciones aledañas y específicamente que dicha pared colindante no traba en la pared perpendicular desde el primer piso, construida posteriormente por la colindante sin la autorización de los copropietarios, superponiendo adobes sobre la pared original; y finalmente, la antigüedad de la ventana en el muro colindante tiene la misma antigüedad que el resto de vivienda, es decir, más 70 años. Mediante Resolución número doce se resuelve declarar improcedente la pericia de parte, razón de que las partes puede en un mismo plazo que los peritos nombrados por el Juez presentar su informe pericial siempre y cuando lo hayan ofrecido en su oportunidad debida, pero esta no ha sido ofrecida en la contestación de demanda, por tal razón de su improcedencia.

2.7.3. Audiencia Especial del Peritaje

Se llevó a cabo el día 05 de enero del año 2010, la cual trató sobre las observaciones de peritaje de parte acerca de la ambigüedad del predio si era de 54 años o de 70 años; también sobre la pared demolida si correspondía al segundo piso o si se trataba del primer piso. Mediante la Resolución número trece, es el propio perito el que menciona que no ha considerado los documentos que obran en el proceso para determinar la ambigüedad de la pared y de la ventana; en cuanto al segundo punto si bien es cierto el perito ha manifestado que la pared demolida corresponde al segundo piso, es necesario que se determine si dicha trabazón se da desde el primer piso de dicha vivienda o si solo corresponde a la segunda planta (donde ha sido demolida) con lo que se resuelve declarar fundadas las observaciones presentadas por la parte demandada en contra del dictamen pericial, disponiéndose a una ampliación del dictamen pericial.

2.7.4. Ampliación del Peritaje Judicial

En cuanto a la primera observación sobre la antigüedad de la pared que separa ambas propiedades a nivel de primera planta, esta es de más de 62 años. Y acerca de la segunda observación para determinar si la pared lateral del dormitorio traba con la pared demolida, el trabajo técnico realizado determina que la pared a nivel de primera planta no está trabada con la pared del dormitorio (pared perpendicular a la demolida). Paso seguido corresponde al Juzgado emitir la sentencia (Sentencia N° 121-2010)

CAPÍTULO 3. ANÁLISIS Y CRÍTICA DE LAS SENTENCIAS

La sentencia, como lo refiere el Doctor Jorge Carrión Lugo, *"es la resolución judicial máxima, con la que se pone fin a cada una de las instancias por las que pasa el proceso, y en virtud de la cual se resuelve de manera concluyente y definitiva, dentro de la respectiva instancia, la cuestión controvertida denominada litis, causando ejecutoria la sentencia expedida por el tribunal superior en jerarquía, si las partes han recurrido a él mediante el respectivo recurso"* (Carrión Lugo, 1998, pág. 271).

3.1. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

3.1.1. Antecedentes

Tarcila Daría Espino Muñoz interpone demanda contra Lucio Gonzalo Quiroz Caballero y Rosa De La Torre sobre interdicto de retener e indemnización por daños y perjuicios, solicitando que los demandados se abstengan de perturbar su posesión respecto del inmueble ubicado en el Jr. Eten N° 297 de la ciudad de Cajamarca; de manera específica solicita que reconstruyan la pared medianera que separa su predio del que corresponde a los demandados; así mismo, clausuren una ventana que han abierto en otro sector de la pared, y el pago del monto indemnizatorio de S/. 35 000, y esto es porque los daños materiales ascienden a una suma de S/. 25 000 soles, además de estar causándole daño moral.

El demandado Lucio Gonzalo Quiroz Caballero propone las excepciones de falta de legitimidad para obrar y oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda; sosteniendo que la reconstrucción de una pared medianera y la clausura de una ventana no son materia de acciones interdictales, asimismo también agrega que la pared no es medianera, sino propia; pues la construcción levantada de su predio data del año 1947 mientras que la demandante adquirió su inmueble en 1973; en cuanto a la ventana, es falso que el demandado lo haya abierto, pues la pared y la ventana tienen una antigüedad de 70 años y proporcionan ventilación e iluminación a la segunda planta de su vivienda. Es también necesario mencionar que la demandada Gladis del Pilar Grozo De La Torre se incorporó al proceso como litisconsorte y presentó las mismas excepciones que su esposo.

La inspección judicial se llevó a cabo así como también la audiencia única en la que se declaró infundadas las excepciones de falta de legitimidad para obrar de la demandante y de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, propuestas por los demandados, saneado el proceso; luego se fijaron los puntos controvertidos, se admitieron y actuaron los medios probatorios; dejándose constancia que la Resolución que desestimó las excepciones ha sido apelada por los demandados, apelación que se ha concedido sin efecto suspensivo y con calidad diferida. Posteriormente se efectuó una audiencia especial para que se explique y observe un informe pericial, pasando a expedirse la sentencia.

3.1.2. Consideraciones de la sentencia

Se fijaron como puntos controvertidos: 1) Determinar si la pared colindante que separa las viviendas de la demandante y de los demandados es propia de estos últimos o si es medianera, 2) establecer si la pared colindante fue demolida en un sector de la misma por los demandados y si este hecho causó perturbación a la demandante, 3) determinar si la ventana existente en un sector de la pared colindante constituye una servidumbre de luz que dataría de la época de la construcción, 4) establecer quién ejerce posesión de la vivienda de propiedad de la demandante, 5) determinar, en caso se acredite la existencia de actos perturbatorios de la posesión alegada por la actora, si estos han ocasionado daños materiales y morales y cuál sería el monto.

Respecto al primer punto controvertido, el artículo 994 del Código Civil estipula “*las paredes, cercos o zanjas situados entre dos predios se presumen comunes, mientras no se pruebe lo contrario*”; el artículo 995 menciona “*si la pared que separa los predios se ha levantado en terreno de uno de ellos, el vecino puede obtener la medianería pagando la mitad del valor actual de la obra y del suelo ocupado. En tal caso, puede pedir la supresión de todo lo que sea incompatible con el derecho que le da la medianería*”; el artículo 996 establece “*todo colindante puede colocar tirantes y vigas en la pared medianera y servirse de esta sin deteriorarla, pero no puede abrir en ella ventanas o claraboyas*”; artículo 997 que prescribe “*cualquier colindante puede levantar la pared medianera, siendo de su cargo los gastos de la reparación y cualesquiera otros que exigiera la mayor altura*” y el artículo 998 menciona “*los colindantes deben contribuir a prorrata para la conservación, reparación o*

reconstrucción de la pared medianera, a no ser que renuncien a la medianería, hagan o no uso de ella”.

Se pondera que del informe pericial y del informe ampliatorio, se ha concluido que la pared colindante, a nivel de la primera planta de la vivienda de los demandados, no está trabada con la pared lateral (perpendicular a la primera) del dormitorio de la casa que está en posesión de la demandante; pero sí ha existido trabazón entre dichas paredes a nivel de segunda planta, donde justamente los demandados han demolido la pared limítrofe. También se ha determinado técnicamente que a nivel de la primera planta de la pared demolida (demolición que ha sido solo en su parte superior que corresponde a la segunda planta), en el predio del Jr. Eten 297, dicha pared se utiliza como pared de dormitorio; y en el predio del Jr. Ayacucho 531 su uso es de pared delimitante de un patio que sirve de tragaluz a este predio; lo que significa que en esta extensión, dicha pared está siendo utilizada por ambas partes y no solamente por una de ellas.

En lo que respecta al segundo punto controvertido, en el informe pericial se ha establecido que se ha demolido toda la extensión de la pared colindante en el sector que delimita con el dormitorio de la segunda planta de la vivienda que posee la parte actora; habiéndose determinado que dicha pared ha sido de adobe. No cabe duda que esta demolición, constatada directamente por el juzgador en la inspección judicial, ha causado perturbación a la posesión de la parte actora en tanto en el tramo demolido ha venido siendo utilizado por ésta como estructura del dormitorio de la segunda planta de su vivienda. Recuérdese que el interdicto de retener implica acreditar el hecho de la posesión (y no el derecho a la posesión y menos el derecho a la propiedad) y el acto perturbatorio alegado ha estado en posesión de la demandante (compartida con la parte demandada); en tanto que el acto perturbatorio consistente en su demolición ha afectado dicha posesión, pues potencialmente ha puesto en peligro que el techo y demás estructuras del mencionado dormitorio puedan eventualmente colapsar; por ello la tabiquería de madera colocado en este tramo de la pared demolida (constatada en la inspección judicial) está sirviendo de manera provisional para evitar tal menoscabo.

En cuanto al tercer punto controvertido, mediante la inspección judicial se comprobó que la ventana aludida no es de reciente data, sino que debería tener cierta antigüedad, por el estado deteriorado de su marco de madera y de las varillas de fierro corroídas con los que ha sido construida; comprobándose mediante informe pericial que tiene una antigüedad de 62 años igual que la pared limítrofe. Al haberse demostrado que la claraboya en cuestión, utilizada como servidumbre de luz por la parte demandada, tiene una antigüedad muchísimo mayor a la de sesenta años,

contando hasta la interposición de la demanda, entonces naturalmente este hecho no puede ser protegido por una acción interdictal, pues esta solo está destinada a restaurar actos perturbatorios o desposesorios que hayan ocurrido dentro del año anterior a la interposición de la demanda. En este caso el hecho perturbatorio alegado de la apertura de esta ventana, data de hace más de 60 años; lo que significa que no puede ser objeto de protección por este interdicto; cuanto más sí se colige que durante los cerca de 37 años que la demandante ocupa su vivienda ha tolerado y permitido la existencia de esta claraboya. Por lo que su clausura y la calidad de pared medianera debe ser materia de análisis en otro proceso de cognición más prolongada, que involucre no solo la discusión de los derechos posesorios, sino incluso derechos de propiedad.

En cuanto al cuarto punto controvertido, establecer quien ejerce la posesión de la vivienda de propiedad de la demandante, sin duda que ésta y la litisconsorte necesaria activa son personas que vienen ocupando el predio ubicado en el Jr. Eten N° 297 de Cajamarca. La primera por su condición de propietaria, quien puede ejercer posesión mediata o inmediata sobre dicho inmueble; y la segunda porque los propios demandados lo han reconocido en su excepción de falta de legitimidad activa, quien a su vez está residiendo en dicha vivienda; siendo ella que mediante denuncia policial de fecha 03 de agosto de 2009 efectuada en contra del demandado Lucio Gonzalo Quiroz Caballero, la cual ha motivado el trámite de este proceso.

En cuanto al quinto y último punto controvertido, el hecho de determinar si los actos perturbatorios han ocasionado daños materiales y morales, sin duda se ha corroborado que la parte demandante ha sufrido actos perturbatorios en la posesión que ha venido detentando, plasmados en la demolición de un sector de la pared medianera que ha afectado la estructura del dormitorio de la segunda planta de su inmueble. Y del informe pericial se ha constatado que la reposición de la pared demolida asciende a la suma de S/. 1 036.80. Aparte de este monto, la demandante no ha probado haber sufrido otro daño material.

De igual manera con respecto a los daños morales sufridos a la demandante y litisconsorte activa es necesario tener en cuenta que son incuantificable, por lo que es necesario recurrir al artículo 1984 del Código Civil que establece “*el daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia*” razón por la cual se fija una suma de S/. 2 000 soles de indemnización, más los intereses legales que se adicionan.

3.1.3. Decisión

Declárese FUNDADA en parte la demanda presentada por Tarcila Daría Espino Muñoz y Olga Margarita Murrugarra Muñoz contra Lucio Gonzalo Quiroz Caballero y Gladis del Pilar Grozo De La Torre de Quiroz, sobre Interdicto de Retener e indemnización por daños y perjuicios, ORDENÁNDOSE a los demandados para que se abstengan de perturbar la posesión de la parte demandante; FIJÓ en la suma de S/. 2 000 la indemnización que los demandados deben pagar en forma solidaria a favor de los demandantes, dejándose constancia que los daños materiales causados serán resarcidos por los demandados mediante la edificación de la pared demolida; IMPROCEDENTE la demanda con respecto a la clausura de la venta abierta en otro sector de la pared medianera limítrofe, dejando a salvo sus derechos de las partes en otra vía respectiva.

3.1.4. Critica

En opinión personal estoy de acuerdo con la decisión recaída en la sentencia de primera Instancia, asimismo advierto algunas deficiencias en las actuaciones procesales de las partes, todo ello basado en lo siguiente:

Primeramente y basándonos en el libro de Gonzales Barrón, podemos decir que es correcto el planteamiento de interdictos ante la autoridad judicial, pero la controversia debería centrarse exclusivamente en la posesión del demandante y la lesión causada por el demandado. Cabe señalar que aquí no son materia de conflicto los derechos, ni los títulos de propiedad, ya que a través de los interdictos se protege única y exclusivamente el statu quo posesorio. La vía procedimental sumarísima que plantea es la correcta, y su trámite es simplificado.

La tutela judicial de la posición no abarca a todo tipo de bienes y se limita a los bienes inmuebles y a los bienes muebles e inscritos. Siendo que la posición sólo recae sobre objetos corporales (cosas), pues se trata de un señorío de hecho que implica injerencia y exclusividad. (Gonzales Barrón, 2010, pág. 211).

El artículo 598 del Código Procesal Civil establece que todo poseedor puede recurrir ante el juez cuando haya sido perturbado de su posesión. En la doctrina también se habla de inquietación, perturbación o molestia de la posesión. De conformidad con el artículo 606 del Código Procesal Civil, la perturbación debe consistir en actos materiales o de otra naturaleza como la ejecución de obras o las construcciones en estado ruinoso. Estos dos últimos tipos de perturbación también pueden tipificarse como actos materiales y por ello no se entiende la distinción realizada por el

legislador respecto a los “actos materiales” y los “actos de otra naturaleza” (Gonzales Barrón, 2010, pág. 227). Tampoco existe molestia o perturbación cuando el poseedor ha prestado su consentimiento expreso o mediante actos concluyentes.

En esta sentencia de primera instancia, en primer lugar, cabe señalar que el demandado, al momento de contestar la demanda, debió haber presentado todos los medios probatorios necesarios que le ayudasen a determinar que la supuesta pared colindante, era de su pertenencia. Acreditando esto, demostraba ante el Juez claramente, que la pared en controversia, no era una pared colindante.

En segundo lugar, critico el actuar del demandado que, al momento de contestar la demanda, no debió haber presentado la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, ya que, al hacerlo, implicaría el conocimiento y entendimiento de la pretensión.

Al respecto, el expediente 442-7-97-LIMA, menciona que *“la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda procede frente a incumplimientos de las formas de la demanda o su planteo confuso, de manera tal, que impide el efectivo ejercicio del derecho de defensa al no poder el demandado negar o reconocer cada uno de los hechos expuestos en la demanda”*. Entonces, podemos deducir aquí, que al refutar cada uno de los puntos, el demandado ha tenido claridad y entendimiento, ejerciendo de esta manera su legítimo derecho a la defensa.

Igualmente, el expediente 323-97, al referirse a esta excepción, señala: *“La excepción de oscuridad o ambigüedad se produce cuando en el tenor de la demanda no se halla precisado con claridad la pretensión o pretensiones del demandante, y en tal sentido impide el cabal ejercicio del derecho de contradicción de los emplazados”*. Queda claro, entonces, la observación en este punto, donde el mismo demandado contradice su excepción.

En tercer lugar, la demandante incurre en un error al confundir propiedad con posesión. El propietario no necesariamente es poseedor directo del bien, en este caso, según el juez un interdicto lo puede interponer tanto el propietario-poseedor, como el poseedor inmediato. Al respecto, Gonzales Barrón manifiesta lo siguiente: *“Es muy común que alguien entregue a otro el poder de hecho sobre un bien con el fin de que este lo use o controle temporalmente en mérito de un vínculo jurídico y luego lo devuelvan. Durante ese ínterin ambas partes mantienen la condición de poseedores. El que recibe el bien es el “poseedor inmediato” o “intermediario”*

posesorio” mientras el que espera la devolución es el “poseedor mediato”” (Gonzales Barrón, 2010, pág. 144).

El maestro Gonzales Barrón agrega que en grandes líneas se puede decir que los remedios posesorios protegen al sujeto que al momento del evento o del conflicto se encontraba en una determinada relación de hecho con el bien, mientras el derecho real protege al sujeto que está premunido de un título independientemente de si tiene o no alguna relación de hecho con el bien. De tal dicotomía, es posible dar una justificación muy simple: la protección de la posesión es algo parecido a lo que ocurre con la ley de la gravedad en el mundo físico, los bienes deben seguir en posesión (en poder de hecho) de quien los tiene hasta que no se justifique su desplazamiento hacia otra persona. Además, no se olvide que la relación de hecho normalmente está destinada a la explotación productiva del bien en concreto más provechosa que una vacua titularidad (Gonzales Barrón, 2010, pág. 133).

Por lo tanto, la demandante como la litisconsorte, gozaban de legitimidad activa para demandar; además la litis de este proceso no era en determinar quién gozaba de la propiedad, sino en determinar quién era poseedor; por lo que en mi opinión considero que los demandantes si son poseedores y que tienen derechos posesorios y que la actuación de los demandados (demolición de una pared) ha implicado una afectación directa en los derechos de los demandantes.

3.2. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

3.2.1. Del recurso de apelación

Con fecha 28 de setiembre del 2010, Lucio Gonzalo Quiroz Caballero y Gladis del Pilar Grozo De La Torre de Quiroz interponen recurso de apelación contra la sentencia N° 121-2010; exponiendo como expresión de agravios lo siguiente:

- Considera que la apelada contiene errores de hecho consistentes en haber dejado de merituar o haber interpretado erróneamente el contenido de la prueba documental, inspección pericial y actuados, debido que existe un error en cuanto a los colindantes con el predio materia de Litis.
- El Juzgado no ha merituaado el testamento de Juana Rojas Castañeda, compradora del solar, en la que Victoria Semiramis Caballero Rojas (madre y causante del esposo demandado) ha introducido mejoras que han sido constatadas como independiente a la inspección judicial, vale decir que fue construida antes del año de 1948 por la propietaria del solar, lo que significa que originariamente el predio fue un solar y allí se construyó la vivienda inspeccionada, sus paredes perimetrales solo son de propiedad de quien levantó la edificación, excluyendo su condición de medianería, con mayor razón si en la citada

ampliación de pericia se deja establecido que en la primera planta del inmueble materia del proceso, dicha pared colindante no tiene trabazón alguna con la del inmueble materia del proceso, lo cual ha sido dejado por el jurado para calificarla erróneamente como medianería.

El Juzgado no ha meritado el documento en donde la compradora deja constancia de un préstamo recibido de la cooperativa San Pio X, por S/. 40 000, serán reinvertidos en la reconstrucción del inmueble, reconstrucción que no ha comprometido la pared que separa su propiedad con la de los demandados, lo que determina su naturaleza de propia y exclusiva.

Se considera que el Juzgado incurre en un error de lectura e interpretación conjunta de los medios probatorios actuados y glosados por el juzgador, incurriendo en notoria incongruencia entre el contenido literal de la prueba documental, la inspección judicial y prueba pericial, debido a que toda prueba conduce a determinar que la pared colindante es propia de los demandados; por lo cual se ha incurrido en una nulidad e insubsistencia de la sentencia apelada. Mediante Resolución N° 20, de fecha 30 de setiembre del 2010, se concede admitir el recurso de apelación.

3.2.2. De la sentencia

Hay que tener presente que “en los interdictos de retener, la legitimidad activa de la del demandante se sustenta en el hecho de ser perturbado su posesión. La relación jurídica se da entre el poseedor y el agente perturbador, sin existir una relación contractual previa. Siendo el poseedor y el perturbador los integrantes de la relación jurídico procesal”, y en este orden puede ser cualquier tipo de poseedor mediato o inmediato el que intente una posesión interdictal ya que no existe norma expresa que prescriba necesariamente que sea el poseedor inmediato quien tenga legitimidad para obrar activa. En ese sentido Olga Margarita Murrugarra Muñoz es quien venía ocupando la habitación, se le entiende como coposeedora, por tanto, está legitimada para accionar; por tanto, queda desvirtuado el argumento del apelante de que no hay legitimidad activa para demandar por parte de la demandante.

En cuanto al fundamento de los apelantes de que no se ha tenido en cuenta la colindancia correcta histórica y actual en sus dos lados laterales del bien inmueble de la demandante, así como tampoco se ha meritado la ampliación de pericia que deja en primera planta del bien inmueble materia del proceso, dicha pared no tiene trabazón alguna con la del inmueble de los demandados, calificándolo erróneamente. Cabe precisar que el artículo 197 del Código Procesal Civil establece que todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta,

utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la Resolución solo serán expresadas las valoraciones esenciales; por lo que en este proceso no se discute la titularidad o derecho de la posesión (el proceso se inicia con acciones posesorias) sino solamente la posesión de hecho y la existencia de perturbación de la posesión del bien.

Por su parte los demandados alegan que es falso que la pared sea medianera ya que es propiedad exclusiva de Lucio Quiroz Caballero y hermanos; pero de las diligencias realizadas se puede advertir el acta de inspección judicial en la cual se establece en cuanto a la pared lateral del dormitorio traba con la pared demolida, se deja constancia que en esta trabada con la pared lateral del dormitorio (pared perpendicular a la demolida) por lo que al no haber unión entre sus paredes se evidencia más bien que quien ostentaba indebidamente la posesión de los demandados fue la accionante, en tal sentido al no haber posesión de esta y consecuentemente no haber perturbación, se revoca y se declara improcedente la demanda.

De los documentales como las escrituras públicas en donde se indican los linderos laterales del bien inmueble, así como de la compra-venta de una casa y préstamo hipotecario celebrado en 1973, la misma que manifiesta que la casa comprende de una planta con dos habitaciones; y el préstamo para la construcción de la vivienda y si sumamos el testamento de la señora Juana Rojas Castañeda en la cual indica un solar en el cual se ha construido un edificio que existe; se llega a la conclusión de que ambos bienes inmuebles de las partes procesales son de dos plantas, por lo tanto, existen dos bienes inmuebles con sus respectivas paredes, no siendo medianeras, con lo cual se concluye que no hubo perturbación y por ende no es procedente la demanda.

3.2.3. Crítica

Como crítica de la sentencia apelada, considero que el análisis del *Ad Quem* no fue adecuado, ya que en esta oportunidad inspeccionó los elementos de prueba, pudiendo determinar que, por la antigüedad de la vivienda, cada inmueble tenía su propia pared, por lo que no existía medianería; lo cual desde nuestro punto de vista es incorrecto.

Gonzales Barrón, al referirse al derecho de interponer interdicto de retener, nos manifiesta que “tienen legitimación activa para demandar, todo aquel que se considere perturbado de la posesión” (Gonzales Barrón, 2010, pág. 232). “*Llegando a una sentencia estimatoria del interdicto de retener, tiene por objeto ordenar el cese*

de los actos perturbatorios. Pero si las molestias han dejado obras lesivas, no cabe duda de que el juez podrá disponer también, el restablecimiento de la situación anterior mediante una acción positiva de destrucción de lo hecho” (Gonzales Barrón, 2010, pág. 233).

En este caso, al determinar que ambas posesiones son de propiedades distintas, implicaría la no procedencia del interdicto de retener, ya que este se basa en la posesión, muy distinto a la propiedad. Por lo que consideramos que el *Ad Quem* no reviso, ni analizó detenidamente los elementos de prueba de ambas partes y no constató la existencia de una pared medianera, lo cual demostraría el derecho de posesión de la parte demandante.

La posesión es el ejercicio de hecho de alguno de los atributos de la propiedad. Para que se conserve la posesión es necesario entonces que subsista el ejercicio de hecho (Avendaño Arana, 2011, pág. 3). De igual manera Gonzales Barrón, nos dice que: *“La medianería es la copropiedad forzosa de muros, cercos y fosos ubicados entre los límites de dos predios colindantes”* (Gonzales Barrón, 2010, pág. 525). Y al señalar sus características, expone: *“a) Es una copropiedad con carácter anexo a la propiedad del predio, constituyendo con éste una sola unidad, sujeta al mismo destino jurídico, b) Es una copropiedad especial por razón de objeto, pues no recae sobre un “bien” con autonomía jurídica, sino sobre partes integrantes de un bien, es decir muros, cercos y fosos; y c) Se trata de una copropiedad que reconoce zonas de uso exclusivo para cada comunero”* (Gonzales Barrón, 2010, pág. 525). Por lo cual el análisis de segunda instancia no fue muy acertado y correcto en determinar la falta de medianería; se debió establecer si existía o no una posesión por la parte demandante; lo cual se pudo haber extraído de la inspección judicial, en donde ambas partes manifiestan que la pared medianera es una sola y pertenece a ambas; por lo tanto, existía derecho posesorio y afectación en los demandantes.

3.3. SENTENCIA DE TERCERA INSTANCIA

3.3.1. Del recurso de Casación

El día 24 de marzo del 2011 la señora Tarcila Daría Espino Muñoz presenta recurso de Casación contra la Sentencia de vista en el extremo que revoca la sentencia 121 – 2010.

Estableciendo como afectación al principio de congruencia que como se aprecia de la Sala en su sétimo considerando, en cuanto a la naturaleza jurídica del interdicto de retener *“tiene por finalidad recuperar la posesión a favor del poseedor material y por lo tanto la actuación probatoria debe estar encaminada a establecer si el*

demandante antes de la perturbación ostentaba la posesión del bien y si los demandados son los causantes del accionar ilícito”. Agrega también que en este proceso “no se discute la titularidad o derecho de la posesión, sino solamente la posesión de hecho y la existencia de la perturbación”. No obstante, a ello se califica la posesión de la demandante como indebida determinándole ausencia de posesión y por lo tanto improcedencia de la demanda.

En cuanto a la afectación del principio de congruencia, en autos se ha demandado interdicto de retener y por tanto se restringe a la evaluación de los elementos constitutivos de esta figura de defensa de la posesión: posesión fáctica (pura y simple) y perturbación. Por lo que la sentencia involucra elementos distintos a esta figura, como son el de la propiedad y la titularidad, dejando de lado la posesión que es naturaleza de la pretensión de la Litis. Finalmente existe afectación al principio de congruencia por cuanto la decisión en segunda instancia declara improcedente la demanda incoada, sin fundamentar los motivos de su improcedencia.

3.3.2. De la sentencia

Mediante fecha 03 de mayo del 2012, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República emite la Casación N° 1859-2011, haciendo referencia que el *A quo* que expide la sentencia de primera instancia, declaró fundada en parte la demanda sobre interdicto de retener e indemnización por daños y perjuicios, en consecuencia ordena a los demandados para que se abstengan de perturbar la posesión de la parte demandante respecto del bien ubicado en el Jr. Eten N° 297, específicamente reconstruyan la pared medianera demolida que separa dicha vivienda de la que ocupan los demandados, pagando de forma solidaria los demandados a la demandante la suma de S/. 2 000; a su vez declaró improcedente la demanda en cuanto a la clausura de la ventana abierta en el otro sector de la pared medianera limítrofe. De la revisión de los medios probatorios actuados en el proceso, así como también de las pericias realizadas, se verificó que ambas viviendas son de dos plantas, lo que significa que la vivienda de la demandante ha efectuado construcciones adicionales con posterioridad a su adquisición, aun cuando se desconoce si la vivienda originaria que compró ha sido reemplazada por la edificación actual o si esta se ha construido sobre aquella; se corroboró que ambos inmuebles deslindan mediante una pared que separa la edificación de dos plantas de la parte demandada con un patio y un dormitorio (segunda planta) de la vivienda que posee la demandante; también se analizó y se concluyó que la pared colindante a nivel de primera planta de la vivienda de los demandados no está trabada con la pared lateral (perpendicular de la primera) del dormitorio de la casa que está en posesión de la demandante, pero sí ha existido trabazón en dichas paredes a nivel

de segunda planta, donde justamente los demandados han demolido la pared limítrofe; en base a dicha pared está siendo utilizada por ambas partes y no solamente por una de ellas. Ambas partes en la inspección judicial se pusieron de acuerdo en que *“en la pared que deslinda ambas propiedades donde está la claraboya es una sola desde el patio hasta el dormitorio inspeccionado”*, por lo que la pared del sector demolida en el dormitorio ha causado perturbación a la parte demandante, en tanto el tramo demolido ha venido siendo utilizado por ésta como estructura del dormitorio de la segunda planta de su vivienda, lo que ha afectado la posesión de la demandante, pues ha estado potencialmente en peligro que el techo y demás estructuras del dormitorio puedan colapsar. En relación a la ventana existente en la pared colindante, constituye una servidumbre de luz que data de la época de la construcción, y según inspección judicial, esta ventana no es reciente, teniendo una antigüedad de 54 años aproximadamente, superior a los 62 años, en tal sentido sin perjuicio este hecho no puede protegerse en vía de acción interdictal, debido a que esta acción solo está destinada a restaurar actos perturbatorios o desposesorios que hayan ocurrido dentro del año anterior a la interposición de la demanda, según el artículo 601 del Código Civil, por ello su clausura y la calidad de pared medianera del tramo donde está ubicada, debe ser materia de un proceso de cognición.

Por su parte el *A quem* que expide la sentencia de segunda instancia la cual declara improcedente la sentencia de primera instancia, fundamentándose principalmente en que la demandante alude que los demandados han demolido la pared medianera que separa las propiedades de ambas partes, lo cual ha motivado la perturbación hacia la posesión del sector ubicado en el segundo piso, dejando a la misma en un riesgo de seguridad para toda la casa, motivo por el cual la demandante solicita la abstención de perturbar su posesión reconstruyendo la pared medianera, más la indemnización por daños y perjuicios; por su parte los demandados alegan que es falso que la pared sea medianera, ya que es propiedad exclusiva del demandado y de sus hermanos, por lo tanto, el tema es determinar si efectivamente la pared dañada objeto de Litis es medianera o exclusiva de los demandados y con ello determinar si hubo o no perturbación en la posesión, para poder así determinar si es amparable o no la demanda. Del examen pericial se determina que la primera planta no está trabada con la pared lateral del dormitorio, entonces no hay trabazón entre los lados de paredes de ambas partes a nivel de primera planta, con más razón no la puede haber en la segunda planta, apreciándose que estos últimos no han perturbado la posesión de la demandante al no haber unión entre sus paredes. Añade que lo anterior tiene coherencia y es corroborado por escritura pública en donde se indica que los lineros laterales del bien inmueble de la demandante son

medianeros, sin embargo de la documental de compra de una casa y préstamo hipotecario celebrado entre la demandante y sus transferentes vendedores con intervención de la cooperativa de crédito San Pio X, se advierte que adquiere un inmueble de una planta con dos habitaciones y si se suma el testimonio de testamento de Juana Rojas Castañeda sobre el inmueble de los demandados en el Jr. Ayacucho 531, en la segunda cláusula se indica un solar que se ha construido un edificio que existe; contrastando con la inspección judicial donde se deja constancia que ambos inmueble tienen dos plantas y con la ampliación del dictamen pericial se tiene que existen dos inmuebles con sus respectivas paredes y la pared en discusión es poseída por los demandados y no es medianera, concluyéndose que no hubo perturbación y no es procedente la demanda. El interdicto de retener debe acreditar la posesión del bien objeto de reclamo y los hechos perturbatorios, mientras que el interdicto de recobrar debe acreditarse que ha operado el despojo de la posesión y que se ha realizado ilegítimamente.

Que los interdictos protegen la posesión como hecho y no la posesión como derecho, y que por lo tanto el interdicto de retener es un medio de defensa posesoria que persigue el cese de los actos perturbatorios que impiden el pleno ejercicio de la posesión; por lo que, para acreditar este interdicto, el demandante debe estar en posesión del bien y debe de haber actos perturbatorios por parte del demandado, causando perturbación en la posesión sin llegar a desposeerlo.

El *A quem* en sus fundamentos hace mención a la naturaleza del interdicto de retener y también califica la posesión de la parte demandante como indebida para concluir que no había posesión por parte de la demandante y por ende tampoco perturbación, por lo que considera que la demanda es improcedente, sin especificar en cuál de las causales de improcedencia de la demanda según el artículo 427 del Código Procesal Civil, se subsume los hechos antes descritos. Más aún si el *A quem* también analiza y pondera los títulos de propiedad de las partes, con la finalidad de determinar la titularidad del derecho de propiedad de la pared, sin advertir que constituyen elementos ajenos al interdicto de retener, lo que atenta contra el principio de congruencia interna; ante lo cual el Supremo Tribunal está facultado para ejercer su función de control de logicidad, lo que implica verificar si el razonamiento lógico jurídico seguido por los juzgadores de las instancias de mérito, es correcto desde el punto de vista lógico formal. Lo contrario generaría una vulneración al principio de motivación de los fallos judiciales, el que debe ser resuelto por el razonamiento del juzgador sobre la base de los hechos acreditados en el proceso y la aplicación del derecho objetivo. Por lo cual la decisión del Supremo Tribunal es declarar FUNDADO el Recurso de Casación interpuesto por la demandante Tarcila Daría

Espino Muñoz; NULA la Sentencia de vista; y ORDENARON a la Sala Especializada Civil a fin de que expidan una nueva Resolución.

3.3.3. Sentencia N° 220 – 2012 – SEC

Mediante Resolución N° 20 de fecha 27 de diciembre del año 2012, la Sala Especializada Civil emite la siguiente Sentencia, la cual es materia de conocimiento sobre: 1) declarar si las excepciones de falta de legitimidad para obrar de la demandante y de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda son viables o no, 2) si procede o no el interdicto de retener e indemnización por daños y perjuicios a favor de la demandante.

Respecto al primer punto en debate, es necesario saber que Olga Margarita Murrugarra Muñoz es quien venía ocupando la habitación afectada, ésta a su vez es coposeedora, estando a su vez legitimada para accionar como lo hizo la demandante Tarcila Daría Espinosa Muñoz; por tanto, queda desvirtuado el argumento del apelante de que no hay legitimidad activa para demandar por parte de la demandante. Respecto a la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda no versa sobre el fondo del asunto y no se dirige a la comprobación de los hechos afirmados en la demanda, sino a exigir que la fundamentación y el petitorio sean expuestos con claridad, a fin de garantizar el derecho de defensa del demandado, siendo que el petitorio de demanda sea propuesto de manera clara y precisa y que la contradicción de la demanda sea realizado sin inconveniente alguno y sea pronunciado sobre todos los puntos vertidos; por lo tanto, queda desvirtuado los argumentos de apelación y se desestima las excepciones propuestas.

Respecto al segundo punto en debate, es necesario precisar que las acciones interdictales por su naturaleza jurídica únicamente discuten el hecho y el derecho a la posesión de un inmueble, independientemente del derecho a la propiedad que tengan las partes respecto del bien. Glosada la inspección judicial ambas partes se pusieron de acuerdo “*en que la pared que deslinda ambas propiedades (donde está la claraboya) es una sola desde el patio hasta el dormitorio inspeccionado*”; siendo ello, tomando en cuenta el uso de la pared en la parte *in Litis*, la unidad de la misma como una sola estructura, no se puede establecer la exclusividad de la pared a favor de los demandados, habiéndose verificado posesión de parte de la demandante y la afectación directa a la misma con motivo de la demolición, de ahí que resulta razonablemente aplicable la presunción legal contenida en el artículo 994 del Código Civil, considerado por el *A quo*. Estando a lo anterior resulta claro entonces que se ha ocasionado daños materiales y morales, como consecuencia de los actos perturbatorios en la posición que detenta, en ese sentido corresponde indemnizarlo,

como bien lo ha precisado el *A quo*, por lo tanto, se RESUELVE declarar INFUNDADAS las excepciones de falta de legitimidad para obrar de la demandante y de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, CONFIRMARON la sentencia N° 121 – 2010, que declara fundada en parte la demanda sobre interdicto de retener e indemnización por daños y perjuicios, en consecuencia ordena a los demandados para que se abstengan de perturbar la posesión de la parte demandante respecto del bien inmueble ubicado en el Jr. Eten 297, también que reconstruyan la pared medianera demolida que separa dicha vivienda de la que ocupan los demandados y el pago de S/. 2 000 por indemnización que los demandados deben pagar en forma solidaria a favor de la demandante como daño moral.

3.3.4. Critica

En cuanto a la tercera instancia, es preciso comentar que fue un error el enfocarse en quien tenía la propiedad, ya que el tema materia de análisis era determinar quién ostentaba la posesión, en la cual debe entenderse que el poseedor debe contar con la posibilidad de acceder al bien en cualquier momento a través de un acto voluntario y al mismo tiempo debe estar en la capacidad de excluir a los extraños de su control. La posesión cumple la función de atribuir los bienes en forma interina, de tal suerte que el poseedor será tutelado provisionalmente por su sola condición de tal. A estos efectos, la posesión no necesita ser caracterizada como manifestación de la propiedad, basta la situación de control independiente, siendo suficiente que el sujeto ostente un poder fáctico sobre el bien para que en su calidad de poseedor merezca protección (Gonzales Barrón, 2010, pág. 138).

Mientras que, en el interdicto de retener, nuestro ordenamiento jurídico establece que todo poseedor puede recurrir ante el juez cuando haya sido perturbado de su posesión. “En la doctrina también se habla de inquietación, turbación o molestia de la posesión” (Gonzales Barrón, 2010, pág. 227). “De conformidad con el artículo 606 del Código Procesal Civil, la perturbación debe consistir en actos materiales o de otra naturaleza como la ejecución de obras o las construcciones en estado ruinoso.” (Gonzales Barrón, 2010, pág. 227).

Entonces entendemos que procede este recurso cuando existe una perturbación, es decir, una perturbación de la esfera del poseedor ajeno, “causando molestia en el goce del poseedor o el cambio de las situaciones de hecho que impide ejercer la posesión como se venía realizando antes, o que la hace más incómoda, difícil, gravosa o restrictiva respecto al modo de ejercicio anterior” (Gonzales Barrón, 2010, pág. 228).

Entonces es correcto afirmar que poseedor perturbado es legítimo al acudir al remedio procesal del interdicto de retener, y que, en este caso, los títulos de propiedad no son materia de conflicto, ya que, a través de los interdictos, lo que se busca proteger es el “statu quo” posesorio.

Y finalmente es necesario tener en cuenta que los interdictos de retener son un medio de defensa posesoria que persigue el cese de los actos perturbatorios; por lo que, para acreditar este interdicto, cualquier demandante debe estar en posesión del bien y debe de haber actos perturbatorios por parte del demandado, causando perturbación en la posesión sin llegar a desposeerlo; y que los títulos de propiedad no son materia de este remedio procesal; por tal motivo comparto la posición tomada en Tercera Instancia por el juzgador; así mismo considero que tanto en la sentencia de primera como en la de tercera instancia; estuvo adecuado el razonamiento del juzgador en establecer de que la pared era medianera y no exclusiva de uno de ellos; al igual de que existía actor perturbatorios a la posesión de los demandantes.

CONCLUSIONES

En el transcurso de la sentencia de primera instancia, el demandante no supo sustentar su petitorio con los medios probatorios necesarios (escrituras públicas en donde se indican los linderos laterales del bien inmueble, contrato de compra-venta de una casa y préstamo hipotecario celebrado en 1973, el testamento de la señora Juana Rojas Castañeda). Sumamos a esto la contestación del demandado, al momento de presentar la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, de tal manera que, con su respuesta, que contradecía todos los puntos de la demanda, dio a entender que la pretensión de la demanda era clara y posible de refutación, de tal manera que no vulneraba su derecho a la defensa, que es lo que ampara este recurso en mención.

De la misma manera otro error que se percibe y se entremezcla en una confusión de lo que es la “posesión” con la “propiedad”; pero en este caso, tanto la propietaria-posesoria, como la litisconsorte, que viene a ser posesoria inmediata, tienen la capacidad de interponer demanda.

En la sentencia de segunda instancia existió mayor minuciosidad y valoración al momento de analizar los medios de prueba, pudiendo inspeccionar y determinar de esa manera las características de las viviendas y comprobar de esa forma si fácticamente corresponde aplicar el interdicto de retener. Gracias a los medios probatorios y a las ayudas de peritaje, el juez puede apreciar que, por ser propiedades y posesiones distintas, es improcedente la petición planteada de interdicto de retener, ya que este se basa en la posesión, materia autónoma y distinta de la propiedad.

Al llegar a la casación, El Tribunal considera que se incurre en error al centrar en quien tenía la propiedad, ya que el tema materia de análisis era determinar quién ostentaba la posesión y que, por tanto, este poseedor tiene total legitimidad al momento de recurrir al juez, amparándose en la ley de manera correspondiente. Por esta razón se tomó mucho en cuenta lo que las partes establecieron en la inspección judicial “*en que la pared que deslinda ambas propiedades (donde está la claraboya) es una sola desde el patio hasta el dormitorio inspeccionado*”; por lo que no se puede establecer la exclusividad de la pared a favor de los demandados, habiéndose verificado posesión de parte de la demandante y la afectación directa a la misma con motivo de la demolición.

RECOMENDACIONES

Se recomienda tener en cuenta que la excepción de oscuridad y ambigüedad en el modo de proponer la demanda es pertinente y solamente debería utilizarse cuando el petitorio de la demanda no es claro ni entendible, cuando se desconoce el nombre de las partes o de alguna de ellas, cuando el petitorio puede entenderse de varias maneras. Por lo que no es recomendable interponer este tipo de excepción después de contestar cada punto de la demanda, por ser contradictorio e ilógico.

También se recomienda tener en cuenta que los interdictos de retener son un medio de defensa posesoria que persigue el cese de los actos perturbatorios; por lo que, para acreditar este interdicto, cualquier demandante debe estar en posesión del bien y debe de haber actos perturbatorios por parte del demandado, causando perturbación en la posesión sin llegar a desposeerlo. Por lo que los títulos de propiedad no son materia de este remedio procesal, ya que, a través de los interdictos, lo que se busca proteger es la posesión. Por lo que se recomienda no utilizar o tratar de fundamentar una posición jurídica en base a títulos de propiedad, cuando la materia de litigio recae en un proceso interdictorio.

Finalmente se recomienda a los juzgadores tener en cuenta todos los medios probatorios que las partes exhiben durante un proceso judicial; para lo cual deberán verificar su legalidad y no utilizar medios de pruebas extemporáneos como una inspección judicial o basándose en lo que las partes dicen sin que estas guarden relación con los medios de prueba; evitando con ello malas interpretaciones o un injusto en el momento de declarar o desestimar un derecho.

REFERENCIAS

- Avendaño Arana, F. (24 de Enero de 2011). *Procesal Civil : Alexander Rioja Bermudez*. Obtenido de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2011/01/24/los-interdictos/>
- Avendaño Arana, F. (2016). *La Prescripción Adquisitiva Según la Corte Suprema*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Basilio Santos, Z. (Febrero de 2017). La servidumbre como limitación de algunos atributos de la propiedad y como acto increíble en el Registro de Predios. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 239-254.
- Carrión Lugo, J. (1998). *Comentarios al Código Procesal Civil* (Vol. V). Trujillo: Fondo de Cultura Jurídica.
- Diez Picazo, L. y. (1995). *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos.
- García Luque, J. A. (2010). *Protección interdictal de la posesión en el distrito federal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Gonzales Barrón, G. H. (2010). *Derechos Reales*. Lima: Ediciones Legales.