

LA PRETENSIÓN REIVINDICATORIA: LAS DOS CARAS DE LA MONEDA

Enrique Palacios Pareja
Profesor de Derecho Procesal Civil de la
Pontificia Universidad Católica del Perú

INTRODUCCIÓN

No es poco frecuente que el Poder Judicial, después de un largo proceso de desalojo por precario en la vía del proceso “sumarísimo”, declare improcedente la demanda porque el demandado ha argumentado en su defensa, justificando su posesión, un título incompatible con el del actor, que según la Judicatura requiere ser discutido y definido en una vía procesal más lata.

Esa vía procesal más lata es la del proceso de conocimiento o abreviado, donde el propietario deberá plantear su pretensión restitutiva del bien a través de la reivindicación.

A continuación vamos a analizar la pretendida coexistencia del proceso sobre reivindicación y el proceso de desalojo del propietario contra el precario, examinando los conceptos y condiciones de cada uno, si se justifica el tratamiento diferenciado de ambos procesos; sus semejanzas y diferencias; para terminar con una propuesta destinada a evitar que se sigan produciendo resoluciones judiciales meramente dilatorias, que ponen fin a los procesos pero no a los conflictos de intereses.

I.- LA REIVINDICACIÓN

a.- Concepto

Por reivindicación se entiende la recuperación de lo propio, luego del despojo o de la indebida posesión o tenencia por quien carecía de derecho de propiedad sobre la cosa, y se habla y escribe sobre la “*acción reivindicatoria*” definiéndola como aquella que corresponde al propietario no poseedor contra el poseedor no propietario.¹ Se trata entonces de la recuperación por el propietario de la posesión de la que ha sido privado.

Como sabemos, en estricto estamos ante una pretensión reivindicatoria y no frente a una acción reivindicatoria como suele denominársele, pues entendemos por acción aquel Derecho Constitucional inherente a todo sujeto, que lo faculta a exigir al Estado tutela jurisdiccional para un caso concreto, concibiéndose a este derecho, en palabras de Fix Zamudio, como un derecho humano a la justicia.² No es correcto entonces hablar de “*acción reivindicatoria*”, pues la acción es un derecho continente, que no tiene contenido, es un derecho que se agota en la exigencia de justicia al órgano jurisdiccional, independiente del derecho material cuya protección se invoca, e

¹ Cabanellas Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Buenos Aires, Biblioteca Omeba, 1968, Tomo III, pag. 527.

² Monroy Juan. Introducción al Proceso Civil., Bogotá, Temis 1996. Tomo I, pag. 271.

incluso independientemente de si este derecho existe o no. Esta carencia de contenido material otorga al derecho de acción la abstracción que lo caracteriza. Entonces, si la acción no tiene contenido mal podemos hablar de una acción reivindicatoria.

La acción es dirigida al órgano jurisdiccional, a quien se le pide tutela jurídica a través de un acto procesal, que es la demanda. La exigencia de que se me restituya la posesión de un bien, es decir la pretensión, está dirigida contra el demandado. Esta voluntad manifestada en la demanda, de exigir al demandado la restitución es lo que constituye la pretensión.

En síntesis, mediante la acción ponemos en actividad la función jurisdiccional del Estado. Mediante la pretensión exigimos del demandado la satisfacción de nuestro derecho. Entre la acción y la pretensión existe un elemento de contacto, que es la demanda, con la que se ejerce la acción y contiene a la pretensión.³ Es por ello que insistimos en que lo que comúnmente se denomina “*acción reivindicatoria*” no es otra cosa que pretensión reivindicatoria.

b.- Condiciones.-

La reivindicación exige dos condiciones. La primera, que el reivindicante sea propietario de la cosa reivindicada. La segunda, que se haya perdido la posesión de la cosa reivindicada.

Nuestro Código Civil⁴ es lacónico en cuanto a la reivindicación, limitándose a expresar que constituye uno de los atributos de la propiedad, que es imprescriptible y que no procede plantearse contra quien adquirió el bien por prescripción. A pesar de la brevedad en el tratamiento legislativo, podemos obtener aquí la primera de las condiciones de la reivindicación que reconoce nuestro legislador, y que es sostenida por un sector de la doctrina en materia de derechos reales, en el sentido que la reivindicación es una manifestación del derecho de propiedad. Es decir que la reivindicación nace del dominio. Por esa razón se explica que el derecho a reivindicar sea imprescriptible, pues nace de un derecho perpetuo como lo es la propiedad, la que no se pierde por el transcurso del tiempo, sólo se transmite a quien adquiere por usucapión.⁵

Podría intentarse argumentar contra esta tesis, para sostener que la reivindicación no es un derecho que se origine en la propiedad y que deba ser planteado sólo por quien la detenta, haciendo referencia al artículo 1070 del Código Civil⁶, que permite plantear la reivindicación al acreedor prendario que ha perdido involuntariamente la posesión del bien recibido en prenda. Pero este

³ Ramírez Arcila, Carlos. Acción y Acumulación de Pretensiones. Bogotá, Temis 1978. Pag.105.

⁴ “**Definición. Artículo 923.-** 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”.

“**Acción reivindicatoria. Artículo 927.-** La acción reivindicatoria es imprescriptible. No procede contra aquel que adquirió el bien por prescripción”.

⁵ Avendaño, Jorge. Atributos y Caracteres del Derecho de Propiedad, en Para Leer el Código Civil, Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú 1985. Pag. 106.

⁶ “**Defensa posesoria del bien prendado. Artículo 1070.-** El acreedor que ha perdido involuntariamente la posesión del bien recibido en prenda, puede ejercer, además de las acciones de defensa de la posesión, la acción reivindicatoria si ella corresponde al constituyente”.

contra argumento es en realidad inconsistente, pues el artículo citado reconoce la *“acción reivindicatoria”* al acreedor prendario *“si ella corresponde al constituyente”*. Es decir que, el acreedor prendario tiene en realidad un derecho a reivindicar derivado del constituyente de la prenda, quien no es otro que el propietario. Por ello, en realidad el artículo 1070 de nuestro Código Civil no hace sino ratificar que la reivindicación corresponde sólo al propietario y, en todo caso, en palabras de Salvat⁷, cabría explicar esta facultad del acreedor prendario diciendo que hay a favor de él *“un mandato tácito del propietario de la cosa dada en prenda”*. Por ello, concluimos en que conforme al Código Civil Peruano, la reivindicación corresponde sólo al propietario.

En cuanto a la segunda condición, la pérdida de la cosa reivindicada, el propietario debe verse privado de la posesión, la que busca recuperar a través de la reivindicación, como expresión de su derecho de propiedad para el restablecimiento total de esta. Salvat resume esta segunda condición diciendo que *“si el propietario es molestado en el ejercicio de su derecho de propiedad, pero sin llegar a verse privado de la posesión, en términos más concretos, sin llegar a perderla, la acción de reivindicación es inadmisibles”*⁸. Obviamente que al ser privado de la posesión, esta es ejercida por un tercero de manera ilegítima.

II.- EL DESALOJO

a.- Concepto

Nuestro Código Procesal⁹ regula el desalojo como procedimiento para lograr la restitución de un predio, o de bienes muebles o inmuebles, en lo que corresponda. Podemos definir entonces al desalojo como el procedimiento al que se someterá la demanda que contenga la pretensión del demandante de que le sea restituida la posesión de un bien que es poseído por el demandado, restitución que de no realizarse conllevará a la ejecución a través del lanzamiento.

La pretensión de restitución puede provenir del propietario, del arrendador, del administrador y de todo aquel que considere tener derecho a ella. En cuanto al propietario, puede promover el proceso pues la propiedad que detenta le atribuye justamente el poder de usar y disfrutar del bien, para lo cual puede exigir que se le restituya este. El desalojo planteado por el arrendatario se justifica en la facultad que le confiera el arrendador de sub arrendar el bien a favor de un tercero, en concordancia con lo establecido en el artículo 1692 del Código Civil, con lo cual, al vencimiento del contrato de subarrendamiento o ante el incumplimiento de alguna obligación por parte del sub arrendatario que ocasione la resolución del contrato, el arrendatario podrá plantear su pretensión

⁷ Salvat Raymundo. Tratado de Derecho Civil Argentino. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1959. Tomo III, pag. 657.

⁸ Salvat, Raymundo. Op. Cit. Pag. 638.

⁹ **“Artículo 585.- Procedimiento.-** La restitución de un predio se tramita con arreglo a lo dispuesto para el proceso sumarísimo y las precisiones de este Sub-Capítulo”.

“Artículo 596.- Restitución de otros bienes.- Lo dispuesto en este Sub-Capítulo es aplicable a la pretensión de restitución de bienes inmuebles distintos a los predios, en lo que corresponda”.

de restitución del bien por la vía del proceso de desalojo. En cuanto al administrador, ya sea judicial o convencional, no exige mayor explicación el reconocimiento de la facultad de demandar el desalojo para recuperar la posesión del bien perteneciente al patrimonio que administra, que es ilegítimamente poseído por un tercero. Finalmente, como expresa el artículo 586 de nuestro Código Procesal Civil, el desalojo puede plantearlo cualquiera que se considere con derecho a la restitución de un predio, como lo puede ser el usufructuario, a quien conforme al artículo 999 del Código Civil se le confieren las facultades de usar y disfrutar temporalmente de un bien ajeno.

El sujeto pasivo en el proceso de desalojo puede ser el arrendatario, en el proceso iniciado por el propietario arrendador; el sub arrendatario en el que inicie el arrendatario, el precario (supuesto que analizaremos más adelante con mayor detalle), o cualquier otra persona a quien le es exigible la restitución. En este último supuesto general están incluidas aquellas pretensiones restitutivas de un bien provenientes de cualquier relación contractual, como puede ser un contrato de comodato¹⁰, donde el propietario comodante demandaría al comodatario al haberse vencido el plazo convenido para que use el bien; o la pretensión del comprador contra el vendedor para que le entregue el bien objeto de la compraventa conforme al artículo 1552 del Código Civil.

b.- El precario

La voz precario proviene del vocablo latino *precarius*, derivado de *precari*, que significa suplicar. Es decir, precario sería aquello que se logra por medio de súplicas, o sea lo que depende de la voluntad de otro, siendo de carácter incierto o de dudosa estabilidad. En Roma, posesión precaria era aquella que provenía de la tolerancia del propietario o de quien detentaba la posesión (concedente) y accedió a que el tercero (precarista) entrara en posesión del bien. Es una posesión que no descansa en otro título que no sea la voluntad del titular de la posesión, quien accede a que el precarista, gratuitamente y sin plazo fijado, entre a poseer hasta el momento en que el concedente decida que se le restituya el bien. El precarista entonces no adquiere derecho alguno adicional a poseer el bien hasta que el concedente se lo solicite. Este concepto de precario no es el que recoge nuestro Código Civil, que define al precario como aquel que carece de título para poseer o aquel cuyo título ha fenecido. En estricto el concepto romano de precario no es otra cosa que un comodato de duración indeterminada previsto en el artículo 1737 del Código Civil, en virtud del cual se posee el bien gratuitamente hasta que el comodante solicite su restitución.

El concepto de precario se ha extendido considerablemente, y como hemos visto, en nuestro medio no supone una convención previa con el concedente, por la que se permite la posesión. Se trata simplemente de una situación posesoria de puro hecho, sin que exista derecho alguno que la sustente. Nuestro Código Civil, en su artículo 911 define la posesión precaria como

¹⁰ “**Definición. Artículo 1728.-** Por el comodato, el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo y para cierto fin y luego lo devuelva”.

aquella que se ejerce sin título alguno o cuando el título que se tenía ha fenecido.

La Doctrina nacional¹¹ en materia de derechos reales, ha establecido que el mencionado artículo 911 del Código Civil se está refiriendo a la posesión ilegítima, que es aquella que se ejerce sin derecho a poseer, contrariamente a la posesión legítima, que es aquella que se ejerce de acuerdo a derecho. Con lo cual, será precario o poseedor ilegítimo todo aquel que ejerza posesión sin derecho a poseer.

El desalojo contra el precario podrá ser planteado entonces, conforme al artículo 586 del Código Procesal Civil, por el propietario, por el arrendador, por el administrador, por el usufructuario o por cualquier otro que tenga derecho a la posesión del bien, en tanto el demandado posea ilegítimamente.

c.- El desalojo del propietario contra el precario. Condiciones

De lo expuesto en el literal precedente, se aprecia que en el proceso de desalojo, en el supuesto mencionado en el epígrafe, se exigen dos condiciones que coinciden de manera exacta con las condiciones para la reivindicación, esto es, que el sujeto activo sea propietario del bien objeto de la pretensión y que la posesión respecto de dicho bien se haya perdido y la detente ilegítimamente un tercero a quien se le exige la restitución. En síntesis, debe presentarse propiedad en el actor y posesión ilegítima en el demandado.

Al igual que en la reivindicación, la pretensión de restitución por el propietario contra el precario será imprescriptible, pues nace del derecho de propiedad que es perpetuo. El transcurso del tiempo impedirá el planteamiento exitoso de la pretensión sólo en cuanto signifique que el precario haya adquirido la propiedad por prescripción adquisitiva conforme a los artículos 950 y 951 del Código Civil, lo cual, como es obvio, significará que el actor haya perdido la condición de propietario que lo legitimaría para demandar.

III.- COEXISTENCIA DE LA REIVINDICACIÓN Y DEL DESALOJO DEL PROPIETARIO CONTRA EL PRECARIO

Veamos qué puntos de contacto y de desencuentro tienen entre sí la reivindicación y el desalojo del propietario contra el precario.

a.- Vías Procedimentales

Al plantear el propietario la restitución del bien ejerciendo la pretensión reivindicatoria reconocida en los artículos 923 y 927 del Código Civil, se distingue si el bien es mueble o inmueble. En el primer caso se acudirá generalmente al proceso de conocimiento o al proceso abreviado, conforme a

¹¹ Avendaño Jorge. La Posesión Ilegítima o Precaria. En Themis Revista de Derecho, Segunda Epoca, Lima 1986, N° 4. Pag. 60.

los artículos 475 incisos 1º¹², y 486 inciso 8º¹³ del Código Procesal Civil, respectivamente, al no tener el asunto, aparentemente, una vía procedimental propia. Es entonces el Juez quien, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 477 o 487 del Código Procesal Civil, al calificar la demanda y dictar el auto admisorio, determina la vía procedimental que considera aplicable. Si el bien que se reivindica es inmueble, tratándose de una pretensión relativa a derechos reales, conforme al artículo 12 del Código Procesal Civil, el valor del bien a la fecha de la interposición de la demanda determina la competencia y la vía procedimental, empleando para esto último las reglas del artículo 475 inciso 2 y 486 inciso 7 del Código Procesal.

El desalojo contra el precario se tramitará en la vía del proceso sumarísimo como lo establece el artículo 546 inciso 4 del Código Procesal Civil.

La utilización de una u otra vía procedimental tiene marcadas diferencias entre sí. Nos referiremos a las más saltantes: i) Los plazos procesales; ii) La simplificación del proceso sumarísimo, donde en aplicación del principio de concentración se llevan a cabo en una sola audiencia varios actos procesales, como el saneamiento procesal, la conciliación, la fijación de puntos controvertidos, el saneamiento probatorio, la actuación de pruebas y hasta la expedición de la sentencia; iii) La improcedencia de la reconvencción, del ofrecimiento de medios probatorios en segunda instancia, de la variación de la demanda y de los medios probatorios extemporáneos en el proceso sumarísimo, iv) La limitación a medios probatorios de actuación inmediata en las tachas y oposiciones en el proceso sumarísimo.

Como sabemos, el proceso sumarísimo existe para que en él se ventilen cuestiones que, por su poca complejidad, no requieren de plazos amplios ni de despliegue de profusa actividad procesal para lograr la convicción judicial y por lo tanto la declaración de certeza, siendo suficiente el otorgar las garantías básicas para que las partes puedan formular sus postulaciones y acreditarlas en forma proporcional a la complejidad del asunto controvertido.

b.- Las pretensiones

Por pretensión se entiende el efecto jurídico concreto que el demandante persigue con el proceso, efecto al cual quiere vincular al demandado.¹⁴ Ese efecto jurídico tiene un fundamento o una razón que la sustenta. Por ello, podemos decir también que la pretensión es una petición fundamentada. De allí, se concluye en que la pretensión está compuesta por los siguientes elementos: los sujetos, el objeto y la causa de pedir.

¹² “**Artículo 475.- Procedencia.-** Se tramitan en proceso de conocimiento ante los Juzgados Civiles los asuntos contenciosos que:

1.- No tengan una vía procedimental, no estén atribuidos por ley a otros órganos jurisdiccionales y, además, cuando por su naturaleza o complejidad de la pretensión el Juez considere atendible su empleo”.

¹³ **Artículo 486.- Procedencia.-** Se tramitan en proceso abreviado los siguientes asuntos contenciosos:

8.- Los que no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, por la naturaleza de la pretensión, el Juez considere atendible su empleo;”

¹⁴ Devis Echandía Hernando. Compendio de Derecho Procesal Civil. Bogotá Edit. A B C 1978. Pag. 190.

En cuanto a los sujetos, son tres: i) el órgano judicial ante quien se plantea la pretensión; ii) el sujeto activo de la pretensión o demandante, que es quien la plantea; iii) el sujeto pasivo de la pretensión procesal o demandado, que es quien la soporta o contra quien se dirige la pretensión.

El objeto de la pretensión es el petitorio, aquello que específicamente reclama el actor por parte del demandado. Así por ejemplo en un proceso de desalojo el objeto de la pretensión será la restitución del bien al demandante por parte del demandado, y en un proceso de obligación de dar suma de dinero el objeto de la pretensión será el pago por el demandado de la suma que el actor reclama.

La causa de pedir o la razón del petitorio es el fundamento que sostiene al objeto de la pretensión, que consiste en la invocación de una concreta situación de hecho a la cual el actor asigna una determinada consecuencia jurídica. En los ejemplos propuestos, en el desalojo donde el objeto de la pretensión es la restitución del bien al demandante, la causa de pedir puede consistir en el vencimiento del contrato de arrendamiento con el demandado, o en la falta de pago de la renta, que ocasionó la resolución del contrato. Estaremos entonces en los dos ejemplos recién propuestos ante dos pretensiones distintas, que aunque con idéntico petitorio tienen distintas causas de pedir, lo que las hace diferentes.

Hecha esta aproximación a la pretensión procesal, corresponde analizar en qué consiste la pretensión invocada por el propietario demandante en los procesos de reivindicación y de desalojo por precario. Como hemos visto líneas arriba, en la reivindicación el demandante reclama o pretende la restitución de la posesión del bien que es de su propiedad. Busca que, en su condición de propietario se proteja su derecho a usar el bien, derecho que es expresión o manifestación de su dominio. El actor se ve privado de la posesión que otro detenta de manera ilegítima, es decir sin derecho a poseer, y exige que la posesión le sea restituida en su calidad de propietario. Así, su petitorio es la restitución en la posesión del bien, y la causa de pedir no es otra que la ilegitimidad en la posesión del demandado.

Vemos entonces que en el proceso de desalojo del propietario contra el precario, la pretensión del demandante es la misma que se plantea en el proceso de reivindicación, es decir la restitución del bien por parte del demandado, quien lo posee ilegítimamente.

Las pretensiones son idénticas, o mejor dicho, estamos ante la misma pretensión¹⁵. Creemos que en ambos casos lo que plantea el demandante es una pretensión de reivindicación, repetimos, donde el petitorio es la restitución del bien, y la causa de pedir es el derecho de propiedad del actor y la ilegítima posesión del demandado.

¹⁵ Este criterio ha sido recogido por una reciente Resolución dictada el 14 de mayo de 2001 por la Sala Civil de la Corte Superior del Callao (expediente N° 142-2001), por la que confirma el Auto apelado que declaró fundada la excepción de litis pendencia deducida en un proceso de desalojo ante la existencia de un proceso seguido entre las mismas partes sobre reivindicación.

Ahora bien, es necesario detenernos un momento para ver que esta posesión ilegítima del demandado puede responder o sustentarse en un título inválido – por defecto de forma o de contenido -, en la inexistencia de título alguno, o existiendo un título válido este ha fenecido.

Nos explicamos. La posesión puede ejercerse en virtud de un título¹⁶, el cual el poseedor cree que es válido cuando en realidad no lo es; lo que en nuestro Código Civil se regula como posesión ilegítima de buena fe¹⁷, según la cual el poseedor ignora el vicio que invalida su título para poseer. Es decir, que el poseedor cree tener un título válido. Como enseña el Profesor Jorge Avendaño¹⁸, la deficiencia en el título puede no sólo provenir de la invalidez formal en el mismo, sino de la carencia del derecho en el cedente para transmitir la posesión.

La posesión ilegítima de buena fe se presentará por ejemplo en el caso de quien posee en virtud de un acto que descansa en un documento falsificado (lo cual el poseedor ignora) o el de aquel que posee un bien creyendo que este forma parte del acervo sucesorio que se la ha deferido, o el de aquel que recibe la posesión de quien no tenía facultades para cederla. En pocas palabras, existe en el poseedor un título que él cree válido, aunque no lo sea.

De otro lado, el poseedor ilegítimo puede serlo de mala fe, donde creemos pueden calzar los siguientes supuestos: i) aquel que posea en virtud de título inválido por razón de forma o de contenido del mismo, pero consciente de dicha invalidez; ii) el usurpador, o todo aquel que nunca tuvo título iii) quien posea en virtud de justo título que ha fenecido.

Nos interesa centrarnos por un momento en el primero de los supuestos mencionados, cuya diferencia con la posesión ilegítima de buena fe consistiría en un factor mental, como es el conocimiento por parte del poseedor acerca del vicio que invalida su título, de lo cual depende si es un poseedor ilegítimo de buena fe o de mala fe. El Código Civil en su artículo 914¹⁹, concordado con el artículo 907²⁰, sale al frente de esta dificultad presumiendo la buena fe del poseedor, mientras las circunstancias le permitan creer razonablemente que posee legítimamente, trasladándole la carga de la prueba de la mala fe al demandante, quien debe acreditar que a pesar de dichas circunstancias el demandado tiene conocimiento del vicio que invalida su título. Es decir, que sólo se tendrá la calidad de poseedor ilegítimo de mala fe cuando: i) las circunstancias no le permitan creer razonablemente que posee legítimamente,

¹⁶ Por título no debe entenderse el documento, sino la causa o fuente por la que se detenta el derecho.

¹⁷ **“Posesión ilegítima de buena fe. Artículo 906.-** La posesión ilegítima es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título”.

¹⁸ Avendaño Jorge. Loc. Cit

¹⁹ **“Presunción de buena fe del poseedor. Artículo 914.-** Se Presume la buena fe del poseedor, salvo prueba en contrario.

La presunción a que se refiere este artículo no favorece al poseedor del bien inscrito a nombre de otra persona”.

²⁰ **“Duración de la buena fe del poseedor. Artículo 907.-** La buena fe dura mientras las circunstancias permitan al poseedor creer que posee legítimamente o, en todo caso, hasta que sea citado en juicio, si la demanda resulta fundada”.

o ii) cuando permitiéndolo, el poseedor conoce los vicios que invalidan su título, lo cual el demandante deberá probar.

Tenemos entonces una sola pretensión restitutoria del propietario que dirige contra el poseedor ilegítimo. Esta pretensión no es otra que la reivindicación.

c.- Legitimidad para obrar

Según el principio de oportunidad que inspira el proceso civil, este no es el único sistema posible para la actuación del derecho objetivo ni para la restauración del derecho subjetivo violado o desconocido, por lo que la instauración del proceso queda a voluntad del titular del derecho, quien decide si es oportuno para la defensa de sus intereses acudir en busca de tutela judicial, la cual no puede concederse de oficio ni en virtud de petición de persona distinta del titular del derecho subjetivo privado.²¹ Por ello, el proceso sólo tendrá sentido si quien lo inicia afirma ser titular del derecho e imputa la titularidad de la obligación a la persona que demanda. En este sentido nuestro Código Procesal Civil señala en el artículo IV del Título Preliminar que el proceso se promueve a iniciativa de parte, la que “*invocará*” interés y legitimidad para obrar. Se trata entonces de una simple invocación y no necesariamente acreditación a efectos de determinar que quien está instando el proceso en busca de tutela judicial y contra quien se dirige el petitorio, son los sujetos de la relación jurídica sustancial, que están en aptitud de reclamar y de ser destinatarios del reclamo, respectivamente.

Sin embargo, creemos que esta simple invocación es tan sólo la llave de entrada al proceso, pero no es suficiente para mantenerse en él y obtener un pronunciamiento válido sobre el fondo a través de la sentencia. Para ello debe acreditarse estar en aptitud para ser sujeto del derecho que se invoca, y esta aptitud consiste en ser sujeto de la relación jurídica sustancial que está detrás y que origina a su vez la relación jurídica que nace en el proceso como consecuencia de la interposición de la demanda y su admisión, la relación jurídica procesal. Es así, que hacemos nuestra la expresión de Manuel De la Plaza cuando enseña que “*la legitimación para obrar es la aptitud para ser sujeto de derecho, respecto a una determinada controversia, esto es, que así como la capacidad jurídica implica la facultad de poder ser sujeto de una relación, la legitimación supone el serlo en realidad y poder actuar en la controversia con la eficacia necesaria*”²².

Por ello nuestro Código Procesal Civil da la posibilidad al demandado de cuestionar la legitimidad para obrar del demandante y la suya propia a través de las excepciones correspondientes, a fin de que el actor acredite efectivamente la legitimidad que ha invocado para acceder al proceso, lo que si no cumple con hacer impedirá que se dicte una sentencia válida sobre el fondo, al estar en la relación procesal quienes no están en tal aptitud, al no ser sujetos de la relación sustancial.

²¹ Montero Aroca Juan. Introducción al Derecho Procesal. 2ª edición, Madrid 1979. Pag. 214

²² Citado por Devis Echandía Hernando. Nociones Generales de Derecho Procesal Civil. Madrid. Aguilar 1966. Pag. 271.

Si como hemos concluido en literal b. precedente existe una sólo y única pretensión reivindicatoria, cualquiera que sea la vía procedimental en que se reclame dicha pretensión, el sujeto activo legitimado será el propietario del bien. Recordemos que la reivindicación es una manifestación del derecho de propiedad y por lo tanto sólo el propietario podrá reclamar el respeto de ese atributo de su derecho real principal. Nuestro Código Procesal cuando regula el desalojo del propietario contra el precario, exige de manera expresa, como no podía ser de otra manera, que el sujeto activo en el proceso sea el propietario.

Es más, esta calidad de propietario en la relación sustancial debe mantenerse durante todo el proceso para que el demandante permanezca legitimado en él, y si transfiere la propiedad del bien será el nuevo propietario quien adquiera también la condición de demandante por sucesión procesal.²³

En cuanto al sujeto pasivo legitimado, lo será aquel que esté en posesión del bien. Esta posesión no debe ejercerse en relación de dependencia respecto de otro sujeto en cuyo nombre se conserve la posesión y en cumplimiento de sus órdenes o instrucciones. Si así fuera, el demandado no será un poseedor sino un simple servidor de la posesión, circunstancia que ocasiona que el demandado carezca de legitimidad para obrar, con lo cual deberá formular denuncia civil a fin de que el proceso se entienda con el titular de la posesión a quien sirve el demandado. Esta regla está prevista en el artículo 588 del Código Procesal Civil, específicamente para el proceso de desalojo, que no es otra cosa que una denuncia civil en la modalidad de llamamiento posesorio o *laudatio actoris* prevista en el artículo 105 del mismo Código, al cual se remite de manera expresa.²⁴

Otra opción del demandado servidor de la posesión será deducir la excepción de falta de legitimidad para obrar en el demandado conforme al inciso 6 del artículo 446 del Código Procesal Civil, la que al ser amparada tendrá como efecto la suspensión del proceso hasta que la relación procesal se establezca entre las partes legitimadas dentro del plazo que fije el Juez en el Auto de Saneamiento.

²³ “**Artículo 108.- Sucesión Procesal.**- Por la sucesión procesal un sujeto ocupa el lugar de otro en un proceso, al reemplazarlo como titular activo o pasivo del derecho discutido. Se presenta la sucesión procesal cuando:

...

3. El adquirente por acto entre vivos de un derecho discutido, sucede en el proceso al enajenante”.

²⁴ “**Artículo 588.- Falta de Legitimidad para obrar pasiva.**- Si el emplazado acredita no ser poseedor, sino que sólo se encuentra en relación de dependencia respecto a otro, conservando la posesión en nombre de este y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas, debe sobrecartarse el admisorio y procederse conforme a lo dispuesto en el artículo 105, salvo que quien demande sea el poseedor con quien mantiene la relación de subordinación”.

“**Artículo 105.- Llamamiento posesorio.**- Quien teniendo un bien en nombre de otro, es demandado como poseedor de él, debe expresarlo en la contestación a la demanda, precisando el domicilio del poseedor, ...”

“Si el citado comparece y reconoce que es el poseedor, reemplazará al demandado, quien quedará fuera del proceso. En este caso, el Juez emplazará con la demanda al poseedor.

Si el citado no comparece, o haciéndolo niega su calidad de poseedor, el proceso continuará con el demandado, pero la sentencia surtirá efecto respecto de este y del poseedor por él designado.

Lo normado en este artículo es aplicable a quien fue demandado como tenedor de un bien, cuando la tenencia radica en otra persona”.

V.-LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA COEXISTENCIA DE LA REIVINDICACIÓN Y EL DESALOJO

Hemos visto que la pretensión restitutiva del actor se fundamenta en su derecho de propiedad y en que la posesión del demandado es ilegítima. Hemos visto también que la posesión del demandado puede ser ilegítima básicamente por tres razones: i) Porque descansa en un título inválido por defecto de forma o de contenido, ii) Porque no existe título alguno; iii) Porque el título que existía ha fenecido.

En el primer caso, imaginemos que el propietario conoce del título inválido, el que por las circunstancias que lo rodean resulta ser un título que el poseedor puede razonablemente creer válido. La prueba que deberá aportar el actor versará sobre su derecho de propiedad y sobre la invalidez del título del poseedor demandado. La necesidad de probanza de esto último es lo que justificará que el demandante proponga someter la pretensión reclamada a la vía más dilatada del proceso abreviado o de conocimiento, pues se requiere contar con mayores plazos y posibilidades de despliegue de actividad probatoria para plantear, debatir y acreditar la validez o invalidez del título invocado por el demandado justificando su posesión. Así, el demandante, que al momento de demandar conoce del título del demandado, deberá acreditar su derecho de propiedad y las razones alegadas por las que el discutido título posesorio del demandado es inválido. Por su parte, este deberá sostener la validez del título que invoca para poseer y aportar prueba sobre ello.

En los otros dos supuestos el demandante deberá acreditar también propiedad, y el demandado deberá probar la existencia de un título que sustente su posesión. Recordemos que al poseedor se le atribuye la calidad de poseedor sin título o con título fenecido.

El problema central se presenta justamente cuando el demandante ha acudido al desalojo por precario en el proceso sumarísimo y el demandado, a quien se le atribuye la calidad de precario o poseedor ilegítimo sin título alguno o con título fenecido, al contestar a la demanda esgrime un título para justificar su posesión, y por las circunstancias que rodean este título resulta discutible o sustentable por el poseedor. Ello complicaría el proceso creando la necesidad de evaluar la validez de ese título, para lo cual el proceso debe otorgar oportunidades y medios para debatir y acreditar los extremos necesarios.

Insistimos en que el título presentado por el demandado debe ser verosímil o sustentable, pues obviamente que no toda invocación por el demandado de un título para poseer generará la necesidad de abrir el debate sobre la validez del mismo, dado que habrá muchos casos en los que resulte evidente que el pretendido título no tiene el menor elemento que permita sustentar la posesión. Es decir, que no se presentan "*las circunstancias*" – que exige al artículo 907 del Código Civil – que permitan al poseedor creer razonablemente que posee legítimamente. Estaríamos frente a lo que Jorge Walter Peyrano, haciendo referencia a las conclusiones del VIII Congreso Provincial de Derecho Procesal

de Santa Fe en setiembre de 1993, llama “*improponibilidad objetiva de postulaciones*”.

Como mencionamos en la introducción, no son poco frecuentes los casos en que, después de haber soportado las partes las duras cargas que impone someterse a un proceso judicial, demandando el desalojo por precario, se declara improcedente la demanda en razón que el demandado ha invocado un título justificando la posesión del bien, título que se afirma requiere ser evaluado en una vía procedimental más amplia. Ello puede obedecer sencillamente a que el propietario crea que el poseedor del bien no tiene título alguno para poseer cuando en realidad sí tiene un título inválido por razón de forma o de contenido, o desconoce bajo qué título posee el tercero el inmueble de su propiedad, por ejemplo, al haberlo adquirido ocupado.

V.- CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE SOLUCIÓN AL PROBLEMA

A manera de conclusión procedemos a enumerar las principales ideas que justifican la propuesta de solución que se ofrece luego.

- La reivindicación es una pretensión y no una acción, por la que el propietario exige la restitución de un bien de su propiedad, en razón de que el demandado ejerce sobre él posesión ilegítima.
- En la reivindicación no se discute el derecho de propiedad. La calidad de propietario del demandante es un presupuesto para que se dicte una sentencia válida sobre el fondo.
- El precario es un poseedor ilegítimo por que su posesión descansa en un título inválido por defecto de forma o de fondo, o porque no tiene título, o porque el título que tenía ha fenecido.
- El desalojo es una vía procedimental sumarísima por la que se tramitan pretensiones restitutivas de posesión, por lo que el propietario que demanda el desalojo por precario no está haciendo otra cosa que reivindicar el bien de su propiedad.
- Se trata entonces que, en los procesos de desalojo del propietario contra el precario y en los procesos de reivindicación, la pretensión es la misma.
- La vía del proceso sumarísimo se justifica para que en ella se tramiten pretensiones de escasa complejidad, que no requieren de mayor debate ni probanza.
- El propietario puede no conocer bajo qué título es poseído el inmueble, por lo que demanda el desalojo en la vía del proceso sumarísimo, en el que el demandado invoca un título discutible o sustentable con el que pretende justificar su posesión.

- Para evitar que el proceso termine con una sentencia que ponga fin al mismo pero no al conflicto, en consideración a que se requiere de una vía más lata para definir si el título es válido o no, se proponen las siguientes alternativas de solución.

a.- Prueba anticipada

Una manera de evitar la instauración de un proceso de desalojo que resulte ocioso, en tanto no se cumpla con su finalidad pues no se produce en él un pronunciamiento sobre el fondo solucionando el conflicto y haciendo efectivos los derechos sustanciales, como lo dispone el Artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, es acudir previamente a una prueba anticipada en la que el propietario solicite la exhibición, por el poseedor, del documento que justifique el título de su posesión, o en todo caso exprese a qué título la tiene. En la República Argentina, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación²⁵, dentro de lo que denomina Diligencias Preliminares, tiene una norma en tal sentido, autorizando al futuro demandante a preparar el proceso pidiendo que el futuro demandado por reivindicación u otra pretensión posesoria exprese a qué título posee el bien. Una norma de esta naturaleza se justifica dado que, *“Para que la actividad del proceso no se malogre o pueda ser malograda, haciendo inútil poner en movimiento el sistema jurisdiccional, es necesario, a veces, y algunas imprescindible, establecer previamente la existencia o concurrencia de la capacidad en el sujeto, asegurando que el titular se dirige al verdadero obligado, o las condiciones del objeto a demandar, o la razón del litigio”*²⁶

En nuestro medio, si bien no existe una norma que prevea expresamente el supuesto que estamos comentando, es perfectamente posible, por la vía de la prueba anticipada lograr que el poseedor exprese o acredite, ya sea a través de una absolución de posiciones o de una exhibición, o de ambas, bajo qué título detenta la posesión. Para ello bastará cumplir con los requisitos exigidos por el artículo 284 del Código Procesal Civil²⁷, expresando que la pretensión genérica que se va a reclamar es la reivindicación o restitución de determinado bien y que la actuación anticipada del medio probatorio se justifica en la necesidad de definir la existencia de título posesorio para determinar la vía procesal donde se planteará la pretensión reivindicatoria.

Este mecanismo permitirá también establecer si el futuro demandado invoca o no propiedad, pues si esgrime un título de propiedad verosímil obviamente incompatible con el del actor, ya no será la pretensión reivindicatoria la procedente, pues previamente deberá determinarse quién detenta la propiedad.

²⁵ “**Art. 323.- Enumeración. Caducidad.**- El proceso de conocimiento podrá prepararse pidiendo el que pretenda demandar, o quien, con fundamento, prevea que será demandado:

6) que la persona que haya de ser demandada por reivindicación u otra acción que exija conocer el carácter en cuya virtud ocupa la cosa objeto del juicio a promover, exprese a qué título la tiene”.

²⁶ Cuadro Jesús. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Buenos Aires. Depalma 1987. Pag. 450.

²⁷ “**Artículo 284.- Disposición General.**- Toda persona legitimada puede solicitar la actuación de medio probatorio antes del inicio de un proceso. Para ello, deberá expresar la pretensión genérica que va a reclamar y la razón que justifica su actuación anticipada”

Recordemos que la reivindicación supone la calidad de propietario por parte del demandante, condición que si no existe en él, ocasiona su carencia de legitimidad para obrar. La Corte Suprema de la República, por Ejecutorias del 13 de noviembre de 1991 y 4 de octubre de 1995 ha establecido que *“la reivindicación no es la vía idónea para discutir el derecho de propiedad que recíprocamente invocan ambas partes.”*²⁸

b.- Adecuación de la vía procedimental

Sin embargo creemos que la alternativa propuesta sigue siendo costosa en términos de tiempo, pues impone suspender el inicio del proceso hasta que culmine la actuación anticipada del medio probatorio, lo cual como sabemos, en nuestro medio, a pesar de la celeridad que le imprime el Código, puede llevar algunos meses.

Por ello, proponemos que en el proceso sumarísimo regulado en el Código Procesal Civil, en el sub capítulo correspondiente al desalojo, se incorpore una norma que permita al Juez variar la vía procedimental, adecuando el proceso a la vía del abreviado o de conocimiento cuando en la contestación a la demanda el demandado invoque un título para poseer que amerite ser evaluado para determinar si la posesión del demandado es o no ilegítima.

El texto que se propone es el siguiente: *“En los procesos de desalojo contra el precario iniciados por el propietario, en los que el demandado invoque verosímilmente título posesorio que implique una controversia sobre su derecho a poseer y ofrezca medios probatorios que signifiquen discutir fundadamente sobre la validez de su título, el Juez, por Resolución debidamente motivada, podrá declarar aplicable el proceso de conocimiento o abreviado conforme a los artículos 477 y 487 de este Código.*

Esta atribución del Juez para adecuar el proceso a una vía procedimental distinta a la propuesta en la demanda no es una novedad en nuestro Código Procesal, pues ya la tiene otorgada por los artículos 477 y 487 para, liminarmente, en los casos en que la naturaleza o complejidad de la pretensión lo justifiquen, someter una pretensión a una vía procedimental distinta a la propuesta por el demandante.

De este modo, evitaremos la instauración de procesos infructuosos o la innecesaria suspensión del inicio de los mismos debido a la necesidad de esperar que culmine la actuación anticipada de medios probatorios, a que nos hemos referidos en el literal precedente.

De esta manera el demandante tendrá también la oportunidad de desplegar actividad probatoria en contra del título invocado por el demandado, pues a través de los medios probatorios extemporáneos regulados en el artículo 440

²⁸ Anales Judiciales de la Corte Suprema de la República. Tomo LXXIX (Año 1991). Pag. 91, y Tomo LXXXIII (año 1995). Pag. 174.

del Código Procesal Civil²⁹, podrá ofrecer medios probatorios respecto del título que esgrime el demandado y sobre el que el actor no se pronunció en su demanda.

Estamos convencidos de que con una medida como la propuesta se acercará al proceso a la obtención de su finalidad concreta, que es resolver el conflicto de intereses haciendo efectivos los derechos sustanciales y de su finalidad abstracta que es lograr la paz social en justicia, dando cumplimiento a los principios de economía y celeridad procesales postulados en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Civil, según el cual es deber del Juez *“tomar las medidas necesarias para lograr una pronta y eficaz solución del conflicto de intereses o incertidumbre jurídica”*.

²⁹ **Artículo 440.- Hechos no invocados en la demanda.-** Cuando al contestarse la demanda o la reconvenición se invocan hechos no expuestos en ellas, la otra parte puede, dentro del plazo establecido en cada proceso, que en ningún caso será mayor de diez días desde que fue notificado, ofrecer los medios probatorios referentes a tal hecho”.