



**UNIVERSIDAD PARTICULAR
DE CHICLAYO
FACULTAD DE DERECHO**



TITULO:

**“LOS ASPECTOS JURIDICOS CIVILES DE LA OCUPACIÓN
PRECARIA Y EL DERECHO A LA PROPIEDAD EN LA
PROVINCIA DE CHICLAYO EN EL AÑO 2018”**

**PROYECTO DE TESIS
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

**BACHILLER:
WILDER SAAVEDRA DELGADO**

**ASESOR:
MG. JAVIER DIAZ DIAZ**

**CHICLAYO- PERÚ
2019**

**“LOS ASPECTOS JURIDICOS CIVILES DE LA OCUPACIÓN
PRECARIA Y EL DERECHO A LA PROPIEDAD EN LA
PROVINCIA DE CHICLAYO EN EL AÑO 2018”**

Tesis presentado por el Bachiller Sr. Wilder Saavedra Delgados, a la Facultad de Derecho de la Universidad Particular de Chiclayo, para optar el TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO.

Aprobado por:

Wilder Saavedra Delgado
Bachiller

Mg. Javier Díaz Díaz
Asesor

Dr. Teófilo Ramón Rojas Quispe
Presidente

Mg. Fermín Electo Valdivieso Villena
Secretario

Mg. Flor de María Chuzón Jiménez
Vocal

DEDICATORIA

A mis queridos padres

*Por el Sacrificio brindado durante el proceso de mi
educación y por su apoyo incondicional.*

A mi familia por su apoyo moral e incondicional

AGRADECIMIENTO

A Dios:

Porque sin Él nada sería posible,

*A mis docentes que me apoyaron por el
asesoramiento en el desarrollo de mi investigación.,
haciendo posible la presentación de esta Tesis.*

RESUMEN

El Cuarto Pleno Casatorio Civil surge del proceso de desalojo interpuesto por Luis Miguel Correa Panduro, Jorge Enrique Correa Panduro y César Arturo Correa Panduro, contra Mima Lisbeth Panduro Abarca y Euclides Vara Turco, quienes argumentaban ser propietarios del inmueble sito en el Jr. Tarapacá N° 663 y 665 de Pucallpa, cuyo derecho estaba inscrito en Registros Públicos, pese a lo cual estaba siendo ocupado por los demandados sin contar con ningún título. La parte demandada argumentaba que no eran precarios pues habían adquirido la propiedad del bien mediante la prescripción adquisitiva de dominio, tras la posesión del bien por más de cuarenta años y en forma pacífica, pública y como propietarios.

La sentencia de primera instancia resuelve declarar fundada la demanda, ordenándose el lanzamiento de los demandados del bien inmueble materia de reclamo; fallo confirmado por la Sala Superior especializada en lo Civil y afines de Ucayali, frente a lo cual interpone recurso de casación el cual motivó el pleno respectivo.

La Corte Suprema de Justicia en primer lugar delimitó el contenido de la posesión precaria, señalando que “(...) la figura del precario se va a presentar cuando se esté poseyendo sin título alguno, esto es, sin la presencia y acreditación de ningún acto o hecho que justifique el derecho al disfrute del derecho a poseer”, así como también cuando “(...) el título de posesión que ostentaba el demandado haya fenecido, sin precisar los motivos de tal fenecimiento”.

ABSTRACT

The Fourth Full Civil Cassation arises from the eviction process brought by Luis Miguel Correa Panduro, Jorge Enrique Correa Panduro and César Arturo Correa Panduro, against Mima Lisbeth Panduro Abarca and Euclides Vara Turco, who argued to be proprietors of the property located in Jr. Tarapacá N 663 and 665 of Pucallpa, whose right was registered in Public Registers, despite which it was being occupied by the defendants without having any title. The defendant argued that they were not precarious because they had acquired ownership of the property through acquisitive prescription of ownership, after possession of the property for more than forty years and in a peaceful, public and proprietary manner.

The judgment of first instance resolves to declare the claim to be well founded, ordering the launch of the defendants of the real property matter of claim; Ruling confirmed by the Superior Court specialized in Civil and related of Ucayali, before which it intervenes appeal of cassation which motivated the respective plenary.

The Supreme Court of Justice first delimited the content of precarious possession, stating that "(...) the figure of the precarious will be presented when it is being possessed without any title, that is, without the presence and accreditation of any Act or fact justifying the right to the enjoyment of the right to possess ", as well as when "(...) the title of possession held by the defendant has expired, without specifying the reasons for such termination. "

INTRODUCCIÓN

La posesión precaria parece un tema propio de peritos en derecho, enfrascados en definiciones, clasificaciones y consecuencias perfectamente delineadas mediante un método dogmático que pretende deducir los alcances del sistema jurídico desde un conjunto de normas neutras, dictadas por el Soberano.

Esta es la idea que tiene un sector doctrinal que comenta el Código Civil de 1984, apegado a los dictados de un inexistente Princeps, que hace y deshace con el Derecho, de acuerdo con sus particulares fines. Incluso, se ha invocado que el concepto de precario, en nuestro país, mutó “por obra de los decretos leyes de los gobiernos militares”. Curiosa opinión por la que se postula desterrar el glorioso Derecho romano, por senectud, en aras de glorificar la “racionalidad” de algunos mandatos emanados de la fuerza. En nuestro querido Perú, nunca es más cierta la terrible frase de Von Kirschbaum, cuando dijo que “tres palabras del legislador son suficientes para arrojar bibliotecas enteras a la basura”. Positivismo puro, pero de la peor estirpe.

El artículo 911 CC ha sido entendido como palabra sacrosanta, que no puede interpretarse. Se dice que, para bien o para mal, es la “voluntad del legislador” (lege lata), y no hay más que hacer reverencias al texto literal.

INDICE

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

RESUMEN5

ABSTRACT.....6

INTRODUCCIÓN7

CAPITULO I

MARCO DE INVESTIGACIÓN

1.1.- Realidad Problemática.	13
Francia.....	13
Portugal	13
Inglaterra	13
A nivel global	14
1.2.- Planteamiento del Problema	14
A Nivel de la provincia de Chiclayo	19
1.3.- Formulación del problema	19
1.4.- Justificación e importancia del estudio.	19
1.5.- Hipótesis.....	20
1.6.- Variables.....	21
1.6.1.- Variable independiente. (Causas del problema a tratar).....	21
1.6.2.- Variable dependiente (efectos del problema).....	21
1.7.- Objetivos	21
1.7.1.- General	21
1.7.2.- Específicos	21
1.8.- Metodología y Técnicas.....	22
1.8.1.- Método inductivo y deductivo	22
1.8.2.- métodos de análisis – síntesis.	22
1.8.3.- Población y Muestra	22
1.8.4.- Materiales, técnicas e instrumentos de recolección de datos	22

Materialles.	22
1.8.5.- Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	22

CAPITULO II

LA PROPIEDAD INMUEBLE

2.1.EVOLUCIÓN EN LA HISTORIA.	23
2.2.- LA PROPIEDAD EN EL PERU	24
2.3.- DERECHO DE PROPIEDAD	27
2.4.- DEFINICIÓN.	28
2.4.1.- Perspectiva filosófica.....	28
2.4.1.1.- Perspectiva histórica.	28
2.4.1.2.- Perspectiva económica.	28
2.4.1.3.- Perspectiva metodológica.	28
2.4.1.4.- Perspectiva jurídica.	29
2.5.- CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE PROPIEDAD.....	29
3.1.- INTRODUCCION.....	35
3.2.- DEFINICIÓN.	37
3.3.- ETIMOLOGÍA Y ORIGEN.	37
3.4.- DEFINICIONES DE PRECARIO EN ROMA Y EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL.	39
3.5.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA POSESIÓN	41
3.6.- ELEMENTOS.	43
3.6.1.-Corpus	43
3.6.2.- Animus	43
3.7.- TIPOS.....	44
a) Posesión iusta.	44
b) Posesión de buena fe.	44
c) Posesión natural.....	45
d) Posesión civil.	45
e).- Posesión mediata y posesión inmediata.....	45
3.8.- PROTECCIÓN DE LA POSESIÓN	46

3.9.- ADQUISICIÓN CONSERVACIÓN Y PÉRDIDA DE LA POSESIÓN	47
3.9.1.- Adquisición	47
3.9.2.- Conservación.....	48
3.9.3.- Pérdida	48

CAPITULO IV

OCUPANTE PRECARIO

4.1.-ORIGEN Y EVOLUCIÓN EN ROMA.	49
4.2.-EVOLUCIÓN DEL PRECARIUM EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO.....	53
4.3.-EVOLUCIÓN EN EL PERÚ.....	57

CAPITULO V

LA POSESIÓN PRECARIA EN LA JURISPRUDENCIA PREVIA AL IV PLENO

5.1.- EL TRISTE PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA	60
5.2.- CAUSA DE LA INCERTIDUMBRJE	64
5.3.- EL CONCEPTO JURISPRUDENCIAL DEL PRECARIO, ANTES DEL CUARTO PLENO CIVIL DE LA CORTE SUPREMA.	65
5.4.- ANÁLISIS DE LA DOCTRINA QUE DEFIENDE EL CONCEPTO JURISPRUDENCIAL DE POSESIÓN PRECARIA	67
5.4.1.- la tesis de Lama More.....	67
5.4.2.- la tesis de Torres Vásquez	70
5.4.3.- La tesis de mejorada Chauca	70
5.5.- EL CRITERIO JUDICIAL DE POSESIÓN PRECARIA ES "MULTIUSOS"	71
5.6.- LAS REGLAS VINCULANTES DEL CUARTO PLENO	72
5.7.- SÍNTESIS SOBRE LAS REGLAS VINCULANTES DEL CUARTO PLENO.....	75
5.8.- POBREZA ARGUMENTATIVA DE LA SENTENCIA DEL PLENO	76
5.9.- GRAVES OMISIONES DE LA SENTENCIA DEL PLENO	78
5.10.- LA SENTENCIA DEL PLENO INFRINGIÓ NORMAS LEGALES EXPRESAS	80

CAPITULO VI

EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

6.1.- DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS.....	82
---	----

6.2.- PERSONAS FACULTADAS PARA ARRENDAR.....	83
6.3.- PERSONAS IMPEDIDAS DE ARRENDAR	84
6.4.- ARRENDAMIENTO DE BIEN INDIVISO.....	84
6.5.- ARRENDAMIENTO DE BIEN AJENO.....	85
6.6.- ARRENDAMIENTO FINANCIERO.....	85
6.7.- OBLIGACIONES DEL ARRENDADOR.....	86
6.7.1.- Obligación de entrega del bien	86
6.7.2.- Obligaciones adicionales del arrendador	87
6.7.3.- Obligaciones del arrendatario	88
6.8.1.- Arrendamiento a plazo determinado	88
6.9.- LÍMITES MÁXIMOS PARA EL ARRENDAMIENTO DE DURACIÓN DETERMINADA	89
6.9.2.- Plazo máximo de seis años	91
6.10.- EFECTOS POR VIOLACIÓN DE LOS PLAZOS MÁXIMOS.....	92
6.11.- DEBATE ACERCA DEL PLAZO MÁXIMO DEL ARRENDAMIENTO Y DEL LÍMITE TEMPORAL DEL DERECHO DE SUPERFICIE	92
6.11.- PLAZO PRESUNTO DEL ARRENDAMIENTO	93
6.11.1.- Arrendamiento con finalidad específica	93
6.11.2.- Arrendamiento de inmuebles ubicados en zona de temporada.....	93
6.11.3.- Arrendamiento de duración indeterminada	94
6.12.- CESIÓN DEL ARRENDAMIENTO.....	95
6.13.- CONCLUSIÓN DEL ARRENDAMIENTO.....	95
6.13.1.- Conclusión del arrendamiento de duración indeterminada	96

CAPITULO VII

EN EL DERECHO COMPARADO

7.1.- CHILE	100
7.2.- COLOMBIA.....	101
7.3.- ARGENTINA.....	101

CONCLUSIONES	102
RECOMENDACIONES	104
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	105

CAPITULO I

MARCO DE INVESTIGACIÓN

1.1.- Realidad Problemática.

Francia

En las pocas codificaciones que todavía mantienen la figura del precario en forma expresa, normalmente se le incorpora dentro del contrato de comodato, con el que tiene analogías, pues se trata de la cesión gratuita para el uso de un bien, a lo que se añade el carácter libremente revocable de la concesión, por lo que el titular puede dejarla sin efecto en cualquier momento, sin mayores requisitos que su propia voluntad. Por ejemplo, el art. 1889 del Código Napoleónico de 1804, que otorga al comodante la potestad de solicitar la devolución de la cosa si es que tuviese necesidad de utilizarla, ha motivado que la doctrina francesa (entre ellos Colin y Capitant) considere que en ese caso “hay precario

Portugal

El Código Civil de 1967 considera que los detentadores o precarios son todos aquellos que ejercen el poder de hecho sin el ánimo de actuar un derecho real (art. 1253). En ella se usa el término de precario en “forma amplia”, como sinónimo de detentador o poseedor inmediato, que reúne a los poseedores derivados (arrendatarios, por ejemplo), a los poseedores en nombre ajeno (mandatarios) y también a los precarios “en estricto”, es decir, “los que simplemente se aprovechan de la tolerancia del titular del derecho” (art. 1253-b)

Inglaterra

El Derecho inglés no se aparta de los sistemas de la tradición jurídica continental, pues también se reconoce una figura por la cual el poseedor actúa por licencia o permiso del dueño. En tal caso, obviamente, el precario reconoce una posición jurídica superior a la suya, por lo que no puede adquirir por usucapión o *adverse possession*.

A nivel global

Savigny sostiene que la posesión romana está conformada por dos elementos: 1º) el Corpus; y, 2º) el animus possidendi.

El corpus, bajo la propuesta de Savigny, es la posibilidad material de hacer de la cosa lo que se quiera, impidiendo toda injerencia extraña.²⁻³

El animus possidendi, según Savigny, "(...) no es otra cosa sino la intención de ejercer el derecho de propiedad. Pero esta definición no es suficiente porque una persona puede tener la intención o ánimo de poseer de dos maneras diferentes: puede querer el derecho de propiedad de otra persona o el suyo propio. Si tiene la intención de ejercer la propiedad de otro no existe este animus possidendi, que es necesario para que el hecho de la detentación (corpus) se transforme en posesión".^{1 2.}

La descripción del animus possidendi conlleva a la equiparación con el animus domini, pues el poseedor debe tener la intención de ejercer aquel poder fáctico sobre la cosa como si fuera el real propietario, aun cuando en la realidad no lo fuese, lo que se evidenciara en un ejercicio del poder factico sobre la cosa (uso y disfrute) sin restricciones y en forma exclusiva, no reconociendo a nadie con un derecho superior al suyo.

Bajo la interpretación adoptada, la posesión es aquel estado factico resultante de la confluencia de elementos facticos (corpus) y volitivos (animus), ejercido por un sujeto de derecho (a excepción del concebido) sobre bienes susceptibles de ser objeto de aquel estadio material; precisando que el animus está referido a la voluntad e intencionalidad de mantener un vínculo con el bien, lo cual se demuestra a través del mismo estado fáctico de relación con el bien, no requiriendo para su configuración que posea a título de propietario (animus domini).

1.2.- Planteamiento del Problema

El Problema del arrendamiento y sus obligaciones en el Perú, es un tema de debate diario, pues, escuchamos problemas de personas que arriendan sus inmuebles y se

³ Gonzáles Barrón al respecto señala: "El corpus es la posibilidad física de actuar sobre la cosa, de disponer de ella y de defenderla de cualquier acción extraña". GONZALES BARRÓN, Gunther. Derechos reales. Lima: Jurista Editores, 2005, p. 251

² El corpus supone el contacto material o manual con la cosa, aunque aquello no es indispensable para la configuración de la posesión. Asimismo, la configuración del corpus exige del poseedor voluntad para entrar en contacto con el bien, pues de no producirse ello, como por ejemplo cuando uno lleva en su poder un bien introducido por un tercero sin haber conocido o autorizado aquel acto, no abra corpus sino una simple "yuxtaposición local", según Savigny.

dificultan en cobrar sus arriendos y/o solicitar la devolución del inmueble.

Durante el transcurso de los años a partir del Código Civil. de 1936 hasta el código Civil de 1984 la ley del inquilinato ha tenido muchas interpretaciones tanto legislativas como doctrinales sobre el derecho de propiedad, las cuales han sido muy engorrosas pues desde un inicio siempre han existido parámetros de auto regulación en favor del inquilino.

Con el avance del tiempo y la globalización además de la liberación de la economía y el boom de las edificaciones, el pensamiento del legislador y del jurista ha cambiado en forma abismal. Uno de los últimos cambios respecto del precario y su estudio lo encontramos en la sentencia del cuarto pleno casatorio derivado del exp. No. 2195-2011 – UCAYALI.

En el presente proyecto se pretende demostrar que aun cuando fue correcta la elección del problema sobre el cual versaría el precedente judicial, la posición final adoptada sobre el precario y en mérito de la cual se generaría una serie de efectos, estaría muy lejos de ser una real solución al problema, llegando incluso a agravarlo.

El problema elegido del precedente judicial fue la disparidad de consideraciones sobre el ocupante precario, lo que plantea la exigencia de abordar y tomar posición respecto de la posesión, por cuanto ello influirá sobre cualquier postura posterior que se adopte respecto de la posesión precaria.

La delimitación conceptual de la posesión no es tarea fácil y pacífica, pues alrededor de aquella se han tejido diversas nociones, todas las cuales responden a particulares puntos de vista de los elementos que la conforman, lo cual nos traslada a la clásica controversia entre Savigny y Ihering.

"El denominado "poseedor precario" en el Código Civil peruano es un sujeto que tiene solo la tenencia del bien analógicamente como el servidor de la posesión. Es decir, el precario y servidor de la posesión son tenedores y no son poseedores".

"La denominada "posesión" precaria es la que se ejerce sin autorización expresa, es decir, la tenencia se ejerce con tolerancia sucesiva (tenencia sin título alguno) o cuando se usa el bien con autorización pero ella se revoca (tenencia autorizada pero posteriormente fenece o se revoca).

La definición de precario esgrimida por los autores citados permite evidenciar de manera sencilla la incompatibilidad con la postura adoptada por la Corte Suprema de Justicia.

Asimismo, el cuestionamiento al Cuarto Pleno Casatorio Civil está basado en el

desconocimiento de la legislación, jurisprudencia y doctrina nacional al momento de regular los diversos supuestos de posesión precaria, según pasamos a explicar:

En primer lugar, el desconocimiento de la naturaleza jurídica del proceso de desalojo, pues pese a ser reconocido como un mecanismo de tutela posesoria, pues la defensa de la propiedad está reservada para la acción de reivindicación, según los lineamientos fijados por el Cuarto Pleno Casatorio Civil el desalojo vendría igualmente a proteger la propiedad, pues puede ser promovida por quien no ostento la propiedad del bien, como en el caso del adquirente frente al arrendatario sin derecho inscrito.

En segundo lugar, la subsunción dentro de la categoría de posesión precaria supuestos expresamente regulados por disposiciones normativas distintas, como el desalojo por conclusión de contrato (por vencimiento del plazo de duración), el cual se encuentra normado en la Tercera Disposición Modificatoria del Código Procesal Civil, cuyo texto señala: "Las pretensiones de restitución de inmuebles por vencimiento de plazo de contrato de arrendamiento, de que trata este Decreto Legislativo, se tramitan conforme a lo dispuesto para el proceso de Desalojo en el Código Procesal Civil"; y a través de cuya interpretación se extrae en forma sencilla que es un supuesto distinto del desalojo por posesión precaria.

En tercer lugar, el desconocimiento de la subsistencia de efectos obligacionales tras la declaración de conclusión del contrato respectivo, ya sea por la resolución o rescisión de un contrato, o por el vencimiento del plazo de duración, lo que determina que la obligación de entrega del bien no esté basada en la condición de precario, sino en la obligación legal de devolución de prestaciones, como lo previsto en el artículo 1372 del Código Civil, que regula los efectos de la resolución, cuyo texto señala: "Por razón de la resolución, las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento indicado en el párrafo anterior, y si ello no fuera posible deben rembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento", o por el artículo 1681 del Código Civil, que regula los efectos del vencimiento del plazo de duración del contrato de arrendamiento, cuyo texto señala: "El arrendatario está obligado: (...) 1°.- A devolver el bien al arrendador al vencerse el plazo del contrato en el estado en que lo recibió, sin más deterioro que el de su uso ordinario".

La Corte Suprema de Justicia además no ha considerado el impacto de la decisión adoptada en aspectos procesales como la competencia de los procesos de desalojo. En

efecto, si según el Cuarto Pleno Casatorio Civil los supuestos de resolución por falta de pago o de vencimiento del plazo de duración se encuentran comprendidos bajo el manto de la categoría de posesión precaria, esto conlleva a que solo resulten competentes para conocer aquellos procesos los Jueces Especializados Civiles o Mixtos, mas no los Jueces de Paz Letrado, dejándose de lado la competencia por cuantía fijada en el artículo 547 del Código Procesal Civil, cuyo texto señala: "En el caso del inciso 4) del artículo 546, cuando la renta mensual es mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal o no exista cuantía, son competentes los Jueces Civiles. Cuando la cuantía sea hasta cinco Unidades de Referencia Procesal, son competentes los Jueces de Paz Letrados".

Finalmente, el Cuarto Pleno Casatorio Civil deja subsistente el problema que motivó su convocatoria, esto es, si procede o no dentro del proceso de desalojo por ocupante precario el análisis y la eventual declaración del demandado como propietario por haber operado a su favor la prescripción adquisitiva de dominio o usucapión; posición basada en la lectura del numeral 63, literal VI, cuyo texto señala: "La mera alegación del demandado, en el sentido de haber adquirido el bien por usucapión, no basta para destruir la pretensión de desalojo y declarar la improcedencia de la demanda, correspondiendo al Juez del desalojo valorar las pruebas en las cuales sustenta el demandado su derecho invocado, sin que ello implique que está facultado para decidir sobre la usucapión; por lo tanto, se limitará a establecer si, de la valoración de las pruebas, surge en él la convicción de, si corresponde o no, declarar el derecho de poseer a favor del demandante o del demandado. Es decir, el Juez no debe ingresar a verificar si es que la parte demandada adquirió o no el bien por usucapión, sino que debe limitarse a verificar si del análisis de los hechos y de la valoración de las pruebas presentadas por la parte emplazada surge en él la convicción de la existencia de lo que viene considerándose como un título suficiente, que enerve el derecho que esgrime el demandante. Este hecho (de declararse fundada la demanda desalojo por precario), en nada afecta lo que se vaya a decidir en otro proceso donde se verifique la pretensión de usucapión. De ampararse, mediante resolución definitiva, la demanda de prescripción adquisitiva, el usucapiente tendrá expedito su derecho para solicitar la inejecución del mandato de desalojo o en todo caso para solicitar la devolución del inmueble".

En efecto, la lectura del considerando precedente permite advertir una

incongruencia en la justificación de la decisión del Cuarto Pleno Casatorio Civil, pues por un lado fija como regla la imposibilidad del Juez de analizar los elementos que configuran la prescripción adquisitiva de dominio -por no ser objeto del proceso de desalojo la declaración judicial de propiedad-, pero por otro lado impone la exigencia de verificar la existencia de un título posesorio que justifique la posesión cuestionada, lo que motiva formular la siguiente interrogante: ¿acaso la posesión ejercida en forma continua, pacífica, pública y a título de propietario por el plazo legalmente fijado no solo genera el derecho de propiedad sino además representa un válido título posesorio?. La respuesta deviene en sentido afirmativo, por lo que el Juez en el quehacer jurídico deberá necesariamente verificar la concurrencia de aquellos requisitos de la prescripción adquisitiva de dominio.

Recurso de casación interpuesto contra la sentencia de vista expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que confirma la apelada que declara fundada la demanda de desalojo por ocupación precaria. El recurso de casación ha sido declarado procedente en forma excepcional por la Sala Suprema bajo las causales de infracción normativa procesal.

se deberá tener presente que tratándose del ejercicio de una acción de desalojo por ocupación precaria, se tiene que reiterada y uniforme jurisprudencia del Supremo Tribunal, como por ejemplo, a través de la Casación número 3140-98-Lambayeque, se ha establecido que: “Para amparar una acción de Desalojo por Ocupación Precaria, el accionante debe acreditar dos condiciones copulativas; tales son: la titularidad sobre el bien cuya desocupación pretende y que el emplazado ocupe el mismo sin título o cuando el que tenía ha fenecido” ; así como la Casación número dos mil cuatrocientos setenta y cuatro guión mil novecientos noventa y nueve de La Libertad, la cual señala que: “Reiteradas ejecutorias expedidas por esta Sala Suprema tienen establecido que en un proceso sobre Desalojo por Ocupación Precaria, el demandante debe acreditar fehacientemente su derecho de propiedad con relación al bien sub litis y que la parte demandada ejerce una posesión sin título que la respalde o habiéndolo tenido éste ha fenecido” ; lo que en efecto se cumple en el presente proceso, pues se ha establecido que los demandantes acreditaron la titularidad de su derecho sobre la propiedad que pretenden que el demandado desocupe, y éste último no presentó medio probatorio alguno que acredite su dicho, es decir, lo posee sin título que lo respalde, al no haber acreditado que la condición de heredero forzoso que manifiesta tener, en razón que no fue considerado

por su progenitor en el anticipo de legítima”.

A Nivel de la provincia de Chiclayo

Las familias No estaban dispuestos a abandonar la vivienda que durante años habitaron y se enfrentaron a la policía lanzando botellas de vidrio desde el techo de un inmueble ubicado en la urbanización Patazca en Chiclayo.

Los agentes respondían al ataque lanzando gases lacrimógenos, pero esta acción exacerbó los ánimos de las personas, que decidieron prender fuego a varios neumáticos para evitar que los efectivos ingresen por el techo.

Algunos de los familiares que se quedaron en la calle se enfrentaron verbalmente a la policía, por lo que fueron intervenidos. Una mujer fue la que más trabajo le costó a los agentes para ser llevada a la comisaría.

Los minutos pasaban y al ver que estas personas se negaban a salir de la vivienda, las autoridades solicitaron el apoyo de un cargador frontal para hacer el trabajo pesado.

Debido a los gases lacrimógenos, el humo generado por los neumáticos encendidos y el polvo químico de los extintores, provocó que las familias de las casas contiguas salgan corriendo a la calle.

Esta diligencia fue ordenada por el segundo juzgado penal de Chiclayo, luego de un largo proceso judicial.

1.3.- Formulación del problema

¿De qué manera se dan los criterios de aplicación derivados del Derecho a la propiedad y cuál es su tratamiento frente al ocupante precario en la legislación peruana?

1.4.- Justificación e importancia del estudio.

El presente proyecto lo considero muy importante debido a que desde que se incorporó el precariato al sistema jurídico peruano ha generado debates y polémicas en torno a su noción, pese a la regulación normativa; apasionamiento incrementando nuevamente tras la emisión del Cuarto Pleno Casatorio Civil.

Por tal, considero necesario partir de la actual regulación normativa del precario, la cual se encuentra prevista en el artículo 911° del Código Civil, cuyo texto señala: "**La**

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

El Cuarto Pleno Casatorio Civil surge del proceso de desalojo interpuesto por Luis Miguel Correa Panduro, Jorge Enrique Correa Panduro y César Arturo Correa Panduro, contra Mima Lisbeth Panduro Abarca y Euclides Vara Turco, quienes argumentaban ser propietarios del inmueble sito en el Jr. Tarapacá N° 663° y 665° de Pucallpa, cuyo derecho estaba inscrito en Registros Públicos, pese a lo cual estaba siendo ocupado por los demandados sin contar con ningún título. La parte demandada argumentaba que no eran precarios pues habían adquirido la propiedad del bien mediante la prescripción adquisitiva de dominio, tras la posesión del bien por más de cuarenta años y en forma pacífica, pública y como propietarios.

La sentencia de primera instancia resuelve declarar fundada la demanda, ordenándose el lanzamiento de los demandados del bien inmueble materia de reclamo; fallo confirmado por la Sala Superior especializada en lo Civil y afines de Ucayali, frente a lo cual interpone recurso de casación el cual motivó el pleno respectivo.

La Corte Suprema de Justicia en primer lugar delimitó el contenido de la posesión precaria, señalando que "(...) la figura del precario se va a presentar cuando se esté poseyendo sin título alguno, esto es, sin la presencia y acreditación de ningún acto o hecho que justifique el derecho al disfrute del derecho a poseer"¹⁴, así como también cuando "(...) el título de posesión que ostentaba el demandado haya fenecido, sin precisar los motivos de tal fenecimiento". En suma, "Una persona tendrá la condición de precaria cuando ocupe un inmueble ajeno, sin pago de renta y sin título para ello, o en conclusión, la doctrina nacional mayoritaria, lejos de cuestionar la regulación normativa del precario, la acepta y la desarrolla subsumiendo dentro de los supuestos fijados por la disposición normativa diversos sucesos.

1.5.- Hipótesis

Si, los criterios de aplicación derivados del derecho a la propiedad, son contemplados legalmente en el tratamiento frente al Ocupante Precario; entonces se está garantizando los derechos y la seguridad jurídica de los justiciables.

1.6.- Variables.

1.6.1.- Variable independiente. (Causas del problema a tratar)

- Las demandas de desalojo de ocupación precario
- Los derechos del propietario
- Las partes en conflicto

1.6.2.- Variable dependiente (efectos del problema)

- Los criterios de aplicación contemplados en el cuarto pleno casatorio civil previstos en la sentencia recaída en el expediente 2195-2011-Ucayali
- El derecho de las partes
- La seguridad jurídica derivada de la jurisprudencia vinculante

1.7.- Objetivos

1.7.1.- General

Determinar cómo se dan los criterios de aplicación derivados del Derecho a la propiedad y cuál es su tratamiento frente al ocupante precario en la legislación peruana.

1.7.2.- Específicos

- Analizar las medidas para enfrentar los problemas que genera la actual regulación del precario, tanto por la legislación vigente como por el Cuarto Pleno Casatorio Civil;
- Implementar medidas a futuro para la indebida regulación del precario en el derecho peruano.
- Evaluar el tratamiento frente al ocupante precario periodo 2015- 2016 en el Distrito Judicial de Lambayeque
- Orientar a los operadores del derecho y las partes en conflicto para buscar la seguridad jurídica como un objetivo del derecho civil.

1.8.- Metodología y Técnicas

1.8.1.- Método inductivo y deductivo

Porque se partirá investigando desde un estudio general de la problemática de ocupación precaria, llegaremos a un análisis, conclusiones y recomendaciones.

1.8.2.- métodos de análisis – síntesis.

Analítico – Sintético

Deductivo – Inductivo.

Puesto que para comprender el tema de investigación se va a descomponer, analizar e interpretar el mismo en diversos capítulos.

1.8.3.- Población y Muestra

Población : Distrito Judicial De Lambayeque

Muestra : Juzgados civiles

1.8.4.- Materiales, técnicas e instrumentos de recolección de datos

Materiales.

- Laptop
- Libros de derecho registral
- Papel bond
- Revistas jurídicas
- Lapiceros
- Fichas bibliográficas

1.8.5.- Técnicas e instrumentos de recolección de datos

- Fichaje Bibliográfico
 - o Para la elaboración del presente marco teórico, se ha empleado las fichas de registro (fichas bibliográficas) y las fichas de investigación (fichas textuales de resumen).
- Análisis, comentario e interpretación documental.
- Observación exploratoria.
- Encuesta y análisis de casos.
- Entrevista en la Zona Registral.

CAPITULO II

LA PROPIEDAD INMUEBLE

2.1.- EVOLUCIÓN EN LA HISTORIA.

Por cuestiones metodológicas y de centramos en el objeto de estudio de la presente investigación; describiremos en este apartado, tan sólo un breve bosquejo de la historia de la propiedad.

Antes de la existencia de un sistema de propiedad sobre los bienes, existía el apoderamiento de las cosas basado en la fuerza. Luego la civilización impuso la necesidad de regular estos comportamientos en base a reglas o pautas respecto de la tenencia, uso y disfrute de la propiedad. Así desde el Derecho Romano, pasando por la Edad Media, la Edad Moderna, hasta la actualidad se ha ido gestando un sistema de propiedad a través de los cambios jurídicos y políticos que dicta la historia.

1.1.- El sistema de la propiedad en el Derecho Romano: Fue el primero en darnos una organización jurídica de la propiedad. Según (BENIFONTE, 2002) en Roma el sistema de la propiedad individual nace cuando los grupos primitivos se disgregaron formando familias, y sus miembros se hicieron sujetos patrimonialmente independientes.

Luego es con la Ley de las XII Tablas (año 449 A.C.) que la propiedad individual se institucionaliza y empieza a gestarse sus atributos o características, muchos de los cuales han sobrevivido a la historia.

La propiedad es concebida en la Roma de aquel entonces como (Rojima: 80; 197) “un señorío absoluto, exclusivo, unitario y perpetuo para usar (jus utendi), disfrutar (jus fruendi) y disponer de una cosa (jus abutendi).”

1.2.- El sistema de propiedad en la Edad Media. Según (ALESSONDRI, 1997) se caracterizó por un tinte político-religioso. Político debido a que la propiedad tenía como presupuestos a la soberanía y la propiedad territorial, y religioso por el carácter sacro y mítico de la autoridad del Rey.

1.3.- El sistema de la propiedad en la Edad Moderna. Para (RAFAEL, 1977) fue la Revolución Francesa la que terminó con la propiedad feudal y con todo tipo de visión política o religiosa de la propiedad. Volviéndose de esta manera a la antigua ideología del Derecho Romano; es decir, que la propiedad luego de la revolución Francesa dejó de significar imperio, soberanía o poder para volver a ser un derecho privado de carácter exclusivo absoluto y perpetuo.

1.4.- El sistema de la propiedad en la actualidad. En la actualidad fruto de una ideología neoliberal el sistema de la propiedad tiene una marcada función social, motivo por el cual ha sido objeto de múltiples restricciones.

2.2.- LA PROPIEDAD EN EL PERU

Sobre la propiedad en el Perú, (RAMIREZ, 2007) nos da una visión global tanto en su aspecto filosófico, económico y jurídico.

2.2.1.- HISTORIA.

EPOCA PRE INCA E INCA.

En general la propiedad en el Perú antes de la llegada de los españoles tuvo las siguientes características.

Filosofía económica:

En el Perú como en los demás pueblos del mundo la propiedad ha sido en su origen colectiva, teniendo su campo de gravitación principal en el ayllu, a partir del cual se organizaban otras organizaciones sociales.

Instituciones sociales- económicas: ayllu y Tribu

Sistema Económico.

El sistema económico fue el de la comunidad agraria, el cual significaba propiedad colectiva de la tierra, propiedad colectiva del agua, cooperación común en el trabajo, apropiación individual de las cosechas y frutos.

Derecho.

Según (SIVIRICHI, 1995) El Derecho en esta etapa se caracterizó por una preponderancia del Derecho Público, en desmedro del Derecho Privado.

Los incas no tuvieron el menor concepto de la propiedad privada respecto de los bienes inmuebles, por tanto no existía un Código Civil o algo similar que regulara el Derecho privado relativo a las personas, obligaciones o contratos.

Inicios de la propiedad privada.

Si bien la propiedad inmobiliaria no podía ser, al menos mayoritariamente, objeto de venta, con el paso del tiempo y conforme se va asimilando las tierras a los bienes muebles, empieza a hacerse intercambiable cobrando importancia poco a poco los derechos reales, obligaciones y sucesiones. Es decir se empieza a notar rastros de propiedad privada.

2.2.2.- LA COLONIA.

La conquista por parte de los españoles en 1532, significó para el Perú grandes cambios a nivel económico y social, entre los cuales podemos citar los siguientes:

2.1.2.1.- Filosofía económica.

Con la llegada de los españoles se elimina todo criterio colectivista y se impone una filosofía individualista de la propiedad.

2.1.2.2.- Instituciones sociales – económicas

- Los repartimientos. Fue la primera institución económica que empezó a trastocar todo el sistema de los incas. Por los repartimientos el Rey de España repartió las tierras entre sus súbditos, con la obligación de que estos las hicieran cultivar por los indígenas.

- **La Encomienda.** La encomienda reemplazó a los repartimientos, consistía en la cesión hecha por el Rey de sus derechos y obligaciones a determinadas personas a título de recompensa. En la práctica los encomenderos redujeron a los indios a la servidumbre.

- **La mita.** Este sistema fue aún más destructor que los anteriores

consistían en el establecimiento de un servicio personal obligatorio, por turnos.

2.2.1.2.4.- Derecho.

Tan pronto América fue descubierta, la Corona Española trata de obtener los títulos que legitimen sus derechos sobre las regiones del nuevo mundo, en este contexto nace el Derecho Indiano, como una manera de legitimar la Colonia.

En definitiva, este periodo se caracteriza por la heroica resistencia de la comunidad agraria (Perú profundo) frente a los constantes intentos por desaparecerla e implantar la propiedad feudal.

2.2.3.- LA INDEPENDENCIA

Lograda la independencia se produce un cambio en el sistema de la propiedad, sin embargo la explotación y abuso contra los indios continua intacta.

2.2.1.3.1.- Filosofía económica.

A pesar de ser el campesinado indígena la gran mayoría, la burguesía de aquel entonces hace suya la independencia y recoge la filosofía liberal de la propiedad privada, manteniendo en la práctica la mayoría de instituciones económicas creadas en la Colonia.

2.2.1.3.2.- Instituciones económico- sociales.

Sólo formalmente se eliminaron la mita o las encomiendas, en el fondo los grandes latifundios se mantenían intactos

2.2.1.3.3.- Derecho.

Derogado el Derecho Indiano se dictaron diversos dispositivos con el único fin de legitimar la propiedad privada³ todo lo cual desembocó finalmente en el reconocimiento de la propiedad privada en la

³ El estatuto provisional del 8 de octubre de 1821, promulgado por San Martín; decretos promulgados por Bolívar del 8 de abril de 1824 y 4 de julio de 1825.

2.3.- DERECHO DE PROPIEDAD

Etimológicamente la palabra Propiedad procede del término “Propietas” que según Eugenio María Ramírez Cruz deriva de “Propium” lo cual puede traducirse como “lo que pertenece a una persona”, “lo que es propio de ella”, en tal sentido, este autor concluye que “en su acepción más genérica y amplia, propiedad hace referencia a lo que pertenece a una persona de manera cercana y próxima.

Según Jorge Eugenio Castañeda “la propiedad es el derecho de gozar y disponer libremente de nuestras cosas en cuanto las leyes no se opongan”.

Por otro lado Arturo Valencia Zea formula que: “la propiedad privada es, pues, el dominio libre y total de la voluntad de una persona sobre cualquier medio o instrumento de producción, sobre todos los bienes que se produzcan, sobre las mismas producciones de la inteligencia y sobre la fuerza de trabajo de los trabajadores que se compra por un salario.” (HERNANDEZ, 2014)

Siguiendo con las definiciones tenemos la expresada por Wolff que nos dice que “es el más amplio derecho de señorío que puede tenerse sobre una cosa”. Por otro lado, Alberto Vásquez Ríos afirma que: “el derecho de propiedad es el poder unitario más amplio sobre la cosa, como un señorío global, donde las llamadas facultades o derechos del propietario no son una serie de sumandos cuya adición constituya la propiedad, sino que son sólo aspectos parciales del señorío total que esa es”.

Siguiendo con las definiciones encontramos la de Manuel Albaladejo quien afirma que “la propiedad puede ser definida como el poder jurídico pleno sobre una cosa” Hay que hacer la precisión que la plenitud de poder sobre una cosa no debe ser concebida como una atribución absoluta dado que cada sistema de propiedad establecerá el régimen legal que servirá como limitante al ejercicio del derecho. Por otro lado, Manuel Peña Bernaldo de Quirós establece que “podríamos definir la propiedad como el derecho real cuyo ámbito de poder comprende, en principio, todas las facultades posibles sobre la cosa”.

Citando al Dr. Rafael Hernández Canelo, señala: “La propiedad es la facultad que corresponde a una persona llamado propietario, de obtener directamente de una cosa determinada, toda utilidad jurídica que esa cosa es susceptible de proporcionar”.

2.4.- DEFINICIÓN.

Para poder acercarnos a una definición de la propiedad no debemos soslayar el hecho que se trata de una institución pasible de un estudio interdisciplinario. De esta manera podemos encontrar las siguientes formas de entender la propiedad.

2.4.1.- Perspectiva filosófica.

Desde una perspectiva filosófica su génesis no reside en la voluntad política del legislador estatal, sino en la propia naturaleza humana, que impulsa al individuo a ubicar bajo su ámbito de acción y autoconsentimiento, el proceso de adquisición utilización y disposición de diversos bienes de carácter patrimonial.

2.4.1.1.- Perspectiva histórica.

- Etimológicamente (Solis: 2007; 5) “La palabra propiedad proviene de la voz latina propietas, que a su vez se deriva de prope (cerca), indicando en su acepción más general, una idea de proximidad y adherencia entre las cosas”.
- En realidad fue el Derecho Romano el que sistematiza y estructura las principales características de la propiedad.⁴

2.4.1.2.- Perspectiva económica.

- Según (Bullard: 2006; 155) “La propiedad privada aparece cuando se cumplen dos requisitos: el primero es el llamado consumo rival y el segundo los costos de exclusión”⁵

2.4.1.3.- Perspectiva metodológica.

Los enfoques metodológicos para definir a la propiedad pueden enfocarse desde

⁴ El Derecho Romano entendió a la propiedad como un derecho absoluto, exclusivo, unitario y perpetuo para usar, disfrutar y disponer de un bien.

⁵ Entiéndase por consumo rival la imposibilidad de que el mismo bien pueda ser consumido por dos personas al mismo tiempo y por costos de exclusión el costo que significa dar el derecho exclusivo a una persona respecto de un bien en desmedro de otras personas.

distintas ópticas, en doctrina encontramos las siguientes:

- En primer lugar se puede entender a la propiedad como una relación entre sujeto y objeto o como una relación entre sujetos.
- Según Alessandri⁶ podemos definir la propiedad atendiéndonos a un criterio cuantitativo es decir como suma de facultades o atribuciones del dueño de la cosa sobre el bien en el cual recae el derecho de propiedad; o también podemos definirlo en base a criterios cualitativos entendiéndose en este caso como un derecho unitario y abstracto siempre igual y distinto de sus facultades.

2.4.1.4.- Perspectiva jurídica.

Desde una perspectiva jurídica podemos encontrar las siguientes características

- El derecho de propiedad no sólo es un derecho real sino que es el más importante de los derechos reales tanto por su contenido como por sus efectos.⁷
- El derecho de propiedad está reconocido en el Derecho Privado (Sección Tercera “Derechos Reales principales”, Título II del Código Civil) y en el Derecho Público como un derecho fundamental (Art 2 inciso 16 de la Constitución Política del Perú.)
- Diferencia entre propiedad y Dominio.

La propiedad nace en el ángulo objetivo de la ley, se materializa en una relación jurídica de carácter patrimonial o económico; el dominio nace del aspecto subjetivo de la persona, representa la potestad que sobre la cosa tiene el titular

2.5.- CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE PROPIEDAD

La doctrina es muy precisa al determinar que el derecho de propiedad tiene 4 caracteres⁸:

- i. Derecho Real: Según Gunther Gonzáles es un derecho de esta naturaleza

⁶ Alessandri, Op. Cit .pág. 35

⁷ Es el más importante por su contenido ya que contiene a todos los derechos reales y por sus efectos porque permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien.

⁸ GONZALES BARRON, 2008: 515.

debido a que “se ejerce en forma directa e inmediata un ámbito de poder sobre un bien, generando la permanencia de este a un sujeto.”

- ii. Derecho Absoluto: Según Jorge Avendaño la propiedad es un derecho absoluto porque confiere todos los atributos sobre el bien, afirma además que “si bien este carácter no es irrestricto o ilimitado porque tiene distintas limitaciones que derivan del interés social, de la necesidad y la utilidad pública”.”
- iii. Derecho Exclusivo: Este carácter se genera debido a que el derecho puede recaer sobre una persona o un conjunto de personas. En tal sentido se pronuncia José Luis De los Mozos afirmando que solo el propietario tiene la posibilidad de servirse y sacar provecho del bien que le pertenece, tiene un monopolio sobre el mismo.
- iv. Derecho Perpetuo: Esto significa, según Gunther Gonzáles, que la propiedad “está llamada a durar indefinidamente a favor del propietario, pero esto no impide las hipótesis excepcionales de algunas propiedades temporales.” Es por tal motivo que la propiedad puede ser considerada como tentativamente perpetua.

Según el Doctor Hernández Canelo (2014)⁹: define: La propiedad romana, presentó primitivamente algunos caracteres cuya rigidez, se suavizó con el transcurso del tiempo, sin que éste lograra hacerlos desaparecer en lo absoluto; he aquí los caracteres:

1. **Era un derecho absoluto**, no porque no pueda tener limitaciones, sino porque las facultades del titular no están prohibidas o limitadas taxativamente, siendo por tanto indeterminadas. Las ventajas del propietario se reducen a tres: "ius utendi" derecho de servirse de la cosa, "ius fruendi", derecho de obtener los frutos y rentas, y "ius abutendi", derecho de disposición que incluye hasta la destrucción.

El inmueble objeto del dominio del ciudadano romano tuvo, primitiva

⁹ GONZALES BARRON, 2008: 517.

mente, límites señalados con la ceremonia solemne y sagrada llamada "limitatio", marcados por los gromatici (agrimensores), que debían su nombre al instrumento de topografía que usaban denominado groma y que tenían el carácter de funcionarios públicos y religiosos. Los terrenos así deslindados y cuyos límites estaban bajo la protección del dios Término, se llamaban agri limitati, en contraposición a los agri arcifinales que no tenían otros límites que los naturales, tales como los ríos o las montaña.

Los terrenos colocados fuera de los agri limitati constituían el ager publicus.

Este primitivo carácter de la propiedad inmueble privada del ciudadano, desapareció a consecuencia de las Leyes Agrarias.

2. **Era un derecho exclusivo e individual**, sólo pertenece al propietario, no se concibe la titularidad de dos o más sujetos sobre una misma cosa, para este supuesto se configura el condominio o copropiedad. El propietario puede impedir, a quienquiera que sea, concurrir en el ejercicio de los poderes inherentes a la propiedad (ius prohibendi).
3. **La propiedad romana se distinguía por su autonomía**. La institución de la propiedad romana sobre el suelo se manifiesta por su enérgica defensa, que no tolera limitación alguna; pero este carácter de independencia y autonomía sufrió restricciones cuando surgieron las servidumbres.
4. **La propiedad romana tenía una virtud absorbente**, en el sentido de que todo lo que se encuentra o se incorpora al fundo objeto de la propiedad, aguas, tesoro edificios, etc. Pertenece al propietario del fundo.
5. La concepción jurídica jamás concibió el dominio sobre un inmueble sujetándolo a éste al pago de tributos. Sólo pagaban tributos los fundos provinciales, razón por la cual no fueron susceptibles de dominio.

Esta inmunidad de los fundos itálicos cesó en la época de Diocleciano, en la que desapareció toda distinción entre propiedad privada ex iure Quiritium y

propiedad provincial.

6. **Era un derecho perpetuo e irrevocable**, que subsiste con independencia del ejercicio que de él haga su titular, consecuencia del carácter absoluto y exclusivo que ella presenta, lo cual hace que no se conciba que el propietario que tiene sobre la cosa el más amplio señorío esté obligado a desprenderse de ella en un tiempo determinado. En Roma no se podía constituir un derecho de dominio ad tempus, esto es no se podía fijar un plazo vencido el cual la cosa volviese a su enajenante. Este carácter de perpetuidad del dominio subsiste en la época de Justiniano.

Derechos de propiedad sobre bienes inmuebles en el derecho civil peruano.
(Regulación Nacional sobre Propiedad).

- a. **Constitucional Política:** Todo Estado establece la regulación que determina las limitaciones y el ejercicio del derecho de propiedad. La Constitución Política del Perú, como norma máxima del ordenamiento, establece los pilares de la regulación del derecho de propiedad. Es así que del artículo 70° al 73° se establecen los parámetros básicos sobre el régimen y la regulación de la propiedad en el Perú. Toda la demás regulación queda en manos de leyes o normas de rango legal, cuyos tenores no deberán contravenir los preceptos regulados por la constitución. Asimismo, se regula indirectamente temas sobre la propiedad en los artículos 88° y 89° de la constitución, cuyo texto trata sobre el régimen agrario y de las comunidades campesinas y nativas¹⁰.

- b. Regulación General (código civil):

¹⁰ Artículo 88 de la constitución Política del Perú - Régimen Agrario. "El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona. Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta." Artículo 89.- Comunidades Campesinas y Nativas. "Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas."

Las disposiciones generales sobre propiedad establecidas en nuestro código, empiezan definiendo el término. Es así como establecen en su artículo 923° del Código Civil, que “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.”

Los legisladores trataron de establecer una definición funcional del concepto de “propiedad”, definiéndola mediante las atribuciones aceptadas por la doctrina. Creemos, que dicho concepto posee muchas más aristas e implicancias que deberían tomarse en cuenta para definir mejor el término. Según Jorge Avendaño “la propiedad puede ser analizada desde muchos puntos de vista: histórico, sociológico, económico, antropológico, político, etc.”

Nosotros nos limitamos ahora a sus aspectos jurídicos. Siguiendo con el análisis, encontramos el artículo 924° del Código Civil, el cual se refiere al abuso del derecho del derecho de propiedad, estableciendo que quien es amenazado por un daño producto de un abuso en el ejercicio del derecho de propiedad podrá exigir la restitución o las indemnizaciones del caso. Cabe precisar que todo ejercicio de algún derecho posee límites los cuales son establecidos por ley¹⁸⁹. Este artículo está en la misma línea de lo que dispone la Constitución, ya que su artículo 70° establece que el ejercicio del derecho de propiedad se ejerce en armonía del bien común y bajo los límites de la ley.

Los artículos 925° y 926° del Código Civil establecen reglas sobre las restricciones de la propiedad. El artículo 925° del Código Civil hace referencia a que las restricciones legales no podrán ser modificadas por vía contractual, en otras palabras todo tipo de restricciones pactadas entre privados que contravengan restricciones legales serán consideradas no puestas. Por otro lado, el artículo 926° del Código Civil establece que las restricciones pactadas (que no contravengan restricciones legales), solamente podrán surtir efecto con la inscripción en el registro respectivo. Siguiendo a las normas reguladas en el código encontramos en el artículo 927° Código Civil se refiere a la acción destinada para reivindicar la propiedad. Este artículo establece que la acción reivindicatoria es imprescriptible y no procede contra la persona que adquiere el inmueble por prescripción

adquisitiva de dominio.

El artículo fue regulado en base a una de las características inherentes de los derechos reales (la persecutorialidad). El código civil no define la acción reivindicatoria, por eso creemos conveniente citar algunas definiciones sobre el tema. Según Gunther Gonzales, es “el remedio de tutela por excelencia de la propiedad, por la cual el propietario reclama la entrega del bien cuando éste se halla en posesión de un tercero sin título alguno”. Según lo establece Puig, esta acción es una acción real, que en otras palabras se puede catalogar como una dirigida contra cualquier tercera que posea el bien.

En el mismo sentido se pronuncia Sacco y Caterina al afirmar que el propietario no poseedor hace efectivo su derecho al exigir que le devuelvan el bien respecto de la tenencia del Poseedor no-propietario.

CAPITULO III

LA POSESION

3.1.- INTRODUCCION.

Uno de los derechos reales más complejos e interesantes es sin duda la posesión. A esta institución se refirió Ihering en los siguientes términos: «No hay materia del derecho que sea tan atractiva como la posesión, dada sobre todo la índole de su espíritu, ya que ninguna otra deja al teórico tan gran amplitud. La posesión es la institución molusco, no opone a las ideas que se quieren introducir en ella la misma resistencia enérgica que las instituciones vaciadas en moldes de formas rígidas, como la propiedad y la obligación. De la posesión puede hacerse todo cuanto es posible; podría creerse que ha sido creada para dar la más completa satisfacción al individualismo de las opiniones personales. A quien no sabe producir nada que sea adecuado, ofrécele la posesión el lugar de depósito más cómodo para sus ideas malsanas. Podríamos llamarla el juguete que el hada del derecho ha puesto en la cuna de la doctrina para ayudarle a descansar, divertido de su ruda labor; es una figura de caucho, a la cual puede darse las formas que se quieran» (IHERING, 1926).

Es difícil encontrar otro comentario que refleje más claramente que éste los sentimientos que en cualquiera de nosotros han surgido alguna vez al reflexionar sobre la posesión.

El interés que perseguimos en las siguientes líneas es modesto, tal vez tan modestos como nuestros recursos. Sin embargo, en esa medida pretendemos aproximarnos un poco más a la discusión sobre los alcances y posibilidades que entre nosotros tiene esta institución tan rica, analizando las consecuencias de incluir a la misma como contenido de los contratos o como objeto de los mismos, como se prefiera decir. Evidentemente, nuestro objetivo no será serio si antes no nos inmiscuimos en la problemática inagotable sobre los alcances y características del que para algunos es el más importante de los derechos reales.

Históricamente la posesión surge en momentos en que «la figura de la propiedad no estaba perfilada, la ocupación de las tierras que dejaron de ser comunes o la tenencia de las cosas muebles, era defendida por cada cual contra los ataques, repeliendo la fuerza

con la fuerza. La defensa privada y la actitud de recuperar lo que había sido materia de sustracción o despojo, merecieron paulatinamente el amparo social y surgió así la posesión con los medios legales tendientes a protegerla» . (VALIENTE, 1958)

Respecto al origen etimológico del término posesión, algunos entienden que deriva de la voz latina *possidere*, que significa estar establecido o establecerse. Para otros, deriva de *pedium positio*, también voz latina, que significa tenencia con los pies. Finalmente otros opinan que deriva de *posse*, que es una palabra de origen sánscrito que significa señorío.

Lo cierto es que cuando se culmina la investigación histórica parece existir cierto consenso en que la posesión está constituida por un elemento objetivo, un poder físico sobre la cosa que sólo se explica por el contacto material del sujeto con la misma, y por un elemento psicológico, subjetivo. Respecto a los alcances de estos dos elementos resulta imprescindible recurrir al debate producido entre Savigny e Ihering a propósito de los alcances de la posesión.

Somos conscientes de las diversas nociones que la doctrina le ha concedido a la institución que estudiamos. Sin embargo, nosotros sólo nos ocuparemos de aquella que es compartida por casi todos los países occidentales y que identifica a la posesión como un derecho real autónomo. En efecto, la posesión es un derecho que prescinde de las titularidades que provienen de la propiedad, se configura a partir de un hecho que es el calificado como situación posesoria, al cual el Derecho le otorga una serie de consecuencias jurídicas. Sin duda se trata de un derecho peculiar, como veremos luego, pero es un derecho al fin y tiene autonomía frente a todos aquellos que provienen de la propiedad. (DIEZ PICAZO & GULLON, 1987)

En la historia de la investigación sobre la posesión, siempre se ha tenido claro que descubrir los alcances de esta institución no tiene sino un carácter instrumental. Conocer cuando estamos en presencia de una situación posesoria sólo tiene sentido porque de ese modo podremos saber si a determinado supuesto le son aplicables las consecuencias que el sistema legal ha previsto para dicha situación. Las presunciones legales, la suma de plazos posesorios, la prescripción adquisitiva de dominio, las mejoras y la defensa interdictal, son algunas de las consecuencias importantes que justifican la investigación y hacen patente la necesidad de saber que elementos se deben considerar para calificar

una situación como posesoria. En esta aventura académica no podemos perder de vista que en definitiva lo que se pretende con la posesión es dar una respuesta adecuada a una necesidad social concreta.

3.2.- DEFINICIÓN.

La posesión, es definida como el ejercicio de hecho de uno a más poderes inherentes a la propiedad.

Esta definición significa que la posesión no es necesariamente legítima. Son poseedores tanto el propietario como el ladrón, siempre que ejerzan de hecho una de las facultades del derecho de propiedad la definición del artículo 896° significa también que no basta con tener derecho o poseer. Para ser poseedor hay que ejercer de hecho un poder inherente a la propiedad, aunque no se tenga derecho a tal posesión. Se puede tener derecho a la posesión, pero si no se ejerce de hecho un atributo de la propiedad, no se es poseedor.

El concepto de posesión previsto en el artículo 896° se inspira en la doctrina de Ihering. Hay, como se sabe dos grandes doctrinas que han influido en los sistemas posesorios: la doctrina de Savigny y la doctrina de Ihering. Uno y otro se ha inspirado en el derecho romano para construir su respectiva doctrina posesoria.

Según la doctrina de Savigny, conocida como subjetiva, la posesión se componía de dos elementos ,el *corpus* y el *ánimus*. El *corpus* era el elemento material, el poder de hecho sobre el bien. Para que hubiera *corpus* era necesario el contacto al menos la posibilidad de tener contacto con el bien, lo cual implica tener una influencia sobre el bien. Al Poder de hecho debía unírsele un elemento volitivo, el *animus*. El *animus* no estaba referido a ningún poder sobre el bien, sino a la voluntad con la que el poseedor actuaba. (HERNANDEZ G. A., 1980)

3.3.- ETIMOLOGÍA Y ORIGEN.

Es uniforme en la doctrina el reconocimiento de que, respecto de la etimología de la voz *possessio*, no existe uniformidad de criterio, pues, según indica Peña Guzmán, los autores discrepan sobre el sentido que se pretende hacer derivar de ella. Tal apreciación se ve corroborada cuando Russomanno al referirse a la posesión por su etimología hace uso de la voz *possidere*, y señala que ésta proviene del sufijo *sedere* (sentarse) y del prefijo *pos*, que aunque es dudoso, posiblemente, provenga de la palabra *pot*, raíz de *posse*

(poder), que significa asentarse, asentamiento, señorío.

El origen (del precario) no fue algo exclusivo del Derecho de Roma. Diversos investigadores coinciden en afirmar que se desenvuelve primero en el seno de la clientela, institución prerromana que se refiere no a las “civitas” sino a los núcleos que le precedieron, es decir a las “gentes”, organismo primitivo no exclusivo de las razas itálicas, latinas, sabinas y celtas, sino también procedente de los etruscos, helenos y eslavos”¹¹.

La economía más antigua se basa preferentemente en el “ager publicus” (propiedad pública); se dice incluso que tuvo mayor importancia que el ager privatus; grandes extensiones de territorio eran entregados a los señores ricos en el ager publicus; refiere Moreno Mocholi que consecuencia de todo esto es, que frente a la idea de lo público y sus pertenencias, solo surge ese denominador común de todos los disfrutes de cosa ajena: el “precarium”, única forma de goce por otro en los tiempos primitivos.

El precario pasó a ser desde su nacimiento un importante eje y centro de desplazamientos posesorios, supliendo con un alcance virtualmente exhaustivo, todas las cesiones que en formas y condiciones van dando lugar a lo que por fin llegan a denominarse *derechos reales limitativos de dominio*. Se puede afirmar así que la figura del precario se centra en la concesión, sin pago de renta alguna, pero con el pago de un canon o prestación de análogo tipo que constituye tributo de sujeción y reconocimiento.

En nuestro derecho actual, indican Colin y Capitant, la significación originaria del precario ha cambiado, poseer a título de precario es *detentar* más bien que *poseer*, si se toma ésta palabra en su acepción técnica. Refiere que son detentadores precarios, el depositario, el usufructuario, etc; en efecto éstos últimos poseen por cuenta del arrendador, el depositante y el propietario; agregan, que es posible citar otros muchos detentadores precarios.

¹¹ Ibidem, Pág. 24. Señala el autor que el precario fue una realidad reconocida a posteriori por el Derecho Romano “otorgándole cierta especial protección”. Agrega que no falta cierta unanimidad en la apreciación del origen del precario que la mayoría de historiadores articulan con las concesiones ager publicus, dentro de las relaciones personales con la clientela y, organización social de la gens.

Por su parte, (JOSSERAND, 1952) siguiendo el mismo criterio, señala que el *precario*, al igual que el locatario o el arrendatario, es un *mero detentador*, aun cuando detentan la cosa de modo perfectamente correcto y legítimo, en virtud de un título que vale como reconocimiento de la propiedad ajena, esto es, de un contrato otorgado por el propietario del bien; precisa que éstos no poseen por cuenta propia, poseen por cuenta ajena, poseen por cuenta de su propietario.

Salvat, razonando conforme al derecho posesorio argentino, sostiene que en la *detención precaria* o a *título precario* de su país, a diferencia de la que se entendía en el derecho romano, si bien existe la obligación de restituir la cosa, esa obligación no está librada, en cuanto a su exigibilidad, a la voluntad arbitraria del propietario de la cosa, sino de los términos y condiciones de la causa o título que le dio origen. Precisa, sin embargo, que en el derecho argentino la *detención precaria* -a título de precario- no confiere jamás la posesión, sino la simple tenencia, en consecuencia la ley no le confiere el derecho a las acciones posesorias.

3.4.- DEFINICIONES DE PRECARIO EN ROMA Y EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL.

En Roma: Precaria es la tenencia de una cosa solicitada con súplicas al dueño y obtenida por benevolencia de éste, quien podía recuperarla en cualquier momento, porque ella no originaba ningún derecho.

El Código Civil de 1984, Artículo 911º: Posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido.

En el Derecho romano el *precarium* era un contrato innominado por el cual una persona, el concedente, cedía a otra la posesión y disfrute temporal y gratuito de una cosa, con la obligación de devolverla en el momento en que lo solicite el concedente. A la concepción romana corresponden opiniones como las de Albadalejo cuando refiriéndose al precario sostiene "específicamente, se designa con este nombre a la posesión concedida a otro por alguien con reserva del derecho de revocarla a su voluntad".

Siguiendo la noción de precario del Derecho romano, el Código argentino, Artículo 2364º, establece que la posesión precaria es viciosa cuando siendo precaria se "tuviese

por un abuso de confianza". Al respecto, Musto dice que la posesión es precaria cuando se tiene por un título que produzca una obligación de devolver la cosa en el momento que lo requiera el dueño. Si se produce este requerimiento, y el precarista (que puede ser como tal legítimo) pretende continuar con su posesión y la continua en los hechos, con actos exteriores que importan una verdadera intervención de su título, entonces la posesión tiene el vicio de precario, que el Código llama "abuso de confianza".

El poseedor precario de la concepción romana es el poseedor legítimo regulado en el Artículo 905° del Código Civil por tener título para poseer: la licencia otorgada por el dueño. Para la noción romana, es precaria la posesión por ser transitoria debido a que el que la ejerce debe devolver el bien en cuanto lo solicite el concedente, lo que puede suceder en cualquier momento. Nuestro ordenamiento jurídico ha abandonado la concepción romana de precario, estableciendo que es tal quien posee un bien sin título (Artículo 911°).

Para la teoría subjetiva de Savigny, los elementos de la posesión son el animus y el dominus. En cambio para la teoría objetiva de Ihering, la posesión es un poder de hecho, no requiriéndose del animus.

Conforme a la teoría subjetiva, a la que se adhiere el Derecho francés, Planiol y Ripert sostienen que quien posee un bien como precario, por faltarle el animus (intención de poseer para sí), no ejerce la verdadera posesión, por lo que el Derecho no le concede acciones posesorias y no produce la usucapión. Esto debido a que en el Derecho francés "el concepto de precario está referido a un contrato celebrado con el propietario, en virtud del cual conduce el bien a título gratuito, sin animus domini y reconociendo el derecho de propiedad de quien le entregó el bien".

En la concepción de precario del Derecho romano, de la teoría de Savigny y del derecho francés, se ubica, como un caso excepcional, la figura conocida hasta ahora como comodato precario regulada en el Artículo 1737° de nuestro Código Civil vigente que establece que cuando no se ha determinado la duración del contrato de comodato, el comodatario está obligado a restituir el bien cuando el comodante lo solicite, es decir, el comodatario tiene una posesión inestable (precaria) puesto que el comodante puede pedir la devolución del bien en cualquier momento (la posesión del comodatario es revocable por la sola decisión del comodante).

Para el Derecho peruano, que sigue la teoría objetiva de la posesión, precario es el poseedor que conforme al Artículo 896° ejerce de hecho uno o más poderes inherentes a la propiedad, enumerados en el Artículo 923°, de manera que al tiempo de interposición de la demanda no cuenta con título alguno o el que tenía ha fenecido (artículo 911° Código Civil).

3.5.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA POSESIÓN

Ya en Roma se discutía si la posesión era un simple hecho, como sostenía Paulo, o un derecho, como opinaba Papiniano. Con el tiempo ha continuado la polémica y se han multiplicado las opiniones; en su tiempo, Pothier, Ferrini y Bonfante junto con civilistas como Baudry-Lacantinerie, Aubry y Rau, y Planiol y Ripert, coincidían en sostener que la posesión es un simple hecho ya que consiste en situaciones materiales y es protegida independientemente de la titularidad del derecho cuya apariencia crea. Así, se insiste en contraponer la posesión como hecho frente a la propiedad y demás derechos precisamente como derechos.

En ese sentido Savigny, (SAVIGNY, 2005) tal como se detalló líneas arriba, había creado la teoría subjetiva de la posesión, en la cual sostenía que “*la posesión no pertenece a la categoría de los derechos reales*”; por tanto la posesión es por su naturaleza una relación puramente de hecho. Aunque, no obstante, el haber admitido que la posesión es en sí misma una relación de hecho, ha concluido que por sus consecuencias se asemeja a un derecho. Sostuvo Savigny, creador de la Escuela Histórica del Derecho, que en efecto, la posesión no es en principio más que un simple hecho, su existencia es por ella misma, independiente de todas las reglas que el derecho civil ha establecido para la adquisición o pérdida de derechos; dentro de éste concepto, la posesión no puede ser objeto de una transmisión propiamente dicha; dicho en otras palabras, un poseedor no puede jamás como tal, ser llamado el sucesor del poseedor anterior. Messineo refiere que en la posesión se prescinde de la titularidad del derecho que se ejerce, puesto que la posesión como tal puede carecer del título justificativo; sostiene además, que aún sin título la posesión tiene relevancia para el derecho, sin embargo ello no excluye tampoco que, además del hecho de la posesión, exista un título como fundamento de la posesión misma, en este caso la posesión es manifestación derivada de otro poder, esto es, la que emana del título; en este caso, precisa el citado jurista, debe tenerse presente que si el título de posesión deriva del título del derecho subjetivo, no forma un todo único con él, de tal

manera que si, por ejemplo, alguien posee como arrendatario, el título de posesión está en el arrendamiento; otra cosa es, sin embargo, que éste sea arrendatario, lo cual puede suceder antes que empiece la posesión.

Conforme al tratadista Guillermo A. Borda, esta forma de ver la posesión había sido ya esbozada por Savigny, luego de una evolución de su pensamiento en esta materia (BORDA, 2004) llegó a sostener finalmente, a partir de la sexta edición de su obra "Tratado de la Posesión", que **“la posesión no solo es un hecho, es además un derecho, por las consecuencias legales que de ella derivan”**, estableciendo que la posesión entra en la esfera del Derecho no solamente en razón de sus efectos, sino por su propia naturaleza como causa determinante de los mismos.

La crítica de Ihering a la teoría inicialmente sostenida por Savigny, la plantea en el sentido que la posesión no debe considerarse solo, en lo referente al hecho (*corpus*), como la tenencia física o de contacto directo con el bien, sino además como un *derecho subjetivo*, de tal manera que, para que exista, basta la posibilidad física de acceder al bien aun cuando por determinados periodos no se halle en contacto directo con éste, ha sido superada históricamente, existiendo en la actualidad una opinión mayoritaria en la doctrina que coincide con esta apreciación.

En la doctrina opuesta, es decir, quienes consideran que la posesión es un hecho, se ubican, Peña Guzmán, Machado, Fornus, Pizarro, Dassen y Allende; este grupo concluye que tal posición es consecuencia del lugar que ocupa la posesión en la legislación argentina, pues como se sabe Vélez Sarsfield en esta parte a seguido a Savigny paso a paso, por lo que debe entenderse que la misma es un estado de hecho defendido por el derecho y no el derecho propiamente dicho. Refiere, Peña Guzmán, que la jurisprudencia de los tribunales argentinos no se ha mostrado uniforme –ni categórica ni concorde– cuando se ha tocado éste tema, habiéndose inclinado más bien a considerar a la posesión como un hecho.

Finalmente Messineo, en una propuesta con la cual nos mostramos concordantes como grupo, afirma que la posesión nace en virtud de una situación de hecho que inmediatamente se convierte en una relación a la cual debe reconocérsele el carácter de

relación de derecho porque produce consecuencias jurídicas. Afirma, asimismo que ***“la posesión es uno de los derechos subjetivos ya que si fuera un simple hecho no conferiría a su titular ningún poder jurídico ni sería transferible ni serviría de fundamento para intentar acciones”***. La particularidad de la posesión, de acuerdo con Messineo, está pues, no en ser un simple hecho, *sino en ser un derecho subjetivo de naturaleza interina o provisional y que, generalmente, subsiste o se extingue en función de su ejercicio actual*.

Afianzando nuestra posición debemos tener en cuenta en la presente investigación que no es reciente la distinción entre el “derecho *de* posesión” –*iuspossessionis*- del “derecho *a* la posesión” –*iuspossidendi*-, la cual proviene desde el derecho romano; en el primer caso se estamos frente a una posesión considerada *en sí misma*, en cuanto considerada como ejercicio efectivo, independientemente de que en la base de tal posesión exista un fundamento o título mientras que en el otro caso estamos frente a *la potestad de tener la posesión*, en este supuesto existe un título, a ella puede corresponder o no una posesión efectiva; como es obvio, en éste último caso la potestad se origina en cualidad de titular del respectivo derecho. Algunos autores sostienen, en esencia, que la posesión es un hecho, pero que se le debe proteger por sus efectos.

3.6.- ELEMENTOS.

3.6.1.-Corpus

Es el elemento material, la sujeción efectiva. Se reconoce cuando la persona se encuentra en contacto directo de la cosa. Poco a poco se va espiritualizando la posesión.

3.6.2.- Animus

Los romanos no establecieron en qué consistía el animus o intención en la posesión. En el siglo XIX se defendieron dos teorías:

a) SUBJETIVA: Savigny.

Para este autor el animus significa la intención de comportarse como lo haría el propietario pero sin embargo hay algunas figuras en que se reconocen la posesión sin tener la intención de tener la cosa para sí como el caso del acreedor

pignoraticio. Savigny para salvar estos obstáculos, recurre la idea de posesión derivada; la posesión transmitida por el titular originario.

b) OBJETIVA SOBRE EL ANIMUS: Ihering.

Es la voluntad consciente de estar en una relación de dominio sobre la cosa y lo que separa la detentación y la posesión de mera necesidad.

La ley establece caso por caso cuándo se debe tener y cuándo no protección posesoria. La romanística actual considera que el animus es la intención no de ser dueño sino simplemente de tener la cosa para sí y ejercitar sobre esa cosa un poder de hecho con exclusividad e independencia.¹²

3.7.- TIPOS

En el derecho romano clasificaban la posesión de la siguiente manera:

a) Posesión iusta.

Está afectada por los vicios posesorios que son:

- **Vi.** La posesión adolece de violencia cuando se despoja de ella al anterior poseedor venciendo la resistencia que puede oponer.

- **Clan.** La posesión adolece de clandestinidad cuando nace de forma secreta sin consentimiento y conocimiento del anterior poseedor.

- **Precario.** La posesión es precaria cuando se ha obtenido a título de favor. Esta posesión es justa frente a los terceros.

b) Posesión de buena fe.

El poseedor cree que no lesiona un derecho ajeno siempre que esa creencia no se funde en negligencia grave o desconocimiento inexcusable. En la posesión de mala fe el poseedor conoce su ilicitud.

¹²<http://www.elergonomista.com/derechoromano/posesion.htm>

c) Posesión natural.

Es la simple detentación. Son poseedores naturales el arrendatario, el depositario, el comodatario, el usufructuario y la persona a la que el pretor se la otorga. Posesión ad interdicta. Es la más frecuente y es la tenencia de la cosa con intención de disponer de ella con exclusión de los demás. El efecto principal es la posesión interdicta.

- DETENTAR: En nombre propio. Posee en primer lugar el propietario que también es poseedor, el que tiene la cosa creyendo que es suya, el que tiene la cosa ilícitamente sabiéndolo.

- DETENTAR: En nombre ajeno. El acreedor pignoraticio, el precarista, el secuestrario, el enfiteuta, el superficiario.

d) Posesión civil.

También recibe el nombre de ad usucapionem. Es aquella que se apoya en una causa reconocida por el derecho como idónea para transferir la propiedad. Tiene que darse en ella los títulos de buena fe y justo título. La persona que posee civilmente es protegida por el pretor a través de la actio publiciana

e).- Posesión mediata y posesión inmediata.

Se entiende que una persona ejerce posesión inmediata respecto de un bien, cuando lo detenta físicamente para sí, en virtud de un título otorgado por otra persona, éste último ejerce la posesión mediata. Es preciso anotar en este caso que el poseedor mediato no tiene que ser necesariamente el propietario, por cuándo puede serlo o no, sin embargo es necesario que ejerza sobre el bien *animus possessionis*. Es el caso del propietario que entrega el predio a su arrendatario, y éste a su vez se lo entrega, con anuencia del dueño, a un sub-arrendatario; en tal caso, éste último será poseedor inmediato, mientras que el propietario y su arrendatario serán poseedores mediatos.

Se ha sostenido, que la distinción de la llamada posesión mediata y la inmediata sólo se justifica en el derecho Alemán, más no en el Derecho Español u otros de similar estructura. La anotada distinción resulta imprescindible en el Derecho Alemán, dada la naturaleza horizontalmente unitaria de la posesión germánica, pues el propietario que no detenta el bien que le pertenece no lo poseería. Sin embargo en nuestro Derecho, no se requiere de la distinción de la posesión mediata para que el propietario que no detenta el

bien, no lo posea o no pueda ejercer sobre él derechos posesorios, por ello es más sencillo distinguir entre el poseedor de dominio de una cosa y el poseedor material de la misma, que en definitiva solo posee efectivamente ciertas facultades de ésta; precisa que ésta es la tradicional distinción que se ha hecho siempre entre nosotros: la *possessio iuris* y la *possessio facti*.

Esta discusión ha sido considerada por Albaladejo (ALBALADEJO, 1994) como inútil, pues en ambos casos existe reconocimiento de los derechos del poseedor en general y del propietario en particular. Es evidente, como lo reconoce Díez-Picazo, tanto la posesión mediata como la inmediata producen efectos posesorios, en ésta última el poseedor tiene expedito su derecho a la defensa interdictal, y respecto de la otra, se puede ejercer la protección posesoria, pues, como lo indica Manuel Albaladejo, la posesión mediata siempre es una posesión de derecho, nunca de hecho.

La posesión mediata, refiere el jurista alemán Wolff, es la que se tiene por mediación de la posesión de otro: entre el poseedor mediato y la cosa media aquel que tiene la posesión misma; refiere que éste es el mediador posesorio o sub-poseedor; el poseedor mediato es el poseedor superior; indica que al que posee sin mediador posesorio, se le llama poseedor inmediato. (WOLFF, 1971)

3.8.- PROTECCIÓN DE LA POSESIÓN

En todos los ordenamientos jurídicos se ha convenido que la mera posesión es un derecho protegible en la medida que garantiza la paz social. Así, quien crea tener un derecho de posesión mejor que aquél que lo ejerce, debe acudir a los tribunales de justicia. Las legislaciones han incluido la figura del interdicto posesorio, que se presenta ante los tribunales, bien para evitar los actos que pudieran perturbar la paz de la posesión, bien aquellos que privan al poseedor del bien o derecho.

La posesión puede llevarse a cabo por muchos títulos posesorios diferentes: propiedad, arrendamiento, depósito, prenda, etc. Por lo tanto, la persona con derecho de posesión no tiene por qué ser siempre el propietario, sino que dependerá de cada caso concreto.

La protección de la posesión es provisional y supone una serie de presunciones en favor del titular: la buena fe, la posesión de los bienes muebles de aquel que posee el bien inmueble donde se encuentran y la continuidad.

La posesión tiene además un efecto especial: cuando es en concepto de dueño, pacífica e ininterrumpida durante un periodo de tiempo largo, permite la adquisición de la propiedad del bien: es lo que se conoce como usucapión.

3.9.- ADQUISICIÓN CONSERVACIÓN Y PÉRDIDA DE LA POSESIÓN

3.9.1.- Adquisición

Según el concepto clásico la posesión se adquiere corpore et ánimo; es decir mediante una relación corporal de la cosa con voluntad de dominio sobre ella. Para adquirir la posesión no se necesitaba ningún requisito formal. En cuanto al corpus, originariamente el requisito de la aprehensión material fue bastante riguroso.

En las fuentes existen distintos casos donde se observan esa situación y son casos denominados:

a) Traditio clavium apudhorrea. Era la entrega de las llaves de un almacén donde se encuentra depositada unas mercancías; equivaldría a la entrega material de las mismas.

b) Signatiomercium Cuando se marcaba las mercancías con una contraseña por parte de quien las adquirías se consideraban entregadas.

c) Traditio brevi manu. El que adquiere una cosa la tiene ya en su poder.

d) Traditio longa manu. Se produce la entrega de la posesión con el simple señalamiento a distancia.

e) Traditio constitutum possessorium. Cuando una persona que posee en nombre propio pasa a poseer en nombre ajeno.

En derecho romano también se podía adquirir la posesión por intermediario, el pater familias podía adquirir a través de los sometidos a su potestad como el filius familias o esclavo pero en derecho clásico no se podía adquirir en nombre ajeno. Más tarde este principio perdió su vigencia al admitirse la adquisición por medio del procurador.

En época Justiniano ya se admite la adquisición por medio de persona libre pero para ello se exige el mandato especial o la ratificación. En cuanto al animus éste se ve en

abstracto; para categorías objetivas de relaciones. La ley dice en qué casos hay animus y en qué no.

3.9.2.- Conservación

La posesión se conserva mediante el ánimo propio y la tenencia propia o ajena. En general se considera que no es necesaria una actuación inmediata y constante. Esto se ve en el hecho de que se mantiene la posesión sólo con el ánimo en el caso de los fundos que quedan aparte del ánimo.

Se puede adquirir sin violencia la posesión de un fundo ajeno cuando esté vacante por abandono, por muerte sin sucesor o por larga ausencia de su dueño. En el derecho justiniano se conserva la posesión en el caso del ausente sólo con el ánimo. La posesión se conserva con ánimo propia y tenencia ajena cuando alguien detenta una cosa en nuestro nombre.

3.9.3.- Pérdida

Cuando desaparece el corpus, el animus o los dos, se pierde la posesión. En cuanto al corpus hay que distinguir si el acontecimiento es de carácter permanente o transitorio y para ello hay que verlos en los distintos tipos de cosas. En cuanto a los muebles la conservación de la cosa depende de la posibilidad de aprehender el objeto.

En cuanto a los animales, los animales salvajes se pierden la posesión cuando recuperan su libertad natural y en el caso de los domésticos cuando pierden el hábito de volver a su residencia.

En el caso de los inmuebles los fundos no se pierden si se hunde momentáneamente pero sí si se inundan permanentemente. Se pierden la posesión sobre los inmuebles cuando se convierten en res extra commercium.¹³

¹³<http://www.elergonomista.com/derechoromano/posesion.htm>

CAPITULO IV

OCUPANTE PRECARIO

4.1.- ORIGEN Y EVOLUCIÓN EN ROMA.

Abordaremos ahora la figura del precario. Empezaremos analizando su evolución histórica.

La palabra precario, refieren Colin y Capitant, es una expresión romana que en sus primeros momentos designaba un vínculo jurídico, al parecer, nacida de lo que se conocía como clientela. Un gran propietario concedía fundos a sus clientes, a petición de ellos mismos; quienes cultivaban la tierra y vivían de ella, debiendo restituirla a voluntad del concedente.

El origen de ésta es oscuro, aparece en la Roma antigua; se ha especulado que se estableció a propósito de la explotación del *ager publicus*; refiere Petit que los Patricios romanos hacían a sus clientes concesiones esencialmente revocables. En la Roma antigua, cada familia está colocada bajo la autoridad de un jefe, al que se le denominó *paterfamilias*. Estos patres y sus descendientes –que integran las gentes de las treinta curias primitivas, forman la clase de los patricios, *patricii*; ellos solos participaban del gobierno del Estado y gozaban de todos los privilegios del ciudadano romano¹⁴.

Señala Eugene Petit que al lado de cada familia patricia se encuentra un cierto número de personas agrupadas, a título de clientes, bajo la protección del jefe, que viene a ser su patrón. Se cree que los clientes formaban parte de la *gens*; en todo caso, se conoce que la clientela crea derechos y deberes; el patrón debe a sus clientes socorro y asistencia, toma su defensa en justicia y les concede gratuitamente tierras, a efecto de que vivan de ellas; por su parte el cliente debe al patrono respeto y abnegación; asistían a su jefe, siguiéndole a la guerra; entre otras.

La existencia de los clientes dada de antes de la fundación de Roma, de hecho dicha

¹⁴ COLIN, Ambrosio y CAPITANT H. “Curso elemental de Derecho Civil – De los bienes y de los derechos reales principales”. Tomo Segundo. Volumen II. Madrid. Instituto Editorial Reus. 1942. Pág. 898. Refieren los citados profesores de la Universidad de París, que precario viene de la palabra *preces*. (Ver Ulpiano I pr. D. de precario, XLIII, 26).

institución se encontraba ya, en esa época, en la mayor parte de las ciudades de Italia.

Eran *ager publicus* los territorios de las poblaciones vencidas por Roma, que pasaban a ser propiedad del Estado romano; se conoce que una parte de éstas tierras pasaban a incrementar la propiedad privada, apareciendo el *ager privatus*.

Una parte de estas tierras eran cultivadas, las que eran enajenadas en beneficio de los particulares; otras, no cultivadas, eran entregadas para su cultivo a cambio de pagar un censo al Estado; ello no los hacía propietarios, solo mantenían la *possessio*, por lo que dichas extensiones de territorio permanecía como *ager publicus*. Éste derecho de ocupación solo era ejercido por los patricios; eran considerables los territorios que eran cultivados por los esclavos o los clientes, a quienes hacían concesiones a título esencialmente revocable (*precarium*).

Como se puede apreciar el precario tuvo su origen en el primitivo derecho de gentes –derecho común a todos los hombres, ciudadanos y extranjeros–, existiendo mucho antes que el “*ius civile*” –derecho propio de la ciudad, aplicable sólo a los ciudadanos–, ya que el *ius gentium* tuvo principio al mismo tiempo que los hombres¹⁵, idea en la que todos los historiadores coinciden.

El origen (del precario) no fue algo exclusivo del Derecho de Roma. Diversos investigadores coinciden en afirmar que se desenvuelve primero en el seno de la clientela, institución prerromana que se refiere no a las “*civitas*” sino a los núcleos que le precedieron, es decir a las “*gentes*”, organismo primitivo no exclusivo de las razas itálicas, latinas, sabinas y celtas, sino también procedente de los etruscos, helenos y

¹⁵ ORTOLAN M... “Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano”. Quinta edición revisada y aumentada. Tomo I, Libros I y II de la Instituta. Madrid, Librería de D. Leocadio López, Editor. 1884. En la Pág. 33 de ésta obra el Profesor Ortolan explica: “Resumiendo cuanto hemos dicho acerca del derecho natural, el derecho de gentes y el derecho civil de los romanos, ¿qué definición debe sacarse de todo respecto de cada uno de estos derechos?. 1º El derecho natural (derecho de los seres animados) es aquel que la naturaleza inspira a todos los animales; 2º el derecho de gentes (derecho de los hombres) es aquella parte del derecho privado que procede de las relaciones y de la razón natural de los hombres, y que es aplicable lo mismo a los extranjeros que a los ciudadanos; y 3º el derecho civil (derecho de los ciudadanos) es aquella parte del derecho privado que el pueblo ha constituido sólo para sus individuos, y que sólo es aplicable a los ciudadanos.”

eslavos”¹⁶.

La economía más antigua se basa preferentemente en el “ager publicus” (propiedad pública); se dice incluso que tuvo mayor importancia que el ager privatus; grandes extensiones de territorio eran entregados a los señores ricos en el ager publicus; refiere Moreno Mocholi¹⁷ que consecuencia de todo esto es, que frente a la idea de lo público y sus pertenencias, solo surge ese denominador común de todos los disfrutes de cosa ajena: el “precarium”, única forma de goce por otro en los tiempos primitivos.

El precario pasó a ser desde su nacimiento un importante eje y centro de desplazamientos posesorios, supliendo con un alcance virtualmente exhaustivo, todas las cesiones que en formas y condiciones van dando lugar a lo que por fin llegan a denominarse derechos reales limitativos de dominio. Se puede afirmar así que la figura del precario se centra en la concesión, sin pago de renta alguna, pero con el pago de un canon o prestación de análogo tipo que constituye tributo de sujeción y reconocimiento.

Ihering, citado por Moreno, establecía –para diferenciarlo de la figura del arriendo– que pese a que en el precario existía una concesión al igual que en el arriendo, e incluso el pago de un canon o tributo, las figuras no eran idénticas, por el contrario se excluyen, ya que éste pago no representaba merced compensatoria u obligación de alguna clase, a lo más era el reconocimiento del “imperium” de la entidad otorgante. Así, mientras en el arriendo o la merced de pago era por el disfrute en el seno de las relaciones jurídico-privadas, el canon o prestación análoga del precarista, constituye un tributo de sujeción y reconocimiento, una especie de tasa o prima por la utilización o disfrute de un bien público. Es importante destacar que el precario, por lo menos el antiguo de los clientes,

¹⁶ Ibidem, Pág. 24. Señala el autor que el precario fue una realidad reconocida a posteriori por el Derecho Romano “otorgándole cierta especial protección”. Agrega que no falta cierta unanimidad en la apreciación del origen del precario que la mayoría de historiadores articulan con las concesiones ager publicus, dentro de las relaciones personales con la clientela y, organización social de la gens.

¹⁷ Ibidem, Pág. 26; Citado por el autor, Iglesias Cubria (Cita Nº 27, p. 27) señala que “la concesión del “precarium” era perfectamente idéntica, como relación jurídica, a la concesión de la possessio del ager publicus. Las características de ambas posesiones son las mismas pues tienen idéntica causa: la liberalidad y el goce de ambas es pleno y también perpetuo, en el sentido de que no han sido limitados en el tiempo de antemano, las dos son naturalmente revocables a voluntad del concedente”.

según expone Jörs Kunkel ¹⁸

Junto a la figura del “ager públicus”, la clientela juega un rol determinante en el origen del precario. Los clientes eran extranjeros voluntariamente sometidos o extranjeros acogidos a Roma, bajo la protección de una gens, que “se diferencian de los siervos por no estar sometidos a un derechos de dominio y asimilados a las cosas, y de los extranjeros (hostiles) desprovistos de todos derecho porque gozan de libertad personal aunque no, en los primeros tiempos, de los derechos políticos que competen como ciudadanos a los gentiles”

La Gens es el tercer elemento que da vida y origen al precario, “en cuanto ligada a la clientela, relación de tipo personal, con la “gens” organización política donde la propiedad estaba centrada en sus jefes que explotaban el “ager públicus” por medio de concesiones revocables, da por resultado el ambiente en que se desarrolló el precario”.

De lo expresado en los párrafos antes expuestos, entorno al precario en sus orígenes primitivos podemos destacar como elementos externos de tal figura: la concesión y la liberalidad por parte del propietario y como elementos internos: la posesión plenísima (cuasi propiedad) del precarista y la revocación.

Respecto de la revocación –atributo del que entregaba el fundo-, no se aprecia la existencia de alguna formalidad para su ejercicio. Por otro lado, en la Roma antigua, si el ager publiucs fueron los territorios del Estado entregados en concesión a los patricios para su cultivo a cambio de un censo, éstos solo ejercían la possessio pues la propiedad permanecía en manos del estado; en consecuencia quienes se encargaban del cultivo – esclavos y clientes- no recibían los bienes de su dueño sino de su poseedor; los clientes recibían de sus respectivos jefes –Patres- las extensiones de terreno sin obligación de pago de merced conductiva, pero, muchas veces con obligación del abono de un canon, evento que no desnaturalizaba el carácter gratuito de la entrega, con el agregado que dicha entrega podía ser revocada a sola instancia del patricio.

Con el transcurrir del tiempo, el precario tomó la forma de un contrato y se

¹⁸ (“Derecho Privado Romano”. Traducido por Pietro Castro. Editorial Labor. 1937. Pág. 160) no se distinguía mucho económicamente de la propiedad (...) por lo que no debe extrañar que la posesión fundada en tales derechos de cuasi propiedad fuera equiparada a la posesión en nombre propio”.

estableció que era aquel que accedía a la posesión de un bien, por el mérito de un vínculo obligacional (contrato de precario) existente con el propietario del bien, mediante el cual éste, a ruego de aquel, le entregaba el bien a título gratuito, reservándose el derecho de revocarlo en cualquier momento.

En el Derecho romano se indicaba que existía *precarium* cuando una persona concede a otra la posesión y disfrute gratuito de una cosa, a cargo de restituirla a la primera reclamación. Por ello PETIT considera, en la obra glosada, que el precario ocupó en el Derecho romano un puesto entre los contratos innominados.

En el tratamiento doctrinal del Derecho común se englobó en la misma categoría de negocios jurídicos al precario y al comodato. En el Derecho hispano de la edad media se conocían estas figuras jurídicas como contratos que transmiten el disfrute gratuito de un bien, pudiendo ser éste un mueble, inmueble o semovientes.

4.2.- EVOLUCIÓN DEL PRECARIUM EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO

Los juristas franceses Planiol y Ripert, siguiendo la lógica de la teoría subjetiva de la posesión, sostenida por Savigny y asumida por el Derecho francés, señalan que quien posee un bien a título de precario no ejerce, en realidad, la verdadera posesión, pues en tal caso, refieren, el derecho no le concede las acciones posesorias y no produce la usucapión. Ello en razón de que el precario no cuenta con uno de los elementos esenciales de la posesión, que es la intención de poseer para sí mismo (*animus*). Esto se explica en razón de que, según los citados juristas, en el Derecho francés, el concepto de precario está referido, como en el antiguo Derecho romano, a un contrato celebrado con el propietario, en virtud del cual conduce el bien a título gratuito, sin *animus domini* y reconociendo el derecho de propiedad de quien le entregó el bien. (PLANOL & RIPERT, 1946).

En nuestro derecho actual, indican Colin y Capitant, la significación originaria del precario ha cambiado, poseer a título de precario es detentar más bien que poseer, si se toma ésta palabra en su acepción técnica. Refiere que son detentadores precarios el colono, el depositario, el usufructuario, etc; en efecto éstos últimos poseen por cuenta del arrendador, el depositante y el nudo propietario; agregan, que es posible citar otros

muchos detentadores precarios.

Por su parte Josserand, siguiendo el mismo criterio, señala que el precario, al igual que el locatario o el arrendatario, es un mero detentador, aun cuando detentan la cosa de modo perfectamente correcto y legítimo, en virtud de un título que vale como reconocimiento de la propiedad ajena, esto es, de un contrato otorgado por el propietario del bien; precisa que éstos no poseen por cuenta propia, poseen por cuenta ajena, poseen por cuenta de su propietario.

Salvat, razonando conforme al derecho posesorio argentino, sostiene que en la detención precaria o a título precario de su país, a diferencia de la que se entendía en el derecho romano, si bien existe la obligación de restituir la cosa, esa obligación no está librada, en cuanto a su exigibilidad, a la voluntad arbitraria del propietario de la cosa, sino de los términos y condiciones de la causa o título que le dio origen. Precisa, sin embargo, que en el derecho argentino la detención precaria –a título de precario- no confiere jamás la posesión, sino la simple tenencia, en consecuencia la ley no le confiere el derecho a las acciones posesorias.

También desde Argentina, con el mismo razonamiento Benedetti, sostiene que en las legislaciones modernas el “precarium” –en el sentido que se concebía en el derecho romano- ha desaparecido y solo queda en ellas un resabio terminológico de ésta categoría jurídica; precisa el citado jurista que en el derecho romano, el “precario” aunque revocable a voluntad del concedente, era una verdadera “possessio” frente a terceros, y como tal, hábil para los interdictos posesorios; por el contrario –precisa- en la concepción del derecho actual la “posesión precaria” es sinónimo de “tenencia”. En este tema es evidente –como sucede en general en el derecho argentino en materia posesoria- la influencia de la teoría savigniana de la posesión, que reconoce como poseedor solo a quien no reconoce en otro la propiedad; y siendo que el precario –en el sentido clásico o romano- reconoce y respeta la propiedad del bien a favor del concedente carece del “animus domini” para ser un verdadero poseedor. Para que desaparezca la “precariedad” –que reconoce en otra persona la propiedad- y surja en su lugar la “posesión” viciosa, es preciso –agrega el citado Jurista- que se intervierta el título, es decir que quien tiene el bien abuse de la confianza y no reconozca en otro la propiedad, apareciendo con ello el verdadero poseedor.

Cabe señalar que en el Perú, siguiendo el concepto clásico del precario y con gravitante influencia de la teoría subjetiva de la posesión, Jorge Eugenio Castañeda sostiene que posesión y posesión precaria son situaciones radicalmente distintas, el poseedor precario, refiere, nunca será considerado como poseedor, a no ser que intervenga su título. Expone que son ejemplos de poseedores precarios, en virtud de un derecho personal, el arrendatario, el depositario, el comodatario; agrega que los serán en virtud de un derecho real el usufructuario, el acreedor pignoraticio, el acreedor anticrético. Concluye este insigne jurista peruano, que poseer a título de precario no es poseer. Supone poseer por otro; poseer por cuenta de otro; es poseer como poseedor inmediato.

Sin embargo, los puntos de vista sobre el precario, expuestos por el maestro Castañeda, así como por los autores antes citados, como ya se ha indicado de modo reiterado, no resultan vigentes en nuestro país, pues han sido ya superadas por la actual regulación normativa peruana – Artículo 911º del Código Civil.- que se ha apartado radicalmente del tradicional concepto de precario.

Para Jorge Musto¹⁹ la tenencia puede ser precaria o no serlo. La tenencia puede tener origen en un contrato que otorgue un derecho con estabilidad en el tiempo; la precariedad implica precisamente la inestabilidad, o la posibilidad de revocación unilateral y ad nutum, por la parte que ha concedido o tolerado la tenencia. Para el citado autor argentino, y para la mayoría de autores argentinos, el precario no es en realidad un poseedor, es un tenedor que conduce el bien por anuencia o concesión de su titular; refiere que cuando se produce abuso de confianza por el tenedor se presenta lo que se conoce como “vicio de precario”.

La misma tendencia doctrinaria –citada en los párrafos precedentes- siguen todas aquellas legislaciones que abordan la teoría subjetiva de la posesión impulsada por Savigny; así lo fue en nuestro país en virtud de la influencia savigniana que tuvo el primer Código Civil de 1852; según Castañeda, Jorge Eugenio, con la incorporación en nuestro Código Civil de 1936 de las ideas posesorias de Jhering, y manteniendo el mismo concepto de precario -expuesto por los romanos de la época de Justiniano-, señala, como lo hemos indicado líneas arriba, que el precario paso de ser un mero detentador -en la

¹⁹ MUSTO, Néstor Jorge...Op. Cit. Pág. 358-359.

teoría savigniana, por reconocer en otro la propiedad- a un verdadero poseedor al considerarlo como poseedor inmediato, frente al propietario que se ubicaba en la posición de poseedor mediató por haber sido quien le otorgó el bien en virtud de un título: el de precario.

Similar apreciación se percibe en el Código de Dalmacio Vélez Sarsfield, quien, en ésta materia sigue las pautas posesorias de Savigny.

Para las teorías citadas en los párrafos precedentes, el precario es un poseedor legítimo -o tenedor autorizado-, ejerce una posesión con arreglo a derecho, pues tiene el bien por haberle sido entregado por su propietario, en virtud de un contrato de precario, a ruego de aquel y revocable por éste en cualquier momento.

Por otro lado, el concepto originario del precario ha tenido distinta evolución en el Derecho español. El jurista español Manuel Albaladejo²⁰, refiriéndose a la posesión precaria, ha señalado que ésta se presenta cuando el que posee un bien sin derecho, está expuesto de que aquel a quien corresponde la posesión se la pueda reclamar y obtener, en su caso, el correspondiente fallo judicial que obligue a entregarle el bien.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español, ha establecido, según Roca Sastre y Moreno, citados por Díez-Picazo¹²⁶ en la obra glosada, tres tipos de situaciones posesorias dentro del precario: 1º) La posesión concedida, 2º) la posesión tolerada, y 3º) la posesión sin título. En los dos primeros casos, existe la voluntad, expresa o tácita, de una persona de conceder a otra la posesión de una cosa, a título gratuito y revocable; existe en este caso, refieren los citados autores, una relación contractual que podría calificarse como una modalidad del contrato de comodato. Respecto al tercer tipo de posesión precaria, refieren, se da la acción de desahucio por precario (desalojo en el Perú), contra quien carece de todo título para poseer o posee en virtud de un título nulo. Es evidente que en este último caso no existe vínculo obligacional entre el propietario del bien y el poseedor precario, en todo caso si éste existió devino en ineficaz.

Albácar López, Magistrado del Tribunal Supremo Español, y los catedráticos españoles Torres Lana, Rubio Torrano y Cabanillas Mugica, corroboran lo expuesto por

²⁰ ALBALADEJO Manuel. Obra citada. Pág. 73

Diez-Picazo, y luego de evaluar la jurisprudencia española concluyen que la definición por el Derecho aceptada de la etimología del vocablo “precario”, que era en su primera y estricta aceptación préstamo revocable a voluntad del que lo ha hecho, y que aplicado a la posesión significa la mantenida por tolerancia del propietario, se ha transformado en valor jurídico desde que el numeral 3° del Artículo 1565° de la Ley de Enjuiciamientos Civiles español, permitió ejercitar la acción de desahucio contra cualquier persona que disfrutase o tuviera la finca rústica o urbana, sin pagar merced y se ha hecho extensiva por la jurisprudencia el concepto de precario a cuantos utilizan la posesión de un inmueble sin tener título o cuando el que aducen sea ineficaz para destruir el de dueño que invoca el actor.

El jurista español Manuel Albaladejo, ha referido una similar opinión, y han sostenido que la posesión precaria es la que se ejerce sin derecho y se hace extensiva a todos aquellos que sin pagar renta utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello, o cuando sea ineficaz el invocado para enervar el dominial que ostenta el demandante.

4.3.- EVOLUCIÓN EN EL PERÚ.

Similar evolución, respecto de la que tuvo en la jurisprudencia española, se produjo en nuestro país, así tenemos que los tribunales peruanos establecieron en los últimos 60 años, que precario es aquel que ocupa un bien sin título alguno y sin pagar renta o merced conductiva²¹

²¹ En Revista de Tribunales (R. de T.) de 1940, página. 336, se publicó la siguiente jurisprudencia: “El concepto de uso precario a que se refiere la segunda parte del artículo 970 del Código de Procedimientos Civiles, es de ocupante sin título alguno, con asentimiento tácito del dueño, sin pagar merced conductiva...”. En Revista de Jurisprudencia Peruana (Rev. J. P.) del año 1969, página 845; año 1975, página 623: “Procede el desahucio por ocupación precaria contra el que no tiene título de propiedad, ni prueba que paga alquiler ni tiene vínculo contractual ninguno con el demandante.”. año 1951 página 1038: “Es ocupante precario quien a mérito de una transacción celebrada con el arrendatario, obtuvo la posesión del inmueble y pretendió continuar pagando la renta que dicho arrendatario pagaba al locador”. Año 1964, página 1092 : “Es ocupante precario el que posee un inmueble en virtud de un contrato de promesa de venta cuyo plazo esta vencido y no se ha otorgado la escritura de traslación de dominio”

En Revista Jurídica (Rev. Jurid.) del año 1961, página 31: “procede el desahucio por ocupación precaria contra el que ocupa un inmueble sin título alguno y, además, anteriormente fue vencido en un juicio de reivindicación del mismo bien”. Año 1963, página 155, 162: “Es fundada la demanda de desahucio por ocupación precaria contra el que ocupa el inmueble sin título alguno. No procede la oposición basada en la alegación de que el demandante no es el dueño del bien”

En Revista del Foro (Rev. Del F.) año 1928, página 12: “Procede el desahucio por ocupación precaria contra el que ocupa el inmueble sin título alguno. Las consignaciones de dinero hechas por el ocupante y cobradas

Sin embargo la jurisprudencia fue contradictoria, pues si bien en algunos casos los tribunales establecían que declarada nula la compraventa el comprador que venía conduciendo el bien vendido era precario por fenecimiento del contrato, no obstante existían pronunciamientos que establecían que tal petición debía dilucidarse en otra vía; se estableció también, como lo hemos señalado anteriormente, que era precario el acreedor anticrético que se mantenía en el bien pese a que el propietario había cancelado la obligación; ésta es una causal de precariedad por fenecimiento de título; en otros casos, la jurisprudencia estableció que no era precario el vendedor que sin entregar el inmueble vendido al comprador, continuaba en uso del bien; en tal caso dejaba a salvo el derecho del comprador para que inicie la respectiva acción ordinaria de entrega de bien. Ello evidenciaba una dispersión en la jurisprudencia respecto de esta materia, lo que obviamente debía ser corregido.

Como es por todos conocido, hasta antes de la entrada en vigencia del actual Código Civil –noviembre de 1984- la regulación de la figura del precario se encontraba regulada de modo puntual en las normas procesales; y como lo hemos reseñado anteriormente; aún en dichas disposiciones procesales - artículo 970º, segundo párrafo, del Código de Procedimientos Civiles y artículo 14, inciso b) del Decreto Ley 21398, Ley del inquilinato- no se estableció definición alguna de ésta figura, por lo que el concepto se obtuvo de la doctrina y las fuentes romanas.

La inexistencia de una tipificación positiva de la precariedad, y su correspondiente consagración normativa, como lo sostenía la profesora Lucrecia Maisch von Humboldt, dio origen a una jurisprudencia contradictoria y a múltiples polémicas doctrinarias, por ello para terminar con dicha problemática, la citada profesora sanmarquina, incluyó en el proyecto del Código Civil, la definición normativa de la “posesión precaria”, consignando en el artículo 80º del proyecto que “la posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha caducado”

Finalmente el legislador tomó la propuesta variando sólo el término “caducado” por un término mucho más amplio: “fenecido”; así consagró en el artículo 911º del actual

por el propietario no impiden el ejercicio de la acción”. Jurisprudencia tomada de GUZMAN FERRER, Fernando... “Código de procedimientos civiles”. Cuarta edición. Cultural Cuzco S.A., editores, Lima Perú 1982 Tomo II, Pág. 999 a 1003.

Código Civil peruano, la definición de la posesión precaria, bajo el siguiente texto: “La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido

Como se puede apreciar tal regulación normativa –única en el derecho comparado sustantivo- es el resultado de la evolución histórica del concepto de precario, y se puede decir, sin lugar a dudas, que dicha regulación normativa ha recogido la experiencia judicial peruana, así como la española, entre otras.

CAPITULO V

LA POSESIÓN PRECARIA EN LA JURISPRUDENCIA PREVIA AL IV PLENO

5.1.- EL TRISTE PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA

La categoría jurídica de los derechos reales agrupa el sistema normativo sustentado en valores, que ordena las distintas situaciones jurídicas que relacionan a los hombres con respecto a los bienes que conforman la riqueza material. Este sistema se basa en atribuir las cosas dentro de la sociedad, ya sea en forma definitiva (propiedad) o provisional (posesión); dentro de las bases de justicia, retribución al mérito y trabajo. Para dilucidar la primera se requiere de un proceso plenario en el que se actúe la regla de propiedad (Artículo 923° Código Civil); mientras que la segunda necesita solo un proceso sumario que actúe la regla de posesión (Artículo 921 Código Civil).

El desalojo es una acción posesoria en la que se hace efectiva la situación jurídica del poseedor mediato que exige la restitución del bien frente a uno inmediato (artículos 586 y 587 Código Procesal Civil), por tanto, se trata de un instrumento sumario de tutela basado en la reducción de la controversia (cognición limitada a la posesión) y en la abreviación del procedimiento (restricción de prueba, menores trámites). Sin embargo, la tesis “judicial” de precario, permite una perversión, pues el desalojo termina protegiendo el dominio, por lo que las acciones posesorias también defienden la propiedad. Esta solución contraviene los artículos 921° y 923° Código Civil.

En efecto, el concepto judicial dice que el precario puede ser un invasor o cualquier persona que no cuente con título, aunque posea en concepto de dueño (Artículo 911 Código Civil). Pues bien, esta tesis desarticula totalmente la ordenación jurídica de los derechos reales, basada en las reglas de la posesión y la propiedad, pues el desalojo se convierte en una “reivindicatoria encubierta”, en tanto y en cuanto se necesita probar el derecho de propiedad del demandante frente al supuesto precario; sin embargo, ello se hace con limitación de cognición y de debate probatorio, lo que es incompatible con la prueba del dominio. Además, el desalojo, por ser acción posesoria, no produce el efecto de clausurar el debate respecto a la propiedad, ni siquiera entre las mismas partes; y ello en virtud, reiteramos, de la anotada cognición limitada del proceso. Siendo así, el

demandante de un desalojo puede vencer por efecto de la prueba preliminar de la propiedad, no obstante, luego podría terminar perdiendo una reivindicatoria o prescripción adquisitiva. Por tanto, la mayor incoherencia se encuentra en reconocer que el demandante pueda invocar la propiedad a su favor (mediante un título), pero luego se rechaza que el demandado haga lo propio, pues en ese caso se dice: “tiene expedita la vía pertinente”. Nótese lo absurdo del argumento, pues uno sí se vale del sumario para acreditar la propiedad; mientras al otro se le niega esa posibilidad y se le reenvía al plenario²². Si hubiese un mínimo de congruencia, entonces ninguno podría acudir al sumario para decidir el dominio (solución correcta), o en todo caso ambos podrían hacerlo (solución que crearía desorden y una gran inseguridad por las limitaciones estructurales del proceso de desalojo, pero tendría cierta coherencia). En todo caso, lo que sí resulta inaceptable es la tercera opción, precisamente aquella de la jurisprudencia nacional, por la cual el demandante tiene el dominio a su favor; mientras el demandado no puede invocar las mismas razones cuando le falta un título meramente formal. El principio de igualdad, uno de los cardinales del Derecho procesal, queda afectado.

Una mala doctrina trae como consecuencia una inconsistente jurisprudencia, que no necesariamente ha cesado con el Pleno de la Corte Suprema, conforme puede advertirse de la siguiente relación:

- i. Un grupo de sentencias dice que el arrendatario con plazo de contrato vencido es precario, pues “el título ha fenecido”, como la Casación N°

²² Nótese tal error en esta ejecutoria de la Corte Suprema: “Séptimo.- Que, previamente, debemos señalar que en el proceso sumarísimo, por su propia naturaleza, los plazos procesales son más breves, las actuaciones procesales están reducidas en atención al fin que se propende mediante esta vía, de tal modo que el debate probatorio se encuentra limitado. Siendo así, si el demandado por desalojo por ocupante precario en esta vía procesal, señala que no tiene la condición de tal, alegando haber adquirido la propiedad por prescripción adquisitiva de dominio, adjuntando medios probatorios y, el solo hecho de admitirlos desnaturizaría el proceso sumarísimo, abriendo un debate que necesita de un proceso más amplio, salvo que como prueba se adjunte la sentencia judicial o escritura pública que contenga la declaración de propietario por usucapión efectuada por notario público (sic). Como es claro, la presentación de tales documentos no generan mayor controversia por ser públicos, que crean certeza en el juez como culminación de un proceso judicial o de un procedimiento notarial que solo se han limitado a declarar un derecho ya existente” (Casación N° 5656-2007-Lima, de 01/12/2008). ¿Cómo puede explicarse que al demandado no se le permita probar la propiedad, a pesar de presentar medios probatorios con tal fin; mientras que el demandante si puede hacerlo? Esta notoria injusticia conlleva que la parte demandada sea desalojada abruptamente en vía sumaria, a pesar de su condición posesoria y lo que implica violación de las garantías judiciales (específicamente, la de igualdad) del art. 60 de la Convención Americana de Derechos Humanos, concordante con el art. 139 de la Constitución

4078-2006-Lima, de 03/12/2007, o la N° 2165-2009-Lima, de 12/11/2009; mientras otro grupo dice lo contrario, conforme la Casación N° 918-2002-Lima.

- ii. Algunas sentencias sostienen que el contratante con título manifiestamente ilegítimo (tesis absurda de Héctor Lama More) es precario; pero la inmensa mayoría de las decisiones opina exactamente lo contrario, por ejemplo, que basta cualquier acto jurídico, incluso nulo, para evitar la precariedad (Casación N° 1074-2004-La Libertad, de 24/5/2006, publicada el 04/12/2006); o que ni siquiera se requiere título putativo o falso, pues resulta suficiente cualquier circunstancia, de mero corte social o familiar, que otorgué una remota apariencia de legitimidad. Otro caso en el que se negó la precariedad es la del poseedor que ha entablado una demanda de nulidad del título que ostenta el demandante, pues la compraventa se habría logrado a través de la falsificación del poder en su perjuicio, según la Casación N° 2854-2010-Ucayali, de 24/6/2011.
- iii. Existen sentencias en las que se reputa precario a quien invoca un título afectado de nulidad absoluta (Casación N° 2009-2002-Juliaca, de fecha 06/7/2004, publicada en el diario oficial el 31/1/2005); pero otras lo niegan (Casación N° 1074-2004-La Libertad, de fecha 24/5/2006, publicada en el diario oficial el 04/12/2006). En ambos casos, el debate se centró en un contrato de anticresis que constaba en instrumento privado, cuando el Artículo 1092° Código Civil exige la escritura pública, bajo sanción de nulidad.
- iv. Un grupo de sentencias dice que el poseedor carente de título es precario, esto es, a quien adolece de negocio jurídico justificativo de la posesión, aunque sea nulo, como lo indica la Casación N° 417-2009-Ica); pero, otras muchas la desmienten, pues señalan que la posesión no es precaria cuando la ejerce la ex - conviviente del propietario, con quien tiene hijos, pese a que no cuenta con título jurídico alguno, salvo el acta de conciliación por violencia familiar (Casación N° 3191-2010-Cusco, de 07/6/2011), pues basta, según una mención muy usual de la jurisprudencia, “cualquier

circunstancia que justifique el uso y disfrute del bien”, lo que va más allá de la necesidad de título como negocio jurídico. En este tema familiar existen otras sentencias como la Casación N° 336-02-Lima y la N° 3135-99-Lima, en las que también se niega la precariedad. Por otro lado, la Corte Suprema aduce que no hay precario cuando el poseedor discute los derechos hereditarios que le corresponderían en una casa que fue otorgada en anticipo de herencia a otro de los hijos del causante, pues se encuentra pendiente una demanda judicial por “colación”, por cuya virtud, la Sala Superior establece, en argumento confirmado por el Tribunal Supremo, que “los demandados poseen un bien colacionable de su causante, situación que justifica su posesión de modo que mediante desalojo por ocupante precario no resulta posible su restitución” (Casación N° 4072-2010-Cusco, de 09/3/2012).

- v. Unas sentencias indican que es precario el comprador, incluso con inscripción registral, a quien el vendedor le resolvió el contrato de forma extrajudicial y unilateral, conforme la Casación N° 396-04-Lima, de 07/9/2005 y la N° 2705-2010- Lima, de 31/5/2011; mientras otras sostienen exactamente lo contrario, como la Casación N° 1144-2005-Lima.
- vi. Una sentencia llegó al extremo de resolver un caso de doble venta mediante la vía del desalojo; por lo cual se consideró precario al comprador que celebró el contrato en primer lugar, pero que no había inscrito su derecho (Casación N° 1352- 2004, de 13/9/2005).
- vii. Una sentencia de la Corte Suprema avala la posición de la Sala Superior en cuanto el demandado con título sobre las edificaciones, igual es precario (Casación N° 3741-2010-Tacna, de 14/3/2011). Esta decisión es contradictoria con una sentencia anterior, en la cual se dijo que el autor de la edificación no es precario (Casación N° 1311-2009-Lambayeque, de 02/11/2009).

No solo son incoherentes las definiciones de precario, sino también las del propio desalojo, al que se define como: “acción principal, inmobiliaria, posesoria,

personal y de contenido real” (Casación N° 3741-2010-Tac na). Primero, es contradictorio que una pretendida acción sea real y personal en forma simultánea. Segundo, no se entiende cómo una acción es posesoria, cuando la propia Corte seguidamente exige la prueba del dominio en el desalojo por precario (la misma contradicción existe en los doctrinarios del nivel de Pasco Arauco).

5.2.- CAUSA DE LA INCERTIDUMBRE

El Código Civil de 1936 no definió el ocupante precario, pero sí lo hizo antes el Código de Procedimientos Civiles de 1911, cuyo artículo 970° se refería inequívocamente a esta figura, en cuanto hablaba del “precario que no pagaba pensión, esto es, el poseedor gratuito que había recibido el bien por mera liberalidad del concedente.

Por tanto, el concepto de precario, bajo la vigencia del Código de 1911, era técnicamente irreprochable. Sin embargo, en algún momento, la vulgarización de los conceptos jurídicos tal, como ocurre hoy- hizo que la jurisprudencia tambalease de forma lamentable.

Luego, el tema se complicó con la legislación especial de arrendamientos forzosos, emanada por motivo de las graves crisis económicas que se sucedieron durante el siglo XX, y que estuvo inspirada en motivaciones de interés social. En tal sentido, en esas leyes se impidió que el propietario pudiese desalojar al inquilino, salvo causas justificadas, entre las que se encontraba el singular hecho que el inmueble lo ocupase un tercero, y no el arrendatario, que era el único protegido por la legislación especial de vivienda. Este tercero fue denominado, erróneamente, como “precario”, y esa es la causa de las confusiones que sufrimos hasta la actualidad.

Es obvio que el codificador de 1984 estaba contaminado con la jurisprudencia desorientada y con la legislación especial de arrendamiento, por lo que la definición “legal” que pasó al Artículo 911° no guarda la debida coherencia con el resto del Código, ni con las normas procesales.

Por tanto, tenemos dos opciones para encontrar una salida:

La primera, se limita a mirar la norma legal de definición del precario, y sobre esa base dar una y mil vueltas para encontrar algo que nos ilumine. El positivismo imperante

en nuestro país ha pretendido cerrar el debate de la posesión precaria mediante la simple lectura del Artículo 911° Código Civil. El argumento se reduce a *dura lex, sed lex*, esto es, si la ley lo dice, entonces no queda nada más que discutir. El problema, para ellos, es que el Derecho no se reduce a una norma aislada.

La segunda alternativa busca mirar las cosas desde una perspectiva distinta; esto es, dirigirse a lo alto del sistema jurídico; desde los principios que lo subyacen. Si lo anterior ya fracasó, entonces intentemos esta nueva posibilidad. Así, pues, la crítica situación actual hace que no podamos continuar por el primer camino. Es necesario destruir lo andado y comenzar de nuevo.

5.3.- EL CONCEPTO JURISPRUDENCIAL DEL PRECARIO, ANTES DEL CUARTO PLENO CIVIL DE LA CORTE SUPREMA.

La jurisprudencia considera como precario a todo poseedor que no cuenta con título o cuyo título ha fenecido, con lo que se reitera de forma mecánica el Artículo 911° Código Civil. De esta forma, se dice que es precario un usurpador, pues no tiene título; o un usufructuario, en donde el plazo del título ha concluido; o el comprador que sufre la sucesiva resolución del vínculo a través del acto unilateral del vendedor, por el cual se actúa la cláusula legal o convencional de resolución.

La doctrina judicial señala que el precario es una modalidad de posesión en la que no se cuenta con legitimidad para mantenerse en el control u ocupación del bien, es decir, se ejerce de facto sin contar con el título justificativo de posesión. Por ejemplo, la Casación N° 1437-99 de 16/11/1999 definió la posesión precaria mediante la simple repetición del Artículo 911° Código Civil, y además realizó una distinción con la posesión ilegítima (“la precaria se ejerce sin título, y la ilegítima con título defectuoso”):

“Cuarto.- Que, el artículo 911° del Código Civil establece que la posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido, y en atención a lo expuesto en el considerando precedente, resulta evidente que el legislador ha hecho una diferenciación entre posesión ilegítima y posesión precaria, ya que en la primera existe un título que adolece de algún defecto formal o de fondo, y en la segunda no existe título alguno, por lo tanto la posesión ilegítima no puede equipararse con la posesión precaria”.

Otras sentencias de la Corte Suprema están dentro de la misma tónica:

- “La precariedad no se determina únicamente por la falta de un título de propiedad o de arrendatario, sino que para ser considerado como tal debe darse la ausencia absoluta de cualquier circunstancia que justifique el uso y disfrute del bien” (Casación N° 1147-2001-La Libertad).
- “La ocupación precaria de un bien inmueble se configura con la posesión del mismo sin detentar título alguno que justifique dicha posesión o el que se tenía ha fenecido; asimismo quien pretenda la restitución o entrega, en su caso, de un predio ocupado bajo dicha calidad, debe acreditar el derecho de propiedad o que lo ejerce en su representación del titular o en todo caso la existencia de título válido y suficiente que otorgue derecho a la restitución del bien” (Casación N° 3656-2001-Piura) .
- “Uno de los supuestos de la posesión precaria es aquella que se ejerce sin título alguno, es decir, en este caso no existe siquiera uno inválido que justifique la posesión, simplemente no existe título de posesión; por esta razón, es que la desocupación del bien se hace más expedita en la vía sumaria del desalojo” (Casación N° 1801-2000-Moquegua) .
- “Existe errónea interpretación en la aplicación del artículo 911° del Código Civil, para resolver el conflicto, si se tiene en cuenta que la precariedad no determina únicamente por la falta de un título de propietario o arrendatario, sino que para ser considerado como tal debe darse la ausencia absoluta de cualquier circunstancia que justifique el uso y disfrute del bien” (Casación N° 2016-97-Lima).
- “La posesión precaria de un bien inmueble se configura con la posesión del mismo sin detentar título alguno que justifique dicha posesión, o cuando el que se tenía, ha fenecido; asimismo, quien pretenda la restitución del predio ocupado bajo dicha calidad, debe acreditar el derecho de propiedad sobre el predio, o que lo ejerce en representación del titular o, en todo caso, la inexistencia de título válido o suficiente que otorgue derecho a la restitución del bien y la inexistencia de título a favor del ocupante del inmueble” (Casación N° 1102-2003- Cono Norte).

- Décimo.- (El) artículo 911° del Código Civil, establece que la posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido. La norma acotada exige que se prueben dos condiciones copulativas: que la parte demandante sea la titular del bien cuya desocupación pretende, y que la parte emplazada ocupe el mismo sin título o cuando el que tenía ha fenecido. El “título” a que se refiere la segunda condición copulativa es el que emana de un acto jurídico por el que se otorga al poseedor la propiedad, arrendamiento, usufructo, uso, comodato, superficie, anticresis, entre otros, del bien que detenta, por lo que reiteradas ejecutorias de la Corte Suprema de Justicia han establecido que la posesión precaria es la que se ejerce de facto, sin contar con título que justifique la posesión, entendiéndose como tal a la ausencia absoluta de cualquier circunstancia que permita advertir la legitimidad de la posesión que detenta el ocupante” (Casación N° 417-2009-Ica).

En resumen, para la jurisprudencia, el precario viene a ser cualquier sujeto que ocupa un bien sin título o con título fenecido, entendido como ausencia de causa jurídica que justifique de alguna manera la posesión que ejerce. Para tal efecto, se necesita que el demandante en el proceso de desalojo acredite la propiedad mediante algún instrumento en el que conste un negocio jurídico de finalidad adquisitiva, mientras que el demandado carecerá de título posesorio.

5.4.- ANÁLISIS DE LA DOCTRINA QUE DEFIENDE EL CONCEPTO JURISPRUDENCIAL DE POSESIÓN PRECARIA

La postura judicial sufre algunos matices en la doctrina, pero que no se alejan sustancialmente de ella. Lo veremos con dos autores.

5.4.1.- la tesis de Lama More.

Lama More opina que el precario es un “tipo de poseedor ilegítimo”, específicamente de mala fe, por lo cual se entiende incluido en ese concepto al usurpador:

“No existe lugar a dudas que el precario actual carece de nexo obligacional con el titular del derecho del bien que posee (...) Considerando a la posesión ilegítima como aquella que se ejerce sin sujeción a derecho, es evidente que en esta se encuadra

perfectamente la definición de posesión precaria establecida en el actual Código Civil peruano, pues, es contrario a derecho poseer un bien sin contar con título alguno, sea porque nunca se tuvo o porque el que se tenía feneció”.

Este autor considera, igual que la jurisprudencia, que el precario es un “tipo de poseedor ilegítimo”, específicamente de mala fe, por lo cual se entiende incluido en ese concepto al usurpador, pues le falta título. Además esa conclusión vendría confirmada, según él, por el hecho de que nuestro país acoge la teoría posesoria de Ihering, y no la de Savigny, lo que no aporta nada en este debate, como luego se explicará.

Lama More se acoge prácticamente en todo al concepto judicial de precario, pero solo se diferencia de la tesis judicial en un pequeño detalle, consistente en que el precario abarca, no solo al poseedor sin título o con uno fenecido, sino, además a quien exhibe un “título manifiestamente nulo”; y para definir su heroica creación no encuentra mejor argumento que definirlo como la situación del poseedor que presenta cualquier “documento pre-fabricado” (sic) ; por tanto, su idea pasa por evitar que los demandados “fabriquen” un título y con ese simple hecho impidan una sentencia de mérito en el proceso de desalojo.

El magistrado Lama considera que los defectos se solucionan con un parche. Esa es la razón por la cual las graves dudas que se presentan en la jurisprudencia sobre el concepto de precario, se pretenda solucionar con la simple idea de que el Artículo 911° Código Civil es perfecto, pero que solo falta añadir dentro de su ámbito, los casos de “títulos manifiestamente ilegítimos”, que los define como “prefabricados”.

Sin perjuicio de la falta de técnica jurídica cuando se habla de “títulos prefabricados” (¿qué cosa significa?), queda la obvia certeza de que este añadido nada cambia ni remedia la actual situación de zozobra judicial.

En primer lugar, la existencia de “títulos pre-fabricados” no dice nada respecto de los propietarios que invocan el desalojo contra poseedores autónomos en concepto de dueño, esto es, no soluciona la existencia de una acción posesoria que se otorga a favor de quien no es poseedor.

En segundo lugar, los “títulos pre-fabricados” nada solucionan respecto de los contratos resueltos, nulos, anulables, o de los hechos jurídicos que interfieren en el caso, como la usucapión o accesión que invocan los demandados.

En tercer lugar, esta propuesta no resuelve la desarticulación del sistema de derechos reales, en los que las acciones posesorias protegen al propietario, por lo que las acciones reales devienen en innecesarias.

En cuarto lugar, Lama incurre en un error técnico, pues considera que el juez puede declarar de oficio la nulidad del “título manifiestamente ilegítimo”, lo que contraviene las garantías procesales, en tanto el juez termina pronunciándose sobre un punto no controvertido, incluso, aun cuando se trate de tercero que no es parte del litigio. Hace tiempo el profesor Morales Hervias demostró convincentemente que el Artículo 220° Código Civil permite que el juez “estime” la nulidad dentro de los fundamentos de la decisión, pero jamás podrá emitir pronunciamiento definitivo sobre ello.

En quinto lugar. Es curioso que el Sr. Lama critique a los otros cuando se apartan de la literalidad del Artículo 911°, que para él es sagrado, o poco menos, sin embargo, cuando le conviene entonces la letra de la norma no sirve para nada. Así, el 911° establece que precario es el que “carece de título o título fenecido”, por tanto, no puede comprenderse, bajo su propia premisa los poseedores con título, aunque ilegítimo, o con título otorgados por el no-domino, o con título nulo, pero no declarado.

En sexto lugar, no se entiende la razón para distinguir entre Savigny y Ihering, en este punto, cuando ambos coinciden en que el precario es poseedor, concordante con la solución del Derecho romano.

En conclusión, la tesis de Lama More se centra en el 1% de los casos conflictivos sobre el ocupante precario (lo que él llama “título prefabricado”), pero deja sin ninguna solución el restante 99%. Por lo demás, no se da cuenta que él mira la paja en el ojo ajeno, al criticar el apartamiento de la literalidad normativa, pero no se da cuenta del tronco en el ojo propio, cuando postula el “título manifiestamente ilegítimo”.

5.4.2.- la tesis de Torres Vásquez

En una posición cercana se encuentra el profesor Torres Vásquez, aun cuando este no hable del “título manifiestamente nulo” como sinónimo de falta de título, por lo que su tesis queda encerrada en la letra del Artículo 911° Código Civil. Tal conclusión se basa en que el precario no es poseedor inmediato, pues carece de título; asimismo agrega que la noción de “restitución” utilizada en el Código Procesal no debe entenderse en sentido “restrictivo”, por lo cual -y en su concepto-, un usurpador podría ser objeto del proceso de desalojo por precario.

Posteriormente, el autor ha insistido sobre lo mismo en un manual:

“El precario no tiene vínculo alguno con el propietario u otro titular de derecho real sobre el bien. Se es precario frente a quien tiene derecho a poseer. El que posee una res nullius o un bien abandonado por su propietario no es precario sino poseedor originario. El precario está expuesto a que el titular del derecho real le reclame el bien en cualquier momento”.

En suma, el desalojo por precario, según la interpretación judicial, exige que el demandante acredite el dominio; mientras el demandado ocupa el bien sin título o con uno fenecido, pues si este exhibe alguno, cualquiera que fuese, incluso nulo, entonces la demanda sería desestimada por no adecuarse a la hipótesis del Artículo 911° Código Civil.

5.4.3.- La tesis de mejorada Chauca

El profesor Mejorada Chauca también es defensor de la tesis judicial, aun cuando agrega que el precario es un “concepto procesal”, en virtud del cual el juez puede decidir quién tiene “mejor derecho a poseer” a través del proceso de desalojo. En realidad, lo que se pretende es otorgar una facultad discrecional al juez a fin que evalúe en cada caso concreto*qué sujeto está en mejor situación que otro respecto a la posesión. El problema de esta tesis es que no se sustenta en principio o norma alguna, lo que de por sí basta para descartarla, pero además resulta contraria a la seguridad jurídica, en tanto dota a la magistratura de una potestad casi omnímoda, pues, en virtud de su leal saber y entender podría decidir “el mejor derecho a poseer”. Por lo demás, todavía existe otro fundamento que difícilmente podría resistir el embate de la crítica: si el proceso es un instrumento

para el reconocimiento o protección de derechos subjetivos materiales o intereses legítimos, entonces el proceso de desalojo (o cualquier otro) existe para proteger una situación jurídica que le es preexistente, y que constituye un derecho o interés tutelado por el ordenamiento. Por tanto, resulta dudoso, por decir lo menos, que el “proceso de desalojo” (que es, ya, un instrumento) sirve para defender una “noción procesal” (otro instrumento). Recuérdese que el proceso tutela derechos o situaciones humanas que se han valorado positivamente (intereses protegidos), y no “nociones procesales”, pues una de las tareas primordiales de los ordenamientos es la de proveer una eficaz tutela de los derechos que en él son reconocidos y garantizados; el proceso es un medio para lograrlo, pero solo eso: un medio.

Últimamente Pasco Arauco se ha plegado a este concepto de precario, aunque su argumento es de un simplismo alarmante y que puede reducirse en la siguiente frase: “la ley lo dice (dura lex, sed lex). Nada más. Así cierra su comentario, con un verdadero canto al positivismo más simplista . Sin embargo, en las perspectivas de este tipo no se advierte que la ley no está aislada, ni vive sola en el mundo jurídico; pues también son leyes los artículos 921° y 923° Código Civil, así como el Artículo 587° Código Procesal Civil cuyos textos igualmente ;deben respetarse! Ese es el problema del positivismo o formalismo, en tanto se encierra en el árbol de una norma, pero pierde de vista el bosque de los valores fundamentales, de la justicia, de la ordenación racional y sistemática o el contexto del sistema jurídico.

5.5.- EL CRITERIO JUDICIAL DE POSESIÓN PRECARIA ES "MULTIUSOS"

En la práctica diaria de nuestros Tribunales, lamentablemente, hoy se hace pasar por precario a un invasor, a un sujeto con posesión antiquísima pero sin título, a un comprador con título supuestamente resuelto, a un contratante cuyo negocio jurídico fue declarado nulo, a un poseedor con título vigente, pero otorgado por no-domino, entre otros. Así pues, figuras tan disímiles se unifican dentro de la categoría omnicomprendiva de “precario judicial”, pues en ella se terminan incluyendo poseedores legítimos, ilegítimos, viciosos, con título temporal o definitivo, entre otras muy diversas hipótesis. La pregunta que flota en el ambiente es si una categoría así construida, realmente presta utilidad, o solamente es fuente de las mayores injusticias con la desarticulación de las acciones de protección de la propiedad y de la posesión.

5.6.- LAS REGLAS VINCULANTES DEL CUARTO PLENO

La Corte Suprema ha emitido el Cuarto Pleno Civil (Casación N° 2195-2011-Ucayali), en el cual se adopta la siguiente doctrina jurisprudencial que vincula a todos los tribunales del país:

- 1- Una persona tendrá la condición de precaria cuando ocupe un inmueble ajeno, sin pago de renta y sin título para ello, o cuando dicho título no genere ningún efecto de protección para quien lo ostente, frente al reclamante, por haberse extinguido el mismo.
- 2- Cuando se hace alusión a la carencia de título o al fenecimiento del mismo, no se está refiriendo al documento que haga alusión exclusiva al título de propiedad, sino a cualquier acto jurídico que le autorice a la parte demandada a ejercer la posesión del bien, puesto que el derecho en disputa no será la propiedad, sino el derecho a poseer.
- 3- Interpretar el artículo 585° del Código Procesal Civil, en el sentido que por “restitución” del bien se debe entender como entrega de la posesión que protege el artículo 911° del Código Civil, para garantizar al sujeto a quien corresponde dicho derecho a ejercer el pleno disfrute del mismo, independientemente si es que es propietario o no.
- 4- Establecer, conforme al artículo 586° del Código Procesal Civil, que el sujeto que goza de legitimación para obrar activa, no solo puede ser el propietario, sino también, el administrador y todo aquel que se considere tener derecho a la restitución de un predio. Por otra parte, en lo que atañe a la legitimación para obrar pasiva se debe comprender dentro de esa situación a todo aquel que ocupa el bien sin acreditar su derecho a permanecer en el disfrute de la posesión, porque nunca lo tuvo o el que tenía feneció.
- 5.- Se consideran como supuestos de posesión precaria a los siguientes:
 - 5.1. Los casos de resolución extrajudicial de un contrato, conforme a lo dispuesto por los artículos 1429° y 1430° del Código Civil. En estos casos se da el supuesto de posesión precaria por haber fenecido el título que habilitaba al demandado para seguir poseyendo el inmueble. Para ello, bastará que el Juez, que conoce el proceso de desalojo, verifique el cumplimiento de la formalidad de resolución prevista por la ley o el contrato, sin decidir la validez

de las condiciones por las que se dio esta resolución. Excepcionalmente, si el Juez advierte que los hechos revisten mayor complejidad, podrá resolver declarando la infundabilidad de la demanda, más no así la improcedencia.

- 5.2 Será caso de título de posesión fenecido, cuando se presente el supuesto previsto por el artículo 1704° del Código Civil, puesto que con el requerimiento de la devolución del inmueble se pone de manifiesto la voluntad del arrendador de poner fin al contrato. No constituirá un caso de título fenecido el supuesto contemplado por el artículo 1700° del Código Civil, dado que el solo vencimiento del contrato de arrendamiento no resuelve el contrato sino que, por imperio de la ley, se asume la continuación del mismo hasta que el arrendador le requiera la devolución del bien. Dada esta condición, recién se puede asumir que el poseedor ha pasado a constituirse en poseedor precario por fenecimiento de su título.
- 5.3 Si en el trámite de un proceso de desalojo, el Juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220° del Código Civil, sólo analizará dicha situación en la parte considerativa de la sentencia -sobre la nulidad manifiesta del negocio jurídico-, y declarará fundada o infundada la demanda únicamente sobre el desalojo, dependiendo de cuál de los títulos de presentados por las partes es el que adolece de nulidad manifiesta.
- 5.4 La enajenación de un bien arrendado, cuyo contrato no estuviera inscrito en registros públicos, convierte en precario al arrendatario, respecto del nuevo dueño, salvo que el adquiriente se hubiere comprometido a respetarlo, conforme a lo dispuesto por el artículo 1708° del Código Civil.
- 5.5 Cuando el demandado afirme haber realizado edificaciones o

modificaciones sobre el predio materia de desalojo - sea de buena o mala fe-, no justifica que se declare la improcedencia de la demanda, bajo el sustento de que previamente deben ser discutidos dichos derechos en otro proceso. Por el contrario, lo único que debe verificarse es si el demandante tiene derecho o no a disfrutar de la posesión que invoca, dejándose a salvo el derecho del demandado a reclamar en otro proceso lo que considere pertinente.

- 5.6 La mera alegación del demandado, en el sentido de haber adquirido el bien por usucapión, no basta para desestimar la pre-tensión de desalojo ni declarar la improcedencia de la demanda, correspondiendo al Juez del desalojo valorar las pruebas en las cuales sustenta el demandado su derecho invocado, sin que ello implique que está facultado para decidir sobre la usucapión. Siendo así, se limitará a establecer si ha surgido en él la convicción de declarar el derecho de poseer a favor del demandante. De declararse fundada la demanda de desalojo por precario, en nada afecta lo que se vaya a decidir en otro proceso donde se tramite la pretensión de usucapión, puesto que el usucapiente tendrá expedito su derecho para solicitar la inejecución del mandato de desalojo o en todo caso para solicitar la devolución del inmueble.

6.- En todos los casos descritos, el Juez del proceso no podrá expedir una sentencia inhibitoria, sino que deberá de pronunciarse sobre el fondo de la materia controvertida, en el sentido que corresponda, conforme a los hechos y la valoración de las pruebas aportadas.

7.- En lo que respecta a lo dispuesto por el artículo 601 ° del Código Procesal Civil, cuando ya ha prescrito el plazo para interponer la pretensión interdictal, el accionante no podrá optar por recurrir al desalojo para lograr la recuperación de su bien.

5.7.- SÍNTESIS SOBRE LAS REGLAS VINCULANTES DEL CUARTO PLENO

En buena cuenta, es poseedor precario, según el criterio del Pleno:

- i) El poseedor que ha sufrido la resolución extrajudicial del contrato
- ii) El arrendatario cuyo contrato ha vencido y, además, se le ha requerido la devolución del bien
- iii) El poseedor cuyo título es manifiestamente nulo
- iv) El arrendatario no-inscrito cuando el arrendador ha transferido el bien a un tercero
- v) El poseedor sin título o título fenecido, aunque hubiese realizado construcciones
- vi) El poseedor sin título que se limite a alegar la usucapión sin prueba fehaciente

La Corte agrega que el demandante del precario puede ser el propietario, pero también el administrador o cualquiera que tenga derecho a la restitución del bien. Sobre el particular se ha sostenido que, “de esto puede colegirse que el desalojo por ocupación precaria no exige de modo alguno que deba ser incoado únicamente por quien ostenta la propiedad del bien, dado que además de este, se encuentran legitimados los otros sujetos”. Sin embargo, la decisión judicial no implica, realmente, un cambio con la situación anterior, aunque en apariencia pudiese considerarse lo contrario. (TORRES, 2015) .

En efecto, fuera del propietario, el administrador no es otra cosa que el representante del dueño, por tanto, es él mismo que actúa en el proceso; mientras el titular del derecho real o del personal comprende a los otorgantes del usufructo o superficie y los arrendadores, por lo que el desalojo protege el derecho real, aun sin posesión del demandante, o protege la posesión, cuando el actor es poseedor mediato que cedió el bien temporalmente a favor del demandado. Por tanto, el desalojo es una acción real, pero también una acción posesoria, al mismo tiempo, con lo cual se tiene una “perfecta mescolanza”. Cuando se tiene posesión (mediata), entonces se tiene a la mano el desalojo; y cuando no se tiene en absoluto la posesión, pero se cuenta con un derecho real, entonces igualmente corresponde el desalojo. ¿Es tan difícil entender el Derecho? Parece que sí, pues, en caso contrario, no se explica cómo pueda sostenerse que: “el desalojo por precario (se coloca) en un punto medio entre el interdicto y la reivindicación”, cuando realmente el desalojo comprende todo eso, y mucho más, como la usucapión, la nulidad

y resolución de contrato; por tanto, no es ningún punto medio. (ARRIBAS, 2013)

Por otro lado, la Corte interpreta que el término “restitución” del Artículo 585° Código Procesal Civil significa “entrega”, pero sin explicar cómo se obtiene esa conclusión, pues se trata de dos cosas muy diferentes: uno, implica regresar la cosa a quien la poseía con anterioridad; la otra, significa tomar la posesión por parte de quien nunca la tuvo. ¿Por qué esta grosera desnaturalización del vocablo? Muy simple: la “restitución”, en su significado técnico, es coherente con nuestra tesis que identifica al precario con un tipo de poseedor inmediato, que por contar con título temporal, se encuentra obligado a devolver el bien a la persona que la tenía en su poder (Artículo 905° Código Civil). Pero al margen de las simpatías personales, o no, ¿cómo se explica que no solo el Artículo 585 CPC, sino también el 587 CPC ratifiquen que el desalojo procede cuando el demandante ha cedido la posesión al demandado, que es justamente la premisa de la posterior restitución? Por supuesto, la sentencia no dice una sola palabra del fundamental Artículo 587°.

5.8.- POBREZA ARGUMENTATIVA DE LA SENTENCIA DEL PLENO

La sentencia ha privilegiado el criterio literal del Artículo 911° Código Civil para construir la noción de “precario” como poseedor “sin título” a todo aquel que carece de causa justificativa para mantenerse en el bien²³, lo que incluye a los invasores, poseedores ad usucapionem en tránsito o consumada, o cualquier poseedor de hecho, como el que se

²³) La Corte Suprema sustenta su ya breve fallo en apenas dos fundamentos esenciales:

54. Siendo así, de la lectura del artículo en análisis queda claro que la figura del precario se va a presentar cuando se esté poseyendo sin título alguno, esto es, sin la presencia y acreditación de ningún acto o hecho que justifique el derecho al disfrute del derecho a poseer (sic) -dentro de lo cual, desde luego, se engloba al servidor de la posesión, a quien el poseedor real le encarga el cuidado de un bien, esto es por un acto de mera liberalidad y con carácter gratuito, y que si no se atiende el requerimiento del titular para la devolución del bien devendrá en precario-, es decir, en este primer caso, no necesariamente se requiere de la presencia de un acto jurídico que legitime la posesión del demandado, lo que no excluye también el caso aquel en que el uso del bien haya sido cedido a título gratuito sin existir de por medio el pago de una renta.

55. El segundo supuesto que contempla la norma es que el título de posesión que ostentaba el demandado haya fenecido, sin precisar los motivos de tal fenecimiento, por lo que resulta lógico concebir que dicha extinción se puede deber a diversas causas, tanto intrínsecas o extrínsecas al mismo acto o hecho, ajenas o no a la voluntad de las partes involucradas; entendiéndose que el acto o el hecho existente, en el que el demandado venía sustentando su posesión, al momento de la interposición de la demanda, ha variado, debido a un acto que puede o no depender de la voluntad de las partes, variación que deja de justificar la posesión del demandado y, por ende, corresponde otorgársela al demandante, por haber acreditado su derecho a tal disfrute”.

encuentra en ocupación por virtud de título nulo o el que ha realizado construcciones en suelo ajeno; y, además, considera precario al poseedor con “título fenecido”, que incluye a los arrendatarios con plazo vencido, a los arrendatarios con plazo en curso si U arrendador vende el bien a un tercero, a los compradores luego de una dudosa resolución extrajudicial de contrato, entre otros..

El simplismo interpretativo de la decisión es incompatible con lo que podría exigirse a una sentencia del Máximo Tribunal, y peor todavía si se trata de una regla jurisprudencial vinculante para los casos sucesivos. En fin, es preocupante observar que la sentencia práctica-mente no tiene motivación, salvo la remisión autoritaria al Artículo 911°, sin más, y sin tener en cuenta que una decisión de este tipo exige expresar razones, fundar las propias y combatir las opuestas, pero nada de eso aparece en el texto. Por ejemplo, no se dice ni una sola palabra sobre la diferencia entre acciones posesorias y acciones reales (arts. 921° y 923° Código Civil), que ubica al desalojo en la primera categoría; o en la necesidad de que el demandante y demandado del desalojo se encuentren en relación o vinculación jurídica (Artículo 587° Código Procesal Civil), lo que descarta que el demandante del desalojo carezca de la posesión; o sobre la prohibición de los desalojos forzados con violación del debido proceso como elemento constitutivo del derecho humano a la vivienda adecuada (Artículo 11.1° Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), pese a lo cual, en nuestro país se permiten procesos sin igualdad de armas, en las que el demandante pueda invocar títulos de propiedad, pero el demandado, no.

Este grave defecto de motivación no ha sido advertido por la doctrina superficial que comenta el Pleno, sin contar con aquella francamente obsecuente.

Por lo demás, un tema anecdótico es que la Corte Suprema sostenga alegremente que “la ley procesal española ha expandido el criterio de precario”, lo que obviamente no puede tomarse como un fundamento serio, sino como una trastada, pues obviamente la ley española no rige en el Perú; pero lo más grave es que tal afirmación ni siquiera es cierta. En efecto, los propios autores españoles reconocen que el desalojo (o desahucio) se aplica a los casos de arrendamiento, esto es, su finalidad es proteger la posesión (mediata) frente a la inmediata, o la posesión frente a la tenencia, según el concreto sistema posesorio de cada ordenamiento jurídico.

Si la regla jurisprudencial emanada del Pleno se basa en la literalidad del Artículo 911° Código Civil, y nada más, entonces, ¿por qué no se tomó en cuenta también la letra del Artículo 587° Código Procesal Civil No se entiende porque esta última norma ni siquiera es mencionada en la sentencia.

5.9.- GRAVES OMISIONES DE LA SENTENCIA DEL PLENO

El Tribunal Supremo no responde preguntas fundamentales: ¿Cómo el demandante con título de propiedad, pero que nunca ejerció la posesión, puede invocar una acción posesoria, como el desalojo? ¿Cómo una acción que se basa exclusivamente en el título de propiedad -desalojo por precario- se articula como acción posesoria? ¿Cómo es posible sostener que el desalojo por precario sirve para la defensa de otros derechos, pero no se identifica cuáles son?

Según la Corte, el desalojo por precario permite que el actor sea un arrendador, por lo que conserva su naturaleza de acción posesoria, sin embargo, también se habilita cuando el demandante invoca exclusivamente su título de propiedad -por falta de relación jurídica entre las partes-, en consecuencia, el desalojo es una mixtura de acción posesoria y acción real -mejor diríamos, “multiusos”-, con lo que se desarticula totalmente el sistema patrimonial de los derechos reales (artículos. 921° y 923° Código Civil), basado claramente en dos mecanismos de protección: i) la defensa de la propiedad se hace por medio de acciones reales (reivindicatoria, mejor derecho); ii) la defensa de la posesión se hace mediante acciones posesorias (interdicto, desalojo). Hoy, esa claridad se ha perdido.

En efecto, la sentencia se funda en la necesidad de proteger “el derecho a poseer” del demandante (59° fundamento), sin advertir que tal argumento genérico convierte el proceso de desalojo en acción real, pues el actor requiere acreditar un título jurídico que efectivamente le otorga el “derecho a poseer”, especialmente cuando entre las partes enfrentadas no exista vínculo jurídico alguno, por lo cual el precario, en su condición de poseedor actual, solo puede ser vencido por el propietario o el titular de derecho real. Por tanto, el desalojo se ubica, ahora y por arte de magia, al lado de la reivindicatoria, la acción de mejor derecho de propiedad, de la tercería de propiedad y de otras acciones con ese carácter.

Sin embargo, esa misma doctrina nacional insiste en catalogar el desalojo como una acción posesoria, a pesar de admitir que el actor debe acreditar la propiedad, lo que constituye claramente un ejemplo de esquizofrenia jurídica, pues hasta el momento nadie explica cómo una acción posesoria (desalojo) exige en ciertos casos la prueba del dominio o de la titularidad del derecho real, ni tampoco se justifica como una acción posesoria le sirve a un sujeto que nunca ha poseído. Es decir, se tiene una acción posesoria para el demandante que no es poseedor, pues solo le basta exhibir un título jurídico, por lo que la acción pasa a ser acción real, pero ejercida en vía sumaria.

Un ejemplo de esta incoherencia se configura en este supuesto: un sujeto con título inscrito en el registro, que ha adquirido el bien por virtud de contrato de compraventa celebrado el día de ayer, puede interponer con éxito una demanda de desalojo por precario contra un poseedor de cincuenta años de ocupación. Si tenemos en cuenta que en el desalojo solo se evalúa el formalismo del título documental, aunque sea puro papel, entonces el verdadero titular resulta privado de la posesión a través de la acción sumaria, incompatible con la naturaleza y esencia del tema debatido. Si bien es cierto que el Pleno señala que el demandado puede acreditar la usucapión, sin embargo, esa opción es normalmente teórica, dada la brevedad del plazo de contestación de la demanda (cinco días), lo que impide acopiar la compleja prueba de la prescripción adquisitiva consumada por muchos años, así como por la limitación de los medios probatorios. Por tanto, la “igualdad” que otorga el Pleno al demandado es una farsa, pues en tan breve lapso temporal no puede articularse una defensa aceptable, por lo cual, las sentencias terminarán señalando que “el demandado no ha podido acreditar en forma suficiente la usucapión, por lo que la demanda es fundada”. Esta es la solución que promueve un sector de la doctrina, y que lamentablemente ha sido convalidada por la Corte.

En suma, la racionalidad indica que un propietario que no tiene posesión solo puede exhibir su título dominical para triunfar en la controversia, por lo que debe invocar la regla de la propiedad mediante la acción reivindicatoria (Artículo 923° Código Civil). Esta es la opción lógica de cualquier sistema jurídico. Por el contrario, la tesis del Pleno permite que un sujeto no-poseedor invoque la regla de la propiedad, pero a través de una acción típicamente posesoria como el desalojo (Artículo 921° Código Civil), aunque sin tener la posesión.

Otro caso que no tiene explicación bajo la “lógica” del Pleno es el siguiente: supongamos que se celebra un contrato de arrendamiento, pero el arrendador no es dueño. ¿Procede el desalojo? La respuesta afirmativa se impone, en cuanto este proceso solo actúa y hace eficaz la posesión, pero no la propiedad. Por lo demás, es lógico que el arrendador recupere el bien, aunque no sea el dueño, pues el primero se encuentra en mejor situación posesoria que el segundo, en tanto el inquilino solo posee por la decisión y voluntad del arrendador, en consecuencia, carece de relevancia que este no sea el propietario. Este argumento es decisivo para confirmar que basta la posesión (mediata) del actor para que se estime la demanda, concordante con el Artículo 587° Código Procesal Civil. Por tanto, es indiferente la exigencia de la propiedad del bien, pues se trata de materia no controvertida, pues el desalojo es acción posesoria, y no real o de protección de la propiedad.

La grave incoherencia de convertir el desalojo en un medio de protección mixto, tanto de la propiedad como de la posesión, trae como saldo la completa desarticulación de las acciones posesorias y dominicales, e incluso de las pretensiones de orden obligacional. Lamentablemente el tema sigue sin entenderse, (MEJORADA CHAUCA, 2013) como ocurre con el señor Lama More, que para rehuir el debate, y con ello esconder su confusión conceptual, hasta el momento no explica cómo se conciba que un propietario sin posesión entablar “acciones posesorias” y cómo esta acción sirve para discutir la propiedad y hasta la eventual usucapión.

5.10.- LA SENTENCIA DEL PLENO INFRINGIÓ NORMAS LEGALES EXPRESAS

Dentro de la definición legal del precario (Artículo 911° Código Civil) se encuentra aquel cuyo “título ha fenecido”. ¿Qué significado tiene esta expresión? El Pleno ha entendido que ese vocablo* incluye los siguientes casos:

- i) Contratos con plazo vencido; y,
- ii) Contratos de arrendamiento con plazo aún vigente, no obstante lo cual, el arrendador vende o enajena el bien a un tercero. No obstante, esta regla jurisprudencial desconoce normas legales expresas.

Vamos a analizar cada una de las hipótesis.

La primera se configura en los contratos con plazo vencido, por lo cual, según el Pleno, si luego del vencimiento se requiere la devolución del bien, entonces se produce el fenecimiento del título (Artículo 1704° Código Civil), por lo cual el arrendatario pasa a ser precario.

Sin embargo, tal conclusión es errada si tenemos en cuenta lo siguiente: El Decreto Legislativo N° 709 liberalizó los arrendamientos de predios urbanos, por cuya virtud, los contratos celebrados a partir de su vigencia se regirían exclusivamente por el código civil.

CAPITULO VI

EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

6.1.- DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS.

El contrato de arrendamiento siempre estuvo regulado en la legislación peruana. Esto se entiende, puesto que es uno de los contratos más usuales y antiguos. El arrendamiento es un contrato nominado.

El contrato de arrendamiento deberá ser entendido como aquel acuerdo de declaraciones de voluntad por el cual una persona (arrendador) se compromete a procurar el goce temporal de un bien a otra (arrendatario) que a su vez se compromete al pago periódico de una suma de dinero (renta), como contraprestación a dicho goce. Sobre el particular, podemos decir que en la actualidad el contrato de arrendamiento se ha convertido en la mejor opción para aquellas personas (naturales o jurídicas) que no pueden acceder a la propiedad de un bien, ya que mediante el pago de cuotas periódicas pueden, si bien no gozar de dicha propiedad, si gozar de la facultad de uso sobre el bien para fines determinados, como habitación, actividades comerciales, o depósito, refiriéndonos al arrendamiento de bienes inmuebles. A nivel doctrinario, se señala que el arrendamiento constituye una renta derivada por la explotación pasiva de inmuebles, en donde la única actividad del contribuyente radica en habilitar la fuente productora de renta para ser utilizada por terceros. (ARIAS, SCHREIBER PEZET, 2000)

En cuanto a su regulación. El arrendamiento es un contrato típico social y legal, pues está jurídicamente regulado en la ley (el Código Civil).

En cuanto a su estructura. Por su estructura, el arrendamiento es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica.

En cuanto a su contenido o área.- Por su contenido, el arrendamiento puede ser de naturaleza civil o mercantil. Sin embargo, apreciamos que resulta más frecuente encontramos ante arrendamientos de naturaleza civil que frente a arrendamientos de naturaleza mercante; salvo que estemos hablando del arrendamiento financiero (Ieasing), contrato mercantil por excelencia.

En cuanto a su autonomía.- Por su autonomía, el arrendamiento es un contrato principal, pues no depende jurídicamente de otro contrato.

En cuanto a su formación.- Por su formación, el arrendamiento es un contrato consensual, vale decir, que se celebra con el solo consentimiento de las partes.

En cuanto al tiempo.- El arrendamiento es, esencialmente, un contrato de duración, que podrá ser determinada (a plazo fijo), determinable (referida a un evento cierto, pero no conocido en su fecha), o de duración indeterminada (cuando se ha tenido en cuenta el término inicial, mas no el final).

En cuanto a su negociación.- El arrendamiento puede ser un contrato de negociación previa, es decir, aquel en el cual las partes tienen la libertad de modelar su contenido (el más usual); uno por adhesión o, por último, con arreglo a cláusulas generales de contratación, supuesto, este último, que consideramos de cierta frecuencia, sobre todo en lo que a predios multifamiliares se refiere.

En cuanto al rol económico.- El arrendamiento es un contrato de goce, pues está destinado al disfrute del bien por el arrendatario, sin tener la disposición del mismo.

También es un contrato de restitución, pues obliga a quien recibe el bien a devolverlo.

En cuanto a su función.- El arrendamiento es un contrato fundamentalmente constitutivo, aunque podría formar parte, por excepción, de contratos modificatorios, pero nunca será resolutorio, ya que siempre se generará la obligación -por parte del arrendador de entregar en uso el bien al arrendatario y el arrendatario asumirá la obligación de pagar por dicho uso una renta determinada o determinable.

6.2.- PERSONAS FACULTADAS PARA ARRENDAR

Con relación a esta norma, debemos señalar que la misma resulta obvia, ya que todo aquel que tenga facultad de administración sobre uno o determinados bienes, podrá

arrendarlos, en virtud de que el arrendamiento es, por su carácter temporal, un típico acto de administración y no de disposición, supuesto para el cual se requeriría contar con poder especial.

Por otra parte, dada la redacción del artículo 1667°, el mismo no puede ser interpretado contrario sensu, en el sentido de que no puede dar en arrendamiento el que no tenga esta facultad respecto de los bienes que administra, Decimos esto, por cuanto el citado numeral no establece un supuesto excluyente, de manera tal que pudiera admitirse la interpretación a contrario. Simplemente, efectúa una afirmación obvia e indiscutible.

6.3.- PERSONAS IMPEDIDAS DE ARRENDAR

La regla general es que cualquier persona puede ser arrendatario de un bien, salvo que la ley lo impida.

En tal sentido, el artículo 1668° del Código Civil se encarga de establecer que no pueden tomar en arrendamiento: el administrador, los bienes que administra y aquel que por ley está impedido.

Entendemos que el caso del administrador en relación con los bienes que administra, resulta un principio de absoluta equidad, establecido fundamentalmente para evitar que se produzcan situaciones de injusticia, en las que un administrador de bienes ajenos celebre un contrato consigo mismo como arrendatario de uno de los bienes que administra.

La ley entiende que aquí se presenta uno de esos casos en los que existe conflicto de intereses, ya que el administrador podría aprovecharse de su condición para proceder a convertirse en arrendatario bajo condiciones sumamente beneficiosas.

6.4.- ARRENDAMIENTO DE BIEN INDIVISO.

Esta norma nos trae a la memoria lo dispuesto por el Artículo 978° del Código Civil, en el sentido de que: "Si un copropietario practica sobre todo o parte de un bien, acto que importe el ejercicio de propiedad exclusiva, dicho acto solo será válido desde el momento

en que se adjudica el bien o la parte a quien practicó el acto". (CASTILLO FREYRE, 2002).

Sin duda, el arrendamiento de una parte: específica de un bien que se encuentre bajo el régimen de copropiedad, es un acto que importa el ejercicio de propiedad exclusiva, en la medida en que, conforme a lo dispuesto por el artículo 974° del propio Código, cada copropietario tiene derecho a servirse del bien común, siempre que no altere su destino ni perjudique el interés de los demás.

En tal sentido, a pesar de no tratarse de un acto de enajenación, dada la naturaleza del arrendamiento, este acto sí importaría el ejercicio de propiedad exclusiva.

6.5.- ARRENDAMIENTO DE BIEN AJENO.

El tema de la contratación sobre bienes ajenos pasa, necesariamente, por la no preexistencia de una relación contractual entre la parte que se obliga a entregar el bien ajeno y un tercero, propietario del bien, de modo tal que se configurase un contrato principal y que el contrato sobre bien ajeno constituya un contrato derivado.

El Código Civil peruano establece como regla general, en el Artículo 1409°, inciso 2, norma ubicada en la Parte General de Contratos, que pueden ser objeto de obligaciones contractuales los bienes ajenos.

Esta norma bien podría haber constituido el único precepto del Código peruano en torno a esta materia, ya que tal vez hubiera sido preferible legislar sobre el tema conforme a una norma general y no estableciendo Artículos privativos en cada contrato típico.

6.6.- ARRENDAMIENTO FINANCIERO

El contrato de arrendamiento financiero no está regulado propiamente por el Código Civil peruano de 1984. Lo único que existe es una norma de remisión a las leyes especiales que rigen este contrato.

El Artículo 1677° no pretende en lo absoluto regular al arrendamiento financiero, contrato típico distinto del arrendamiento propiamente dicho y cuyas características y regulación no constituye materia de este trabajo.

No obstante ello, podemos decir que es un contrato por el cual una empresa o persona natural que desea usar y disfrutar de un bien, acude a una empresa de leasing para

que esta última lo adquiriera con tal propósito de la empresa que venda dichos productos.

A través de leasing, la empresa dedicada a esta actividad, cede al interesado el uso del bien durante todo el plazo en que las partes prevén que el bien tendrá de vida económica o útil, o hasta que el mismo resulte obsoleto. El usuario debe pagar a la empresa de leasing una contraprestación consistente en dinero. Dicho pago se efectuará de manera fraccionada y hasta por el monto al que haya ascendido el precio de compra del producto en cuestión, más gastos e intereses compensatorios.

Finalizado dicho plazo, el usuario goza de la facultad de adquirir la propiedad del bien, pagando en ese momento el valor residual correspondiente.

6.7.- OBLIGACIONES DEL ARRENDADOR

6.7.1.- Obligación de entrega del bien

En este artículo se recoge la obligación principal del arrendador, cual es la entrega de la posesión del bien materia del contrato de arrendamiento, la misma que debe realizarse dentro del plazo, en el lugar y en el estado convenido²⁴.

Respecto a la entrega del bien, también llamada tradición, conforme se señala en el Artículo 901° del Código Civil, puede ser real (Artículo 901°) o ficta (Artículo 902°).

Es real cuando se entrega físicamente el bien al arrendatario, como por ejemplo, la entrega del auto dado en arrendamiento; y ficta, cuando sin mediar entrega física, esta se entiende realizada, presentándose dos supuestos: cuando cambia el título posesorio de quien está poseyendo (por ejemplo, cuando el propietario transfiere el predio que posee y a su vez el adquirente se lo da en arrendamiento), o cuando se transfiere el bien que está en poder de un tercero, siendo que en este último caso la tradición produce efecto contra el tercero desde que le es comunicada por escrito (por ejemplo, cuando se da en arrendamiento una casa que la posee un tercero).

En el caso del arrendamiento de predios, la entrega o tradición directa se produce

²⁴ Alessandri, en la obra citada, pág. 160, dice que el contrato es conmutativo, “porque las prestaciones de las partes son equivalentes”, lo que obviamente constituye un error. El contrato es conmutativo, porque las prestaciones se miran como equivalentes, lo que implica que objetivamente pueden no serlo.

con la entrega de las llaves.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el arrendador debe entregar el bien conjuntamente con sus accesorios. De acuerdo con el artículo 888° del Código Civil, son accesorios del bien todos aquellos que sin perder su individualidad están permanentemente afectados al fin económico u ornamental con respecto al bien. Por ejemplo las llaves de un vehículo o la servidumbre de un predio.

6.7.2.- Obligaciones adicionales del arrendador

La obligación del arrendador no se agota con la entrega del bien, sino que como consecuencia de dicha entrega, surgen nuevas obligaciones; las cuales van a tener como finalidad garantizar al arrendatario el uso del bien arrendado para la finalidad pactada durante todo el tiempo del arrendamiento. (CASTILLO FREYRE, 2002)

Como señala Borda, se trata de obligaciones de garantía a cargo del arrendador, es decir, sobre él recae una serie de obligaciones, de hacer y de no hacer, que buscan garantizar el uso adecuado del bien por parte del arrendatario por todo el tiempo del contrato. (BORDA, 2004)

Dicha garantía tiene relación con las obligaciones de saneamiento, en la medida en que mediante el saneamiento el arrendador responde frente al arrendatario por la evicción, vicios ocultos o actos propios, que impidan el uso para la finalidad pactada (Artículo 1485°).

Una de dichas obligaciones es la de mantener al arrendatario en el uso del bien durante todo el periodo de vigencia del arrendamiento. Para ello tiene a su cargo obligaciones de hacer y de no hacer.

Entre las obligaciones de no hacer tenemos la no realización de actos que perturben la posesión del arrendatario, como por ejemplo, el generar ruidos molestos en la vivienda vecina que ocupe el arrendador, o la inspección del bien sin la existencia de causa justificada Q, en su caso, sin previo aviso.

Sobre el particular, Díez-Picazo y Gullón señalan que "una vez constituido el arrendatario en poseedor, por virtud de la entrega o traspaso posesorio, la prestación

continuada del arrendador es la del mantenimiento en el goce y el logro del carácter pacífico en este mismo goce. Bajo esta amplísima expresión legal se cobija una gama de obligaciones de naturaleza muy distinta, que en último término consisten en prevenir o evitar las situaciones de perturbación en el goce".

6.7.3.- Obligaciones del arrendatario

El numeral 1681, que desarrolla extensamente las obligaciones del arrendatario, tiene como fuente de inspiración lo dispuesto en el Artículo 1517° del Código Civil de 1936 y lo que establece el Artículo 38° del Decreto Supremo N° 052-77 -VC, del 25 de noviembre de 1,977. Es preciso tener presente que el legislador ha preferido en esta materia ser minucioso antes que guardar silencio ya que este podría conducir a la duda o a la arbitrariedad.

Con relación a las obligaciones que surgen del contrato de arrendamiento, es pertinente traer a colación la doctrina que formula Antonio Hernández Gil, profesor español de Derecho Civil, quien expresa lo siguiente:

"Si la prestación es de tracto sucesivo o periódica, el plazo actúa, no como medio de diferir el cumplimiento, sino como medio de determinar el tiempo durante el cual han de estar produciéndose los efectos del cumplimiento. Así, en el contrato de arrendamiento, durante todo el plazo o periodo de vigencia, las obligaciones se mantienen en constante situación de cumplimiento".

6.8.- CLASES DE DURACIÓN DEL ARRENDAMIENTO

6.8.1.- Arrendamiento a plazo determinado

Respecto del contrato de arrendamiento celebrado con plazo de duración determinada, las partes tienen libertad para concertar el plazo por meses, bimestres, trimestres, cuatrimestres, años, salvo la limitación temporal que contiene el Artículo 1688° del Código Civil. En efecto, cuando se trata de un contrato celebrado con un plazo determinado, este no puede exceder de 10 Y 6 años, en los casos previstos en el Artículo 1688°. Consiguientemente, a la culminación del plazo, el arrendatario debe cumplir con restituir el bien con todos sus accesorios.

Cuando el arrendamiento se ha celebrado con un plazo de duración determinado, si el arrendatario permanece en el bien arrendado sin resistencia del arrendador, es de

aplicación lo dispuesto en el Artículo 1700° del Código Civil. (DE LA PUENTE Y LAVALLE, 1993)

6.8.2.- Arrendamiento a plazo indeterminado

Si el arrendamiento tiene duración indeterminada, las partes han acordado los elementos esenciales, esto es, la renta y el bien arrendado. Cuando las partes nada han indicado respecto a la duración del plazo, cualquiera de ellas puede ponerle fin en cualquier momento de conformidad con el Artículo 1703° del Código Civil.

Es preciso indicar que, a pesar de que las partes no hubieran establecido un plazo de duración del contrato, este se considera determinado en los supuestos previstos en el Artículo 1689° del Código Civil.

Asimismo, debe precisarse que tanto para el caso de contrato de duración determinada cuanto para el celebrado sin determinación de plazo, rige para el arrendatario de inmuebles la obligación de obtener la papeleta de mudanza o la autorización escrita del arrendador a que alude el Artículo 1711° del Código Civil.

6.9.- LÍMITES MÁXIMOS PARA EL ARRENDAMIENTO DE DURACIÓN DETERMINADA

El Código Civil de 1852 estableció en el artículo 1551° una duración máxima de 10 años para los contratos de arrendamiento. Sin embargo, mediante la Ley del 13 de febrero de 1873 se derogó esta limitación, quedando vigente solo para el Estado, las corporaciones, los menores de edad y para quienes no tuvieran la libre disposición de sus bienes.

De otro lado, el Código Civil de 1936 no fijó límite para la duración del contrato de arrendamiento que celebrasen los particulares que tenían el goce de sus derechos civiles, aunque es preciso tener presente que la mayoría de la legislación comparada establecían plazos máximos para su duración.

No obstante que el Código Civil argentino data del siglo pasado, el legislador considera vigente la nota que formula Vélez Sarsfield al Artículo 1505° de dicho Código, según la cual expresa los motivos de su inclusión:

"En casi todos los códigos se permiten los arrendamientos hasta por 99 años, o por determinadas vidas. (...)

Un arrendamiento hace siempre que la cosa no se mejore, y cuando fuese de 30, 40 o 90 años, sería sumamente embarazoso para la enajenación de las cosas o para su división entre los diversos comuneros, que por sucesión vinieran a ser propietarios de la cosa. Tanto por una razón de economía social, como por no impedir la transferencia o enajenación de las cosas, o por no embarazar la división en las herencias, hemos juzgado que no debían permitirse los arrendamientos que pasen de 10 años".

El legislador desea dejar constancia que habiéndose acordado que el Artículo 1688° del Código Civil fije un plazo máximo de duración para el contrato de arrendamiento, se consideró conveniente precisar su carácter temporal en la definición contenida en el Artículo 1666° del Código Civil.

6.9.1.- Plazo máximo de diez años

El primer párrafo del numeral establece como regla general para el arrendamiento de duración determinada el límite máximo de diez años.

Esta parte de la norma se refiere a los contratos celebrados respecto de bienes pertenecientes a personas capaces.

Es importante indicar que el hecho de que los contratantes guarden silencio sobre la duración del arrendamiento no importa que rijan los plazos que se prevén en este numeral, ya que en ese caso se está ante un arrendamiento de duración indeterminada, cuyos efectos están regidos por el Artículo 1703° del Código Civil.

Igualmente, es necesario precisar que un contrato celebrado con plazo de duración indeterminada no concluye cuando el arrendatario se encuentre en posesión del bien más de diez años; este contrato concluirá cuando cualquiera de las partes, en ejercicio del derecho que se establece en el Artículo 1703° del Código Civil, ponga fin al contrato.

6.9.2.- Plazo máximo de seis años

a) Cuando el bien arrendado pertenece a incapaces

Para tales casos el numeral prescribe que el contrato no puede tener una duración mayor de seis años.

En cuanto a la administración de los bienes del menor o del mayor incapaz efectuada por sus padres, de acuerdo con las reglas referidas a la patria potestad, estos pueden arrendar los bienes del incapaz hasta por tres años sin requerir para ello de autorización judicial. En cambio, para que los padres puedan arrendar los bienes del menor por plazo mayor al de tres años, deberán obtener la autorización judicial correspondiente, de acuerdo con lo establecido por el inciso 1 del Artículo 448° del Código Civil, en cuyo caso el contrato se encuentra sujeto al límite de seis años.

Es conveniente aclarar que esta parte de la norma se concilia con el plazo límite establecido por el numeral 538, inciso 4 referido al arrendamiento que efectúe el tutor respecto de los bienes del incapaz, puesto que en virtud del numeral 532, inciso 1 concordado con el artículo 448° inciso 1 el tutor que contase con la correspondiente autorización judicial podría arrendar los bienes del menor por un periodo mayor de tres años hasta el límite máximo de seis años establecido por el numeral 1688° del Código Civil. Queda claro, pues, que sin autorización judicial el tutor puede acordar un arrendamiento hasta de tres años de duración.

Igual conclusión se obtiene para el caso de los curadores, dado que, en virtud de lo dispuesto en el numeral 568, rigen para la curatela las normas relativas a la tutela en lo que esté modificado por el correspondiente capítulo.

b) Cuando el bien arrendado pertenece a entidades públicas

Respecto de los bienes del Estado, el segundo párrafo de este numeral establece que el arrendamiento no puede exceder de seis años.

El doctor Rodolfo Zamalloa Loaiza, establece el límite legal de seis años solo cuando la entidad pública o el incapaz actúen como arrendadores en el contrato. Por consiguiente, una entidad pública puede contratar como arrendataria con el plazo máximo

de diez años y cuando es arrendadora, con el límite de seis años.

6.10.- EFECTOS POR VIOLACIÓN DE LOS PLAZOS MÁXIMOS

En primer lugar, debe indicarse que el establecimiento de plazos máximos para la celebración del contrato de arrendamiento a plazo determinado, constituye una norma de observancia obligatoria.

El tercer párrafo del artículo establece los efectos en el caso de que las partes acuerden un lapso mayor de diez o seis años, según el caso, para la duración o prórroga del contrato.

Debe notarse que en tal caso no se trata de una causal de nulidad del contrato; solamente será nula la cláusula del mismo referida al plazo en cuanto exceda del límite legal, solución adoptada en razón de que la duración del arrendamiento no constituye un elemento esencial del contrato.

La nulidad del plazo excesivo puede ser accionada por el arrendador, por el arrendatario, por los herederos de cualquiera de ambos, por los adquirentes del bien por cualquier título, etc.

6.11.- DEBATE ACERCA DEL PLAZO MÁXIMO DEL ARRENDAMIENTO Y DEL LÍMITE TEMPORAL DEL DERECHO DE SUPERFICIE

El Código Civil, que establece la duración máxima del derecho de superficie, la doctora Lucrecia Maisch Van Humboldt, distinguida jurista invitada por la Comisión Revisora del Código Civil, expresó que la duración del derecho de superficie debía tener un límite de 30 años por cuanto no era conveniente que el dominio se encuentre dividido por un plazo más largo. Expresó, además, que no encontraba razón para que el arrendamiento tenga un límite de 10 años y para la superficie sea de 99 años, como había aprobado la Comisión Revisora, con motivo de las deliberaciones relativas al libro de Derechos Reales.

6.11.- PLAZO PRESUNTO DEL ARRENDAMIENTO

Algunas veces sucede que las partes contratantes no han convenido expresamente un plazo de duración del arrendamiento. Dicha situación que importa, por regla general, considerar al arrendamiento como de duración indeterminada, admite las excepciones consignadas en este numeral.

Se establecen dos supuestos en que la ley presume que el arrendamiento es de duración determinada, a pesar de que las partes no lo hayan indicado así.

Sobre este particular, el legislador considera ilustrativo reproducir la doctrina que formula Luis María Rezzónico²⁵, quien expresa:

"Pero puede ocurrir que las partes convienen el precio o alquiler y nada estipulan sobre el plazo de la locación, y no por ello el contrato es menos válido, pues aunque la temporalidad del uso y goce del locatario es de la esencia de la locación, la designación o expresión del plazo no es esencial".

6.11.1.- Arrendamiento con finalidad específica

El primer supuesto, está referido al arrendamiento que tiene una finalidad específica y se entiende efectuado por el tiempo necesario para llevarla a efecto. Por ejemplo, si se alquila un puesto para exhibir mercaderías en una feria se entiende por todo el plazo que esta dure; asimismo, si se arriendan maquinarias y equipos para la construcción de una obra, el plazo del arrendamiento es el necesario para que esta concluya.

En consecuencia, el arrendador no puede dar por terminado el contrato hasta que la finalidad para la cual este se celebró, se haya cumplido por completo.

6.11.2.- Arrendamiento de inmuebles ubicados en zona de temporada

En lo que respecta al inciso 2 regula el caso del arrendamiento de cosas inmuebles ubicadas en lugares de temporada. Por ejemplo, si se arrienda una casa en el balneario de Santa Rosa en el mes de diciembre, la ley presume que las partes han entendido que la duración del contrato es la de la temporada de verano. En este caso, ni el arrendador puede

²⁵ Luis María Rezzónico. *Estudio de los contratos en nuestro Código Civil*.

solicitar la restitución del bien antes de la conclusión de la temporada ni el arrendatario tampoco. Cabe indicar que, este último, no podrá prolongar su permanencia en el uso del inmueble arrendado por más tiempo que el de la estación de verano. Es así que, en caso de incumplimiento, el arrendador podrá solicitar al arrendatario la restitución del bien además de los daños y perjuicios correspondientes.

6.11.3.- Arrendamiento de duración indeterminada

El antecedente de este precepto es el Artículo 1497° del Código Civil de 1936, el mismo que contenía una fórmula restringida solo al alquiler de casas, lo que no sucede con el presente numeral que comprende todo tipo de bienes susceptibles de arrendarse.

Como se desprende de su texto, en el presente caso se trata de un arrendamiento de duración indeterminada. El pago de la renta será por meses, quincenas, semanas, días o cualquier otro periodo, de acuerdo a como se haya estipulado en el contrato.

6.11.4.- Arrendamiento por periodos forzosos y voluntarios

Este precepto tiene como antecedente el Artículo 1499° del Código Civil anterior, que hacía referencia a "años forzosos y voluntarios". La novedad que introduce este precepto es que se refiere a "periodos forzosos y periodos voluntarios", en consonancia con la normativa del arrendamiento, que admite que este tenga periodos menores de un año.

Este numeral permite que las partes celebren el arrendamiento haciendo un distingo en el carácter de los periodos, separando a estos en voluntarios o forzosos. Los voluntarios pueden ser a favor de una o de ambas partes.

Debe advertirse que si se guarda silencio respecto a la calificación de los periodos, deberán reputarse como forzosos para ambas partes.

José León Barandiarán²⁶ sienta doctrina que el legislador hace suya, con la reserva que se admite que los periodos pueden ser menores de un año. El citado jurista enseña:

"El no aviso por quien tiene derecho a la opción, se reputa como voluntad del

²⁶ José León Barandiarán. *Tratado de Derecho Civil Peruano*.

mantenimiento del contrato por el tiempo constituido por los años voluntarios. Solo mediante un aviso en contrario, el arrendamiento cesa con los años forzosos. Conforme al Artículo 1499° la situación de uno y otro contratante, locador o conductor, es muy distinta. Uno de ellos (indistintamente el locador o el conductor, según lo convenido) tiene un papel activo, en cuanto le corresponde la opción para decidir si el contrato termina en el primero o se prolonga para el segundo periodo. El otro contratante tiene un papel pasivo: ha de aceptar la decisión adoptada al respecto por el contratante.

6.12.- CESIÓN DEL ARRENDAMIENTO

Manuel de la Puente y Lavalle (DE LA PUENTE Y LAVALLE, 1993) al referirse a la cesión de posición contractual la definen de la siguiente manera:

"Contrato en virtud del cual cualquiera de las partes en un contrato cuyas prestaciones no hayan sido ejecutadas, puede ceder a un tercero, con el consentimiento de la otra parte, su posición contractual".

El precepto precisa la naturaleza jurídica de la cesión del arrendamiento, al establecer que la transmisión de los derechos y obligaciones solo es de parte del arrendatario (cedente) en favor de un tercero (cesionario). Es así que, limita los alcances del Artículo 1435° del Código Civil que permite a cualquiera de las partes ceder su posición contractual.

Se trata de una figura que requiere el acuerdo del arrendador, del arrendatario y del cesionario, quien adopta la posición jurídica del arrendatario.

Con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 1681°, inciso 9 del Código Civil, el arrendatario no puede ceder el arrendamiento, sin el asentimiento escrito del arrendador.

La cesión del arrendamiento es susceptible de ser inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble, si el arrendamiento se encuentra previamente inscrito, tal como permite el inciso 6 del Artículo 2019° del Código Civil.

6.13.- CONCLUSIÓN DEL ARRENDAMIENTO

La norma comentada se refiere al contrato de arrendamiento que tiene un plazo de

eficacia determinado por las partes (denominada por algunos como contrato de duración determinada).

Recordemos que el plazo, dentro de un análisis científico, es uno de los llamados elementos accidentales de la estructura del negocio jurídico (contrato). Los elementos accidentales son todos aquellos que las partes pueden incorporar libremente por su propia voluntad a la estructura de un negocio jurídico. En este sentido, se dice que elementos accidentales son todas aquellas figuras que siendo ajenas a la estructura común del negocio jurídico, las propias partes podían incorporar por su libre decisión, tales como la condición, el plazo, el cargo, etc. La doctrina moderna ha criticado severamente esta categoría de los denominados elementos accidentales con el siguiente argumento: lo que se dice son elementos accidentales, no son tales, por cuanto se trata de modalidades que las partes libremente pueden incorporar a la estructura de un negocio jurídico y en cuyo caso una vez incorporadas las mismas pasan a formar parte de la estructura del negocio jurídico particular de que se trate, razón por la cual no se encuentra justificada tampoco esta categoría de elementos accidentales, debiendo hablarse en todo caso de modalidades de los negocios jurídicos, que son elementos que las partes pueden incorporar por su libre decisión y que afectan, no la formación, sino la eficacia del negocio jurídico.

El plazo dentro de esta categoría importa un evento futuro pero cierto al que se supedita el inicio o el final de los efectos negociales. Dentro de la primera hipótesis el plazo se llama suspensivo o inicial; en la segunda el plazo es resolutorio o final. Es claro que el artículo comentado describe un caso de plazo final, que como se conoce determina la decadencia o la finalización de los efectos negociales de orden contractual. Esto determina que el plazo no es solamente identificable con una fecha determinada, sino que puede también condecirse con un hecho cuya ocurrencia guarda certidumbre (por ejemplo: el día de elecciones generales, o el de publicación de un reglamento).

6.13.1.- Conclusión del arrendamiento de duración indeterminada

Este precepto, que no estaba incluido en el Código Civil de 1936, tiene como fuente de inspiración el Artículo 961° del Código de Procedimientos Civiles.

Enrique Palacios Pareja²⁷, introdujo la noción de que este derecho corresponda no solo al arrendador, como prescribe el artículo 961 del citado Código, sino también al arrendatario.

De acuerdo con lo que dispone este precepto, cuando se trata de un contrato de arrendamiento de duración indeterminada, cualquiera de las partes puede ponerle fin dando aviso judicial o extrajudicial a la otra parte. No se requiere, pues, la aceptación de la contraparte.

Cabe indicar que si el arrendatario desea poner fin al contrato, debe desocupar el bien arrendado recabando previamente la autorización escrita del arrendador o de la autoridad respectiva, tal como preceptúa el artículo 1711° del Código Civil.

Si el arrendador cursa el aviso de conclusión del contrato al arrendatario y este se niega a la desocupación, el arrendador puede iniciar el proceso correspondiente a fin de obtener el desalojo del arrendatario.

Es preciso resaltar, que este precepto permite que tanto el arrendador cuanto el arrendatario pongan fin de forma inmediata al arrendamiento sin tener que cursar un aviso con anticipación. Sin embargo, tratándose de una norma supletoria las partes pueden acordar que el aviso deba cursarse con la antelación prevista en el contrato.

En lo que respecta al aviso extrajudicial, si bien este precepto no establece una forma específica para realizarlo, es preferible que se efectúe por escrito bajo cargo o mediante carta por conducto notarial.

6.13.2.- El arrendamiento: ¿derecho personal o derecho real?

El Código Civil actual mantiene la clásica distinción entre derechos reales y derechos personales; dentro de esta distinción los derechos personales son concebidos como relación entre las partes, mientras que los derechos reales se conciben como de carácter inmediato y absoluto (oponibilidad erga omnes).

²⁷ Enrique Palacios Pareja. *Análisis del Derecho Civil*. Pontificia Universidad Católica del Perú

El contrato de arrendamiento se encuentra regulado dentro de los llamados derechos personales, es decir, de oponibilidad entre las partes. Sin embargo, como ya hemos visto, existe la posibilidad de inscripción registral y con ello la posibilidad de acogerse a ciertos beneficios. Uno de estos beneficios es la oponibilidad frente a todos y no solamente la oponibilidad frente al arrendador. De este modo el derecho del arrendatario se encuentra fuertemente impregnado de un carácter real²⁸.

Tradicionalmente se concibe únicamente a los derechos reales la posibilidad de oponibilidad absoluta. Es por ello que un sector de la doctrina nacional (BULLARD principalmente), bajo el influjo del Análisis Económico del Derecho, pone como ejemplo de la "crisis" de la clasificación tradicional entre derechos reales y derechos personales, al contrato de arrendamiento, porque siendo un derecho personal resulta oponible a todos²⁹ que "quizá ninguna otra relación de carácter personal tenga tanto sabor 'real' como el arrendamiento"; apuntalando, además, que algunos autores consideran al arrendamiento como "un novísimo derecho real".

6.13.3.- Efectos registrales de la inscripción del arrendamiento: la publicidad, la legitimación, la prioridad de rango y la oponibilidad en el inciso primero del ARTÍCULO 1708°

Dentro de los beneficios que comprende la inscripción registral podemos resaltar la presunción absoluta de conocimiento del contenido de las inscripciones regulada por el Artículo 2012° del Código Civil, en virtud de la cual nadie puede alegar desconocimiento respecto de lo inscrito por tratarse de una presunción iure et de iure.

En el caso del arrendamiento inscrito, en aplicación de esta presunción, se entiende que quien adquiere el bien tiene la posibilidad de conocer la existencia de un contrato de arrendamiento, esto es lo que en doctrina se denomina "cognoscibilidad general", no importando si tuvo o no conocimiento efectivo del contenido de la inscripción³⁰

²⁸ (Res. N° 366-2000-ORLCfTR, 2/11/2000).

²⁹ . Asevera Bullard (*La relación jurídico patrimonial*, p. 309)

³⁰ (MANZANO SOLANO, p.30).

La inscripción del arrendamiento publicita el contrato y permite acceder al contenido de la inscripción, y este se presume cierto y produce todos sus efectos en aplicación del artículo 2013° del Código Civil (principio de legitimación). No podrá el adquirente alegar que no le produjo certeza el contenido de la inscripción del arrendamiento. Si bien es cierto que nuestro Registro no es convalidante, porque no convalida actos nulos, también es cierto que lo que publicita está legitimado. Los alcances de la inscripción solo podrán desvirtuarse mediante rectificación de la propia inscripción (por ejemplo, si se inscribió el arrendamiento en la partida de un inmueble equivocado por error material del Registro) o mediante declaración judicial de invalidez de lo inscrito.

CAPITULO VII

EN EL DERECHO COMPARADO

7.1.- CHILE

El Código de Andrés Bello considera que el precario es poseedor gratuito, por liberalidad del otorgante y sometido a la voluntad de este último, pues al primer requerimiento puede solicitar la devolución de la cosa. Sin embargo, también en este caso, el precario se incluyó como una modalidad del comodato, esto es, se “contractualizó” la antigua relación de hecho. Así, el Artículo 1295° del Código Civil de 1855: “El comodato toma el título de precario si el comodante se reserva la facultad de pedir la restitución de la cosa prestada en cualquier tiempo (...) también se entiende por precario cuando no se presta la cosa para un servicio particular ni se fija tiempo para su restitución, constituyéndolo igualmente la tenencia de las cosas ajenas sin contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño”.

La judicatura chilena sufre análogos problemas que la nuestra para identificar al precario, oscilando entre posturas restrictivas o extensivas, aunque parece que últimamente prevalece la última, por la cual, la falta de título del demandado hace presumir la mera tolerancia del actor, por lo que se tienen por cumplidos los presupuestos de la acción de precario. Es decir, pareciera que, por ficción, los usurpadores, invasores o cualquier poseedor de hecho, son precarios, pese a que el propietario no cuenta con la posesión, por lo que, en la práctica, la solución en ambos países sería la misma. (ROSTIÓN CASAS, 2013)

Pero antes de que los adalides de la sentencia del Pleno se sumen alborozados a la jurisprudencia chilena, cabe recordarles que en ese país, la inscripción conlleva que el titular es “poseedor legal”, aunque el tema es discutido cuando hay posesión contradictoria que se encuentra consolidada por el tiempo³¹. Eso no ocurre en el Perú.

El debate puede verse: PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Los Bienes. *La propiedad y otros derechos reales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2014, pp. 387-388.

7.2.- COLOMBIA

El Código Civil de Colombia es prácticamente el mismo que el de Bello, y también reconoce la figura del “comodato-precario”, que se origina en la concesión graciosa del titular, pero bajo libre revocación. Aquí el precario es reputado un tenedor, pues en la lógica de este sistema jurídico, todos los poseedores en nombre ajeno (inmediatos) son considerados tenedores. (VALENCIA ZEA & ORTIZ MONSALVE, 2007)

7.3.- ARGENTINA

El Código decimonónico de Vélez contiene una previsión explícita del precario-comodatario: “Si el préstamo fuera precario, es decir, si no se pacta la duración del comodato ni el uso de la cosa y éste no resultare determinado por la costumbre del pueblo, puede el comodante pedir la restitución cuando quisiera. En caso de duda, incumbe la prueba al comodatario” (Artículo 2285°). (LAFAILLE, 1944)

En el sistema posesorio argentino, igual que en el caso chileno y colombiano, el precario es tenedor porque carece de *ANIMUS DOMINI*, pues la doctrina sigue fiel a la definición romanista. Un ejemplo de autor antiguo es el siguiente: “el precarista, o sea el detentador, no ejerce una posesión de mala fe, ni menos, viciosa. Simplemente, no posee: dentro del sistema legal desempeña un papel lícito y honesto, aunque en un plano distinto de la posesión *ANIMO DOMINI*”. Los autores contemporáneos mantienen el mismo criterio, por lo que está claro que el precario, en el Derecho argentino, no se aparta del concepto histórico. Uno de ellos dice: “En rigor, es precaria la relación con la cosa cuando se tiene sin título por una tolerancia del dueño”. Otro manifiesta: “En consecuencia, el comodato se denomina precario cuando no tiene plazo establecido por las partes, o cuando no se ha determinado el uso de la cosa prestada.

CONCLUSIONES

La Posesión, es un derecho real de relevante importancia. Tiene singular trascendencia en el patrimonio de las personas. Es, pese a ello, un tema complejo, y para su cabal comprensión, se requiere de un estudio cuidadoso, no-solo respecto a su evolución en la historia, sino además, de la regulación normativa vigente, a efecto de poder extraer los instrumentos necesarios que nos permita contribuir a la protección de los derechos patrimoniales de las personas, así como a una justa solución de los conflictos de orden patrimonial.

Los nuevos conceptos incorporados en nuestra legislación, respecto de la posesión precaria, deben ser interpretados en forma idónea, de tal manera que permita una convivencia justa y civilizada entre las personas. Creo que la propiedad particular debe ser garantizada plenamente por el derecho positivo y respetada por las personas; creo, además, que el sistema jurídico debe otorgar al propietario los instrumentos eficaces en la protección de su derecho, evitando, por cierto, el ejercicio abusivo del derecho.

No es precario el poseedor inmediato, respecto del poseedor mediato, en razón del título que los vincula; sin embargo si podría serlo respecto del propietario, si el poseedor mediato no se encontraba autorizado para ceder la posesión o conceder título posesorio alguno.

En nuestro país, la posesión precaria es distinta de la posesión temporal inmediata, en razón de que mientras ésta se ejerce en virtud de un título –que le confirió el poseedor mediato- aquella se ejerce sin título alguno. Por ello el precario podría adquirir el bien que posee por prescripción, si acredita haber cumplido los requisitos que la ley prevé para tal fin.

La Corte Suprema de Justicia delimitó el contenido de la posesión precaria, señalando que “(...) la figura del precario se va a presentar cuando se esté poseyendo sin título alguno, esto es, sin la presencia y acreditación de ningún acto o hecho que justifique el derecho al disfrute del derecho a poseer” , así como también cuando

"(...) el título de posesión que ostentaba el demandado haya fenecido, sin precisar los motivos de tal fenecimiento"

Es precario todo poseedor inmediato que recibió el bien en forma temporal por acto voluntario realizado por el concedente o poseedor mediato, cuya finalidad es proporcionar una liberalidad, gracia o benevolencia. Sus notas causales son que el precario carece de título jurídico o que el título obligatorio de restitución ha fenecido por nulidad manifiesta

RECOMENDACIONES

La emisión del Cuarto Pleno Casatorio Civil, al margen de los sólidos cuestionamientos formulados, debe ser bienvenida por la comunidad jurídica debido a que despierta el interés en diferentes ámbitos que muchas veces son abandonados o ignorados en el quehacer jurisdiccional, como la historia y el derecho comparado. Asimismo, por cuanto motiva exigir a los Órganos Jurisdiccionales, como nuestra Corte Suprema de Justicia, una mayor reflexión antes de emitir un fallo con la condición de precedente judicial, a efectos de compulsar todas las aristas vinculadas al tema fijado así como el real impacto que tendrá aquel pronunciamiento en el escenario judicial.

Extrayendo alguna utilidad al precedente judicial materia de análisis, procedemos a formular una serie de planteamientos que deberían ser considerados en relación al tratamiento de la posesión precaria y que la dividimos en dos grandes grupos:

- 1°.- Medidas para enfrentar los problemas que genera la actual regulación del precario, tanto por la legislación vigente como por el Cuarto Pleno Casatorio Civil; y,
- 2°.- Medidas para implementar a futuro la indebida regulación del precario en el derecho peruano.

Que admitan la acumulación del proceso de desalojo (sumarísimo) con el de prescripción adquisitiva de dominio (abreviado), esto es, el primero se acumula al segundo, pero solo en los supuestos en que el demandado en éste último proceso invoque la condición de adquirente del bien materia de litis a través de la prescripción adquisitiva de dominio o usucapión, ello en base a una interpretación sistemática del artículo 85 del Código Procesal Civil¹⁸ que no se limite a la exigencia formal de identidad de las vías procedimentales como límite para aceptar la acumulación

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bibliografía

1. ALBALADEJO, M. (1994). *Derecho Civil, Derecho de Bienes*,. Barcelona: Tomo III, Volumen Primero. Octava Edición. Editorial José María Bosch Editor S.A. Barcelona 1994. Pág. 82.
2. ALESSONDRI. (1997). *Tratado de los Derechos Reales*. Chile: Tomo I: Bienes. 6ta. Edic. Chile. Edit. Jurídico de Chile 1997. Pág. 45.
3. ARIAS, SCHREIBER PEZET, M. (2000). *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Lima: Tomo 11. Gaceta Jurídica.
4. ARRIBAS, G. (2013). *Del precario romano al precario peruano*”. Lima: Diálogo con la Jurisprudencia, N° 180, Lima, septiembre 2013, p. 38.
5. BENIFONTE, P. (2002). *Instituciones de Derecho Romano*. Madrid: 5ta. Edición. Editoreus Pag. 253 – 254.
6. BORDA, G. (2004). *“Manual de Derechos reales”*. Buenos Aires: Cuarta edición. Editorial Perrot. Argentina. Pág. 34.
7. CASTILLO FREYRE, M. (2002). *Tratado de los contratos típicos Tomo II. El contrato de mutuo - El contrato de arrendamiento. Biblioteca Para Leer el Código Civil, Vol. XIX.* . Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, .
8. DE LA PUENTE Y LAVALLE, M. (1993). *El contrato en general. Primera parte. Tomo 1.* . Lima: Biblioteca Para Leer el Código Civil, Vol. XI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú,.
9. DIEZ PICAZO, L., & GULLON, A. (1987). *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, p. 102.
10. HERNANDEZ, C. R. (2014). *Derecho romano- historia e instituciones*”. . Chiclayo: Editorial Jurista Editores. Abril 2014. Chiclayo.
11. HERNANDEZ, G. A. (1980). *LA POSESIÓN*. Madrid: Editorial Civitas, S.A. . pág. 63 y 64.
12. IHERING, R. (1926). *La Posesión. (versión española de Adolfo Posada)*. Madrid: Editorial Reus S.A. p. 485.
13. JOSSERAND, L. (1952). *“DERECHO CIVIL”*. Buenos Aires: Tomo I, Volumen III –La propiedad y los otros derechos reales y principales- Ediciones Jurídicas

- Europa-América. Bosch y Cía. Editores. Pág. 56-57.
14. LAFAILLE, H. (1944). *Derecho Civil*, T. VIII, V. I: *Tratado de los Derechos Reales*. Buenos Aires : Ediar, .
 15. MEJORADA CHAUCA, M. (2013). "*La amplitud del precario*". Lima: Gaceta Civil & Procesal Civil, N° 3, Lima, septiembre 2013, p. 18.
 16. PLANIOL, M., & RIPERT, J. (1946). "*Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*". Habana: Tomo III. Los Bienes Cultural S.A. Habana. 1946. Pág. 162.
 17. RAFAEL, R. C. (1977). *Compendio de Derecho Civil: Bienes, Derecho Reales y Sucesiones*. Mexico: 9na Edic. México. Edit. PORRUA. S.A. 1977. Pág. 80.
 18. RAMIREZ, C. E. (2007). *Tratado de Derechos Reales*. Lima: Tomo II. Perú. Edit. Rodhas.
 19. ROSTIÓN CASAS, I. (2013). *El precario en la jurisprudencia chilena (1996 a 2013)*. Santiago: Thomson Reuters, p. 101.
 20. SAVIGNY, F. C. (2005). "*Sistema del Derecho Romano Actual*". Madrid: Segunda edición. Madrid. Centro Editorial de Góngora. Tomo Sexto. Pág. 323.
 21. SIVIRICHI, A. (1995). *Derecho Indigeno Peruano*. Lima: Edit. Kuntur 1995. Pág. 69.
 22. TORRES, C. M. (2015). *La posesión precaria en la jurisprudencia peruana*. Lima : Gaceta Jurídica, p. 51.
 23. VALENCIA ZEA, A., & ORTIZ MONSALVE, Á. (2007). *Derecho Civil, T. II: Derechos Reales, II edición*. Bogotá: Editorial Temis, , p. 70.
 24. VALIENTE, N. L. (1958). *Derechos Reales*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor p. 35.
 25. WOLFF, M. (1971). "*Derecho de cosas*" *Décima revisión efectuada por Martin Wolff y Ludwing Raiser*. Barcelona : Volumen primero -Posesión, derecho inmobiliario, propiedad-. Tercera edición. Bosh, Casa Editorial. Barcelona. 1971.

OTRAS BIBLIOGRAFÍAS

1. ROCA SASTRE, Ramón, "Derecho Hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral", Bosch Casa Editorial S.A., Año 1995.
2. RUBIO CORREA, Marcial, "El sistema jurídico. Introducción al derecho", 8° Edición, PUCP, Lima, Año 2003.

3. SANZ FERNÁNDEZ, “Instituciones de Derecho Hipotecario”, Madrid, Año 1953.
4. VASQUEZ DIAZ, Alberto, “Los derechos Reales”. Editorial Huallaga. Lima 1996.
5. VILLARES PICO, Manuel, “La Inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de terceros”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Mayo 1949, Número 252.

ANEXO

IV PLENARIO CASATORIO CIVIL

Cuarto Pleno Casatorio Nacional Civil

Corte Suprema de Justicia de la República Pleno

Casatorio Civil

(Publicado en el diario oficial El Peruano el 14 de agosto de 2013)

SENTENCIA DEL PLENO CASATORIO

CASACIÓN N° 2195-2011-UCAYALI

Demandantes: Jorge Enrique Correa Panduro; César Arturo Correa Panduro y Luis Miguel Correa Panduro.

Demandados: Mirna Lizbeth Panduro Abarca y Euclides Vara Turco.

Materia: Desalojo por ocupación precaria.

Vía procedimental: Proceso Sumarísimo.

Sumario:

I.- Introducción.

II.- Materia del recurso.

III.- Fundamentos del recurso.

IV.- De la convocatoria al Pleno Casatorio.

V.- Consideraciones.

A.- De la contravención al derecho a un debido proceso.

a.1.- El debido proceso: Aspecto formal y sustancial.

a.2.- De la motivación de las resoluciones.

a.3.- De la causal de casación.

B.- De la posesión y otras figuras afines.

b.1.- La Posesión.

b.2.- Clases de posesión.

b.2.1.- Posesión mediata e inmediata.

b.2.2.- Posesión legítima e ilegítima.

b.2.3.- Servidor de la posesión.

C.- Del ocupante precario.

c.1.- Consideraciones previas.

c.2.- Del ocupante precario en sede nacional.

c.3.- Supuestos de posesión precaria.

D.- Naturaleza [sic] la sentencia a dictarse.
VI.- Conclusiones.

VII.- Fallo.

**SENTENCIA DICTADA POR EL PLENO CASATORIO CIVIL
REALIZADO POR LAS SALAS CIVILES DE LA CORTE
SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

Casación N° 2195-2011-Ucayali

En la ciudad de Lima, Perú, a los trece días del mes de agosto de dos mil doce, los señores jueces supremos, reunidos en sesión de Pleno Casatorio, por mayoría, han expedido la siguiente sentencia, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 400° del Código Procesal Civil.

Vista que fue la causa en audiencia pública del Pleno Casatorio de fecha veintinueve de diciembre del año dos mil once; oídos que fueron los informes orales de los abogados de ambas partes, así como de los amicus curiae invitados; discutida y deliberada que fue la causa:

I.- INTRODUCCIÓN

1.- A fojas 62 corre la demanda interpuesta por Luis Arturo Correa Linares, apoderado de Luis Miguel Correa Panduro; Jorge Enrique Correa Panduro y César Arturo Correa Panduro, la misma que la dirigen contra Mirna Lisbeth Panduro Abarca y Euclides Vara Turco.

El petitorio de la demanda está dirigido a que se ordene el desalojo por ocupación precaria del inmueble ubicado en el jirón Tarapacá N° 663 y 665 de la ciudad de Pucallpa.

2.- El accionante manifiesta que sus poderdantes son propietarios del inmueble materia de reclamo, cuya titularidad tienen inscrita en los Registros Públicos de la ciudad de Pucallpa, siendo que la numeración del bien fue otorgada por la Municipalidad provincial de Coronel Portillo, el cual está signado como la fracción Lote. 1-A, Mz. 86, del plano regulador de la ciudad de Pucallpa, que corre en la Ficha 1619D, Partida Electrónica DDDD2031, y la Ficha 16189, Partida Electrónica DDDD2050.

3.- Finalmente, el actor señala que, como sus poderdantes han adquirido el bien inmueble, los demandados tienen la condición de precarios, dado que antes fue una casa familiar.

4.- Mediante resolución del uno, de junio de 2010 (obrante a fojas 67 del principal), se declara inadmisile la demanda, ordenándose que se precise el petitorio de la

misma, siendo subsanada oportunamente (a fojas 71).

5.- Admitida a trámite la demanda, por resolución de fojas 73, se corre traslado a los emplazados, siendo contestada a fojas 185 por Mima Lizbeth Panduro Abarca y Euclides Vara Turco, quienes deducen la excepción de Falta de Legitimación para Obrar de los demandantes, señalando que estos han dejado de ser propietarios del inmueble materia de reclamo, por cuanto, a la fecha de interposición de la demanda, los demandados poseen el bien por más de cuarenta años. Posesión que se realiza se [sic] forma pacífica, pública y como propietarios, por lo tanto ha operado la prescripción adquisitiva del inmueble.

Por otro lado, indican que los poderdantes del demandante no han poseído nunca el inmueble, el cual perteneció a los padres de la codemandada y de su hermana, quien es madre de los poderdantes.

6.- A fojas 192 se declara inadmisibles la contestación de la demanda, siendo subsanada por los emplazados a fojas 197 y 298, respectivamente, por lo que mediante resolución número cuatro, del 5 de junio de 2010, se tiene por deducida la excepción y por contestada la demanda, señalándose fecha para la audiencia única, de acuerdo a ley.

7.- La citada audiencia se lleva a cabo el 10 de agosto de 2010, conforme consta del acta de fojas 492, en la que se declara infundada la excepción deducida, y preguntadas que fueron las partes sobre dicha decisión, estas manifestaron su conformidad con lo resuelto (tal como consta a fojas 497). Seguidamente se declaró saneado el proceso y se admitieron los medios probatorios ofrecidos por las partes.

8.- Mediante sentencia del 15 de septiembre de 2010 (fojas 526) se declaró fundada la demanda, ordenándose el lanzamiento de los demandados del bien inmueble materia de reclamo, una vez haya quedado consentida o ejecutoriada dicha sentencia.

9.- La sentencia aludida fue apelada por ambos demandados, como consta a fojas 536 y 549, respectivamente, alegándose que la demanda se sustentó en artículos 1699º, 1700º y 1704º del Código Civil, referidos a la conclusión del arrendamiento y que el Juez resolvió aplicando dichas normas, incluyendo el artículo 1697º del mismo Código (que no fue invocado por el accionante), con el fin de dilucidar el fondo de la controversia. Asimismo, que la parte accionante absolvió fuera de tiempo el traslado de la excepción deducida, absolución que tampoco se les notificó. Finalmente, argumentan que se debió hacer referencia al proceso de usucapión que sobre el mismo inmueble siguen ante el mismo Juzgado, el cual también debió acumularse al proceso de desalojo.

10.- La Sala Superior especializada en lo Civil y afines de Ucayali, mediante sentencia de vista del 8 de abril de 2011, confirma la alzada en todos sus extremos, precisando que la demanda debe ampararse conforme a lo resuelto por el A quo, acotando que los demandantes han acreditado haber obtenido la titularidad sobre el bien materia de reclamo, al haberlo recibido en anticipo de legítima de parte de la señora Nancy

Panduro Abarca, y que en lo que concierne a la posesión a título de propietarios por usucapión que alegan los demandados, se observa que los documentos que se adjuntan, varios de ellos aparecen a nombre de terceros, por lo que no habiéndose desvirtuado la precariedad de la posesión resulta viable el desalojo.

Dicha resolución es la que viene en Recurso de Casación por la demandada Mirna Lizbeth Panduro Abarca conforme se procede a describir seguidamente.

II.- MATERIA DEL RECURSO

Se trata del recurso de casación, interpuesto a fojas seiscientos veintitrés, por doña Mirna Lizbeth Panduro Abarca, contra la sentencia de vista, de fojas seiscientos diez a seiscientos once, expedida el 8 de abril de 2011, por la Sala especializada en lo Civil y afines de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, que resuelve confirmar la sentencia apelada que declara fundada la demanda de desalojo por ocupación precaria.

III.- FUNDAMENTO DEL RECURSO

Por resolución del 8 de septiembre de 2011, expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, se declaró procedente el recurso de casación por la causal de infracción normativa de naturaleza procesal –referida al inciso 3 del artículo 122º del Código Procesal Civil y al inciso 3 del artículo 139º de la Constitución Política del Estado–, prevista en el artículo 386º del Código Procesal Civil, al haberse satisfecho los requisitos de fondo regulados por los incisos 2, 3 y 4 del artículo 388º del mismo cuerpo legal, por los fundamentos siguientes:

- Infracción normativa de naturaleza procesal: Para sustentar esta denuncia, la recurrente sostiene dos argumentos:

a) La infracción del inciso 3 del artículo 122º del Código Procesal Civil, puesto que la demanda de desalojo por ocupación precaria se planteó usando normas referidas a la conclusión del arrendamiento, no obstante ello, la sentencia de primera instancia lejos de corregir ese error, incrementó un artículo más, el 1697º del Código Civil, referido a las causales de resolución del arrendamiento, resultando claro que se ha hecho uso indebido de una norma de derecho material, puesto que el caso versa sobre desalojo por ocupación precaria. Incluso que, sobre este punto, la resolución impugnada no hace ninguna referencia, pese a que fue advertido en el recurso de apelación, por tal motivo la sentencia no se encuentra debidamente motivada conforme lo dispone el artículo 122º, inciso 3, del Código Procesal Civil. Finalmente, señala la recurrente, que si bien en la demanda se invocan artículos ajenos al petitorio, el Juez, en aplicación del principio *iura novit curia*, dispuesto por el artículo VII del Título preliminar del Código Civil, debió aplicar los artículos 2º, numeral 16, de la Constitución Política y 896º; 923º y 950º del referido Código Civil.

b) La infracción del inciso 3 del artículo 139º de la Constitución Política del Estado, dado que durante el desarrollo del proceso no se ha respetado el derecho de las partes, pues no se han cumplido los plazos respecto a la deducción de la excepción de Falta de Legitimación para Obrar, pese a haber sido advertida esta omisión por la recurrente; así como tampoco se les corrió traslado del escrito de absolución de la citada excepción. Omisiones que, pese a haber sido denunciadas, ninguna de las dos

instancias han resuelto este punto de la controversia, lo que atenta contra el derecho al debido proceso previsto en la norma mencionada, toda vez que las resoluciones judiciales deben pronunciarse sobre todos los puntos controvertidos, conforme señala el artículo 122º, inciso 4, del Código Procesal Civil.

IV.- DE LA CONVOCATORIA AL PLENO CASATORIO

1.- Mediante resolución del 5 de diciembre de 2011, la Sala Civil Permanente convocó a los integrantes de las salas civiles, Permanente y Transitoria, de la Corte Suprema de Justicia de la República, al Pleno Casatorio, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 400º del Código Procesal Civil, con el objeto de fijar precedente judicial en atención al caso materia de autos. Interviniendo como Juez Ponente el señor César Castañeda Serrano.

2.- A través de sendas resoluciones, del veinte de diciembre de dos mil once, se aceptó la intervención, en calidad de amicus curiae, de los señores abogados especialistas en materia civil: Fernando Bustamante Zegarra; Martín Mejorada Chauca, Luis Guillermo Vargas Fernández; Jorge Avendaño Valdez y Alberto Loayza Lazo, quienes hicieron uso de la palabra el día de la vista de la causa para abordar los temas que se les había planteado previamente.

V. - CONSIDERACIONES

1.- Habiéndose invocado vicios in procedendo como única causal casatoria, es menester realizar el estudio de dicha causal, no sólo atendiendo a sus efectos, sino también como un paso previo al análisis que se realizará de algunas instituciones jurídicas, con fines de sustentar el acuerdo del pleno casatorio.

2.- El asunto a dilucidarse en este proceso se centra en esclarecer si se ha incurrido en un errado razonamiento al momento de fundamentar la segunda sentencia de mérito, que confirma la de primera instancia, la cual declaró fundada la demanda de desalojo por ocupación precaria.

Para tal cometido se hace necesario tener como puntos de debate o análisis las instituciones jurídicas vinculadas a la posesión y los títulos legitimantes para alegar tal derecho. Esto en lo que concierne al ámbito del derecho sustancial, en tanto que como cuestión procesal se abordará el debido proceso, la tutela jurisdiccional efectiva y la motivación de las resoluciones judiciales.

A. DE LA CONTRAVENCIÓN AL DERECHO A UN DEBIDO PROCESO

3.- Conforme a lo alegado por la recurrente, se acusa que en la sentencia de vista se ha incurrido en contravención al debido proceso por contener una indebida motivación, al no haberse resuelto sobre todos los extremos materia del recurso de apelación.

Como un acto previo a emitir pronunciamiento sobre la denuncia casatoria anotada, se ha visto por conveniente recapitular algunas ideas sobre lo que se entiende por el debido proceso y la motivación de las resoluciones judiciales.

a.1. El debido proceso: aspecto formal y sustancial

4.- Se llega a sostener que la garantía constitucional del debido proceso se remonta al siglo XIII, cuando en 1215, la Carta Magna del rey Juan Sin Tierra otorgó a los nobles ingleses la garantía de que: “ningún hombre libre podrá ser apresado, puesto en prisión ni desposeído de sus bienes, costumbres y libertades, sino en virtud del juicio de sus pares, según la ley del país”.

En nuestro medio, esta garantía constitucional está reconocida en el artículo 139º, inciso 3, de la Constitución Política del Estado, y que tiene correlato en el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

5.- De su inicial concepto, como garantía procesal de la libertad (procedural limitation), el debido proceso ganó profundidad y extensión desde fines del siglo XIX, hasta llegar a constituirse en una garantía de fondo (general limitation), garantía sustantiva y patrón de justicia reconocida en los principales pactos y tratados internacionales, entre los que cabe destacar los artículos 8º y 10º de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, artículo 6º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y artículo 14º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

6.- A nivel doctrinario, se ha señalado que el derecho al debido proceso tiene dos vertientes; la primera referida, de orden procesal, que incluye las garantías mínimas que el sujeto de derecho tiene al ser parte en un proceso. En esta fase se pueden encontrar el derecho al juez natural, el derecho a probar, el derecho a impugnar, el derecho a la doble instancia, el derecho a ser oído, el derecho a la defensa, entre otros. En tanto que el aspecto sustantivo está referido al derecho a exigir una decisión justa.

a.2. De la motivación de las resoluciones

7.- El tema de la motivación de las sentencias y de las resoluciones en general, como es sabido, no ha tenido una alongada práctica en el mundo jurídico, sino que la misma ha sido una conquista de la ciudadanía casi a finales del siglo XVIII. Si bien es cierto que en nuestra tradición jurídico castellana tenemos antecedentes históricos en cuanto a la exigencia de la motivación de las sentencias, esa no fue una práctica de todos los ordenamientos jurídicos europeos.

8.- En efecto, la obligación de motivación de las sentencias es el resultado de una larga y conflictiva evolución histórica, puesto que los reinos europeos, fieles a los principios del ius commune, no tenían por función motivar sus sentencias, dado que la actividad de juzgar era una tarea reservada a la nobleza, por lo que el fundamento y respaldo de la actividad de un juez se encontraba en su prestigio social, además que tal comportamiento se debía, también, a la Decretal Sicut Nobis de Inocencio III dictada el año 1199, de cuyo texto los comentaristas dedujeron el principio de derecho común según el cual iudex non tenetur exprimere causam in sententia.

9.- Tal comportamiento judicial, empero, no fue de ordinario proceder en todos los reinos europeos, dado que en algunos de ellos se hacían excepciones a tal regla, como en el reino de Aragón, por el origen contractual de su monarquía, donde sí se llegó a obligar a los jueces y tribunales a motivar sus sentencias; por lo que, en la España tardo medieval coexistieron dos regímenes totalmente diferenciados, por un lado el Castellano que no contemplaba la obligación legal de motivar las sentencias y por el otro, el Aragonés que sí lo exigía, hasta que se dio la unificación normativa en el siglo XVIII, iniciada con la Real Cédula del 23 de junio de 1778, dictada por Carlos III, lo que se tradujo en la generalización de la prohibición de justificar las sentencias [sic] a todo el territorio español.

10.- Sea como fuere antes, el punto es que, posteriormente, con la llegada de la Revolución Francesa, se introduce definitivamente la obligatoriedad de fundamentar las sentencias, y se hace a través de la Ley del 24 de agosto de 1790, con la clara intención de someter la actuación del juez a la ley, a diferencia de la antigua forma de actuar del antiguo Régimen, dado que el no motivar constituía un elemento esencial para un ejercicio arbitrario del poder por parte de los jueces.

11.- Bien se dice que cuando se empezó a exigir la motivación de las sentencias, se perseguían tres funciones esenciales: la primera, tutelar el interés público, porque se concebía la posibilidad de anular la sentencia por notoria injusticia; la segunda, era el permitir a las partes y a la sociedad en general que pudiesen apreciar la justicia de la sentencia redactada, con el objeto que los destinatarios pudiesen aprehender y valorar lo ajustado a Derecho de esta, a efectos de ponderar una posible impugnación de la misma, y la tercera, el expresarse en la sentencia la causa determinante de la decisión, resolvía el problema de saber entre las varias acciones o excepciones formuladas cuáles habían sido acogidas por el juez para condenar o absolver .

12.- Nuestro ordenamiento legal no ha sido ajeno a tal exigencia, puesto que desde los albores de nuestra República, en la Constitución de 1828, ya se estipulaba en su artículo 122º que los juicios civiles deberían ser públicos, los jueces deliberarían en secreto, pero las sentencias serían motivadas y se pronunciaban en audiencia pública. Garantía ésta que se ha mantenido incólume hasta nuestros días. Es más, ha tenido un mayor espectro de aplicación, como toda garantía dentro de un Estado Constitucional y Social de Derecho, por lo que el inciso 5 del artículo 139º de nuestra actual Constitución prescribe que es un principio de la función jurisdiccional la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

13.- En esa misma corriente garantista se encuentran el artículo 12º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y el artículo 122º del Código Procesal Civil, textos normativos que señalan los requisitos esenciales para la validez de toda resolución judicial, prescribiendo que su incumplimiento acarrea la nulidad de la misma, habida cuenta que por mandato constitucional, la argumentación jurídica, constitutiva de la motivación de una resolución judicial, tendrá necesariamente forma escrita y su contenido será tanto de naturaleza jurídica como fáctica inherentes al caso materia

de la decisión.

14.- Ahora bien, en doctrina se suele mencionar que la función de la motivación tiene una dimensión endoprocesal y otra extraprocesal. Se dará la primera, cuando esté encaminada a permitir un control técnico jurídico de la decisión judicial, que sucesivamente desarrollarán los litigantes (control privado) y los órganos jurisdiccionales superiores (control institucional); en tanto que la segunda engloba el conjunto de funciones que cumple la motivación fuera del ámbito del proceso, dado que hace referencia a las consecuencias e impacto que el dictado de una resolución jurisdiccional tiene a nivel social, puesto que, como dice Igartua Salaverría, ni las partes, ni sus abogados, ni los jueces que examinan los recursos agotan el destino de las motivaciones de las sentencias, dado que estas también van dirigidas al público.

En suma, motivar significa expresar las razones por las que ha sido dictada una decisión. Por lo que, siendo obligación de los jueces dictar decisiones que sean conformes al derecho, se debe presumir que el motivo por el que ha sido dictada una determinada decisión, en vez de otra distinta, consiste en que el juez que la ha dictado de tal modo, considera que la misma es conforme con el derecho. Por tanto, cuando el Derecho establece que el juez que dicta una decisión debe de motivarla, lo que le está exigiendo es que indique el motivo por el que él considera que dicha decisión es conforme al Derecho.

15.- También, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, se considera que la motivación de las sentencias cumple múltiples finalidades, así por ejemplo: a) Permite el control de la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública, cumpliendo de este modo con el requisito de publicidad esperado; b) Hace patente el sometimiento del juez al imperio de la ley; c) Logra el convencimiento de las partes sobre la justicia y corrección de la decisión judicial, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad, al conocer el por qué concreto de su contenido; d) Permite la efectividad de los recursos por las partes; y e) Garantiza la posibilidad de control de la resolución judicial por los tribunales superiores que conozcan de los correspondientes recursos.

16.- Con igual criterio, se suele distinguir entre motivación formal y motivación sustancial. Entendiéndose por la primera a aquella que está constituida por enunciados colocados topográficamente en la parte que la sentencia dedica a la motivación; en tanto que la segunda (la sustancial), se compone de enunciados cuyo contenido asume, directa o indirectamente, una función justificatoria de lo que se haya decidido. Estando a lo dicho, la existencia de la motivación formal exige la presencia de enunciados, en tanto que la existencia de la motivación sustancial se basa en los significados de los enunciados formulados.

17.- Finalmente, se ha expresado que no se trata de exigir a los órganos jurisdiccionales una argumentación extensa, exhaustiva o pormenorizada que vaya respondiendo, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, ni impedir la fundamentación concisa o escueta que en cada caso estimen suficiente quienes ejercen la potestad jurisdiccional, ya que la exigencia de motivación no implica necesariamente una contestación judicial expresa a todas y cada una de las

alegaciones de las partes.

a.3. De la causal de casación

18.- Ingresando específicamente al fundamento del recurso de Casación, la recurrente denuncia que la demanda de desalojo se ha planteado invocando normas referidas a la conclusión del arrendamiento y que el A quo, lejos de corregir ello, ha aplicado, además, el artículo 1697º del Código Civil, referido a las causales de resolución del arrendamiento. Siendo así, a criterio de la impugnante, el tribunal Ad quem, también ha incurrido en el mismo error al no haber resuelto sobre este punto que fue materia de apelación, por lo que estaría indebidamente motivada.

19.- En lo que concierne a este extremo de la denuncia casatoria, es menester precisar que en ninguna de las sentencias de mérito se hace alusión alguna –expresa o implícitamente– a los artículos del Código Civil referidos al contrato de arrendamiento que menciona la recurrente, con lo cual, formalmente, no se puede señalar que dichas normas hayan servido de sustento jurídico a los jueces de mérito para resolver sobre el fondo de la litis, dado que han sido otras normas sustantivas y procesales las que se han invocado para amparar la demanda, con lo cual queda sin mayor sustento lo denunciado en el recurso de casación. Es más, conforme a lo alegado, se estaría propiamente ante un caso de aplicación indebida de normas legales más que en uno de motivación indebida, razón adicional para no dar cabida a la denuncia casatoria.

20.- Sin perjuicio de lo ya apuntado, y siguiendo a lo descrito en el escrito que contiene el recurso de casación, pareciera que la recurrente hubiera entendido que el A quo ha aplicado normas referidas al contrato de arrendamiento –y a la conclusión del mismo por la causal de resolución, al momento de plasmar su razonamiento, en el considerando tercero–, cuando se menciona cuáles serían los requisitos o supuestos para que prospere una demanda de desalojo. Empero, ello no es así, habida cuenta que siguiendo el razonamiento del magistrado de primera instancia, se ha indicado que para que la posesión de los demandados no se configure como precaria tendrían que haber estado en alguno de los supuestos señalados en el citado considerando tercero. Pero de modo alguno se puede arribar a la conclusión que se aplicaron las normas de la resolución de un contrato de arrendamiento, y menos que la Sala Superior haya sostenido la existencia de una relación contractual de arrendamiento entre las partes. Incluso, el tribunal superior es más específico, cuando alude a casaciones que se refieren a la figura del poseedor precario puntualmente. Por lo tanto, como ya se anotó, este extremo del recurso deviene en inamparable.

21.- Siguiendo la línea expositiva de la recurrente, queda por determinar si es que era procedente o no la acumulación de los procesos de desalojo con el de Usucapión, que los demandados estaban siguiendo ante el mismo Juzgado. Al respecto se debe precisar que no resultaba viable dicha acumulación, en primer lugar –desde un plano netamente formalista–, porque la normativa procesal no admite la posibilidad de acumular pretensiones que se tramitan en distintas vías procedimentales –ello desde el sólo aspecto formal–. Empero, este tribunal considera que nada impide que ante

situaciones especiales puedan acumularse determinados casos, tramitables en vías de cognición diferentes, siempre y cuando el juzgado justifique los motivos por los que resulta atendible dicha acumulación y no se afecte el derecho a la defensa de las partes. Así, por ejemplo, se afectaría el derecho de defensa si se dispone la acumulación de la prescripción adquisitiva, con el ya iniciado proceso de desalojo por ocupación precaria –que por tramitarse en la vía sumarísima, resulta más breve–, con una reconvencción cuya pretensión sea prescripción adquisitiva que, por corresponderle el procedimiento denominado Abreviado, los plazos de su trámite son mucho más latos y la posibilidad de defensa de las partes resulta más amplia. En segundo lugar (en este caso concreto), porque los demandados nunca solicitaron tal acumulación, ni tampoco reconvinieron, sino que se limitaron a señalar que estaban siguiendo un proceso de usucapión ante el mismo Juzgado (Expediente N° 00407-2010-O-2402-JR-CI-01) y que se debía tener en cuenta que la demanda era improcedente porque ya habían adquirido el bien por prescripción adquisitiva; y en tercer lugar, porque en ambas instancias de mérito si se ha hecho alusión a la usucapión alegada, señalándose expresamente, en la sentencia apelada, que en este proceso de desalojo no se estaba discutiendo la titularidad de la propiedad, sino cual de las partes tenía un título que la legitimara para ejercer el derecho a poseer el bien y que cualquier discusión sobre la propiedad se tenía que ventilar en el proceso más lato. Esta apreciación resulta jurídicamente correcta, por cuanto en un proceso de desalojo, por su naturaleza sumaria, dada la simplicidad de su objeto (verificar el derecho a poseer), no es factible ingresar a realizar un análisis pleno respecto de la validez de títulos o a la formas de adquisición de la propiedad, los que deben ser debatidos mediante la realización de actos procesales plenos, de trámite más amplio, sino que tan sólo se analiza cuál de las partes tiene un título que la habilite a poseer. Por lo tanto, este aspecto de la denuncia casatoria tampoco tiene asidero.

22.- En lo tocante al segundo argumento –que para efectos didácticos corre bajo el literal b) del capítulo III precedente–, señalan que no se habría respetado el derecho de las partes, al no haberse cumplido con los plazos señalados para la absolución de la excepción deducida, con lo cual se habría violado el debido proceso contemplado por el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, así como tampoco se les habría notificado con el escrito de dicha absolución, razón por la cual también se les habría privado de su derecho al debido proceso.

23.- Sobre ello se debe señalar que no basta con que se denuncie que se ha violado el debido proceso, sino que es menester se precise cuál de los derechos que componen este derecho complejo (continente) se han vulnerado, esto es: qué actos procesales se ha [sic] visto impedida de realizar la parte que alega esa vulneración y de qué manera se le ha causado algún perjuicio, puesto que para alegar nulidades no basta con que se haya infringido alguna formalidad prevista por ley, sino que además se debe haber causado agravio con ello, de lo contrario, al no existir agravio no hay nulidad que declarar (por eso en la doctrina francesa se dice muy gráficamente *pas de nullité sans grief*). Por ello, se sostiene que la finalidad de las nulidades procesales es la de asegurar la garantía constitucional de la defensa en juicio.

24.- Ahora bien, la recurrente sostiene que el Ad quem no ha advertido que el Juez de primera instancia dio por absuelto el traslado de la excepción deducida, cuando la misma era extemporánea. Al respecto, es necesario remitirnos a los autos para verificar, en primer lugar, si es que aconteció tal hecho y, en segundo lugar, si es que

con ello se ha violado algún derecho de la reclamante.

25.- Como se puede advertir de los actuados, a fojas trescientos dos obra la resolución número cuatro, del 5 de junio de 2010 –siendo lo correcto que debió consignar el mes de julio de dicho año, puesto que el escrito de subsanación de omisiones de la contestación de la demanda está fechado con el dos de julio, como consta a fojas doscientos noventa y seis del principal–, la cual, además de tener por contestada la demanda, corre traslado de la excepción de Falta de Legitimación para Obrar de los demandantes, que fuera deducida juntamente con la contestación, la que es notificada al demandante apoderado Luis Correa Linares en su casilla procesal el viernes 9 de julio (fojas trescientos doce) y es absuelta mediante escrito del miércoles 14 de julio de 2012 (fojas cuatrocientos sesenta y seis), esto es, dentro de los tres días de plazo que le dio el juzgado para absolver dicho traslado, con lo cual se verifica que la denuncia de la recurrente no tiene sustento alguno.

26.- Es cierto que en la resolución número cinco, del 15 de julio de 2010, el Juez señala que la fecha se [sic] absolución del traslado fue el 15 de julio de 2012, pero ello no se ajusta a los actuados, como se ha señalado en el numeral precedente, obedeciendo tal hecho a un error intrascendente del A quo, lo que de por sí no es causal de nulidad, puesto que este hecho tampoco fue alegado por la demandada ni ante el mismo Juez de primera instancia, cuando se realizó la audiencia única, ni tampoco en sus alegatos previos a la sentencia. Ergo, es manifiesta la ausencia de sustento real de la denuncia casatoria de la recurrente, tanto más si es que cuando se declaró infundada la excepción que dedujera, ella ni su conviviente apelaron de dicha decisión, así como tampoco alegaron la existencia de alguna invalidez procesal. Por el contrario manifestaron su plena conformidad con la decisión del juzgador, de desestimar la excepción que dedujeron, tal como se observa del acta de fojas cuatrocientos noventa y siete del principal.

27.- Respecto a que no se le habría corrido traslado del escrito de absolución de la excepción deducida, también se debe señalar que estando a la estructura sumaria del presente proceso, y a diferencia de los otros procedimientos más latos, en el caso bajo análisis se busca resolver una litis dentro de los plazos más cortos y con la realización de actos procesales que resulten indispensables para garantizar el derecho de defensa, en aplicación de los principios de economía y sus sub principios celeridad y concentración procesal, por lo que disponer el traslado sin límite de todas las absoluciones o escritos atentaría contra los principios aludidos y la tutela jurisdiccional oportuna.

28.- Estando a ello, conforme a las reglas del artículo 554º del Código Procesal Civil, una vez contestada la demanda, se procede a fijar fecha para la audiencia única, en la cual se resuelven las excepciones y cuestiones probatorias deducidas, no señalándose que se deba de notificar a la parte excepcionante con la absolución del traslado de las excepciones que hubiere formulado la parte excepcionada, ello se debe a la simple razón que, estando a la sumariedad del procedimiento, es la audiencia única el momento preciso donde se llevan a cabo todas las actuaciones procesales pertinentes, se ejercen todas las defensas pertinentes y se emite sentencia inmediatamente o, en todo caso, dentro de un plazo fijado por ley.

29.- Sobre este punto, a mayor abundancia, resulta necesario exponer que tampoco la excepcionante alegó, en el acto de la audiencia única, que se había incurrido en lo que considera causal de invalidez procesal (no habersele corrido traslado del citado escrito presentado por la parte demandante absolviendo el traslado de la excepción), por lo que, al no haber demostrado que se le causó perjuicio alguno con ello, no se hace atendible la supuesta invalidez argüida. Es más, con su silencio convalidó cualquier eventual agravio que pudo habersele irrogado, pues recién alegó esta supuesta infracción en su recurso de apelación y menos aún resulta oportuno alegar dicho vicio en casación, cuando estuvo en oportunidad de alegarlo en la misma audiencia única aludida. En consecuencia, este extremo de su recurso también deviene en inamparable.

En suma, la causal de contravención al debido proceso no resulta amparable, con sustento en las razones precedentemente expuestas, por lo que debe ser desestimada.

B. DE LA POSESIÓN Y OTRAS INSTITUCIONES AFINES

Como quiera que en el presente caso constituye materia de controversia únicamente el interés invocado por las partes a disfrutar de la posesión inmediata, conforme al derecho y a los hechos invocados por la demandante y contradicho por la parte demandada, consideramos necesario abordar someramente algunas cuestiones relacionadas con la figura jurídica de la posesión y otras instituciones afines, para luego adentrarnos al tema de la posesión precaria.

b.1. La posesión

30.- Como referente legislativo básico en nuestro ordenamiento civil tenemos que el artículo 896º define lo que es la posesión, conforme al texto siguiente:

“Artículo 896º: La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad”.

Al respecto, como bien comenta Jorge Eugenio Castañeda, la posesión es el poder o señorío de hecho que el hombre ejerce de una manera efectiva e independiente sobre las cosas, con el fin de utilizarlas económicamente; poder que jurídicamente se protege con la prescindencia de la cuestión de saber si corresponde o no a la existencia de un derecho. Más adelante acota que se trata de un poder de hecho, del ejercicio pleno o no de las facultades inherentes a la propiedad, es decir el usare, el fruire y el consumere.

31.- En el siglo decimonónico Francisco García Calderón señalaba que la posesión era la tenencia o goce de una cosa o de un derecho, con el ánimo de conservarlo para sí. No debiendo confundirse la posesión con la propiedad, puesto que ésta consiste en el derecho de disponer de las cosas a su arbitrio y la posesión en la mera tenencia, que muchas veces no está acompañada del dominio.

32.- Es ya sabido que sobre la posesión existen las dos teorías clásicas, cuyos exponentes fueron Savigny y Ihering, para el primero la posesión es el poder que tiene una persona de disponer físicamente de una cosa, acompañado de la intención

de tenerla para sí (*animus domini, animus rem sibi habendi*). Sin el elemento volitivo, la posesión es simple detentación, la intención es simplemente un fenómeno psíquico, sin repercusión en la vida jurídica. Esta posesión es lo que se ha pasado a denominar la teoría subjetivista de la posesión.

Por su lado, Ihering consideraba la posesión como una relación de hecho, establecida entre la persona y la cosa para su utilización económica. No negaba la influencia de la voluntad en la constitución de la posesión, pero encontraba que su acción no era más preponderante que en cualquier relación jurídica.

33.- En palabras de Álvarez-Caperochipi, las discrepancias entre estas dos posiciones se afinan fundamentalmente en el análisis del *animus*; mientras que Savigny, en consonancia con su visión de la posesión como imagen de la propiedad, considera que el *animus* consiste en un *animus domini*, esto es en una voluntad de señorío pleno sobre la cosa, Ihering, desde su perspectiva de la realidad de la posesión, consideraba que bastaba un puro *animus possidendi*; lo cual implica afirmar no sólo el valor jurídico de la apariencia, sino también la supremacía (o mejor la realidad) de la apariencia.

En atención a ello, el citado autor opina que lo decisivo en la posesión es ser una apariencia socialmente significativa, que exterioriza (manifiesta) formalmente la propiedad, y a la que se le liga la adquisición, ejercicio y prueba de la propiedad (*traditio*, *usucapión*, *tesoro*, *frutos*, etc.). Es el reconocimiento social de la voluntad inmediata (ejecutiva) decisoria sobre una cosa, es una atribución primaria fundada en la propia complejidad de la fijación de la titularidad plena. No hay que partir de la posesión con una visión individualista (como voluntad preferente), sino desde una visión global que considera el derecho como generador o tutelador de apariencias significativas.

34.- Por todo ello, la posesión cumple una función de legitimación, en virtud de la cual determinados comportamientos sobre las cosas permiten que una persona sea considerada como titular de un derecho sobre ella y pueda ejercitar, en el tráfico jurídico, las facultades derivadas de aquél, así como que los terceros pueden confiar en dicha apariencia.

b.2. Clases de posesión

35.- Nuestro ordenamiento civil contiene una clasificación de los tipos de posesión y sus efectos, tal como se puede verificar de lo regulado por los artículos 905º a 911º del Código Civil, siendo que la posesión puede ser mediata o inmediata; legítima o ilegítima, esta última se sub clasifica de buena o mala fe, y finalmente la posesión precaria, la misma que ha suscitado ardorosos debates, tanto en los ámbitos doctrinarios como jurisprudencial, a nivel nacional en cuanto a su conceptualización y alcances, sobre lo que más adelante nos ocuparemos.

36.- La materialización de la posesión se refleja también en la forma de organizar y entender la concurrencia de posesiones, por ello el Derecho alemán concibe la posesión mediata y la inmediata que se disponen superpuestas en concurrencia

vertical sobre la cosa, encontrándose en la base la posesión inmediata, que aporta el elemento corporal sobre el que se edifica la pirámide posesoria. En otros términos, el poseedor superior es poseedor por intermediación del sujeto que tiene la cosa, si se prefiere, éste comunica a aquél el corpus necesario para elevarlo a la categoría de poseedor.

b.2.1. Posesión mediata e inmediata

37.- El artículo 905º del Código Civil regula lo concerniente a la posesión mediata e inmediata, señalando que es poseedor inmediato el poseedor temporal en virtud de un título, mientras que le corresponderá la posesión mediata a quien confirió el título.

38.- Conforme expresa Hernández Gil, la posesión inmediata es la que se ostenta o tiene a través de otra posesión correspondiente a persona distinta con la que el poseedor mediato mantiene una relación de donde surge la dualidad (o pluralidad) posesoria, por lo que el poseedor mediato “ostenta” o “tiene” y no “ejerce”, porque en la posesión mediata predomina la nota de la atribución o el reconocimiento antes que la del “ejercicio” propiamente dicho. El poseedor mediato no posee por sí solo, requiere el concurso (no para compartir, sino para superponerse) de un mediador posesorio, que es el poseedor inmediato. Hay una yuxtaposición vertical y hasta, en cierto sentido, jerárquica de posesiones. Aunque el poseedor inmediato tiene unos poderes directos sobre la cosa (de ahí que sea inmediato), su posición jurídica dentro de la mediación posesoria, viene determinada por otro u otros poseedores (mediatos).

39.- Lo que específicamente se configura como posesión inmediata no puede darse por sí sola, fuera de la mediación; cuando falta ésta, la inmediatividad no es un grado de la posesión, sino simplemente la única forma de poseer. Si para que haya un poseedor inmediato se requiere de un mediato, también el poseedor mediato requiere del inmediato, no siendo concebible una posesión como mediata sin otra inmediata.

b.2.2. Posesión legítima e ilegítima

40.- De lo regulado por los artículos 906º a 910º del Código Civil, emerge que la posesión es legítima cuando existe correspondencia entre el poder ejercido y el derecho alegado, será ilegítima cuando deja de existir esa correspondencia.

41.- Se ha llegado a sostener que la posesión es legítima cuando el ejercicio de dicho derecho sea de acuerdo a las disposiciones del ordenamiento civil, en tanto que será ilegítima cuando se tenga sin título o por un título nulo o que ha sido adquirido por un modo insuficiente para adquirir los derechos reales, o cuando se adquiere del que no tenía derecho a poseer la cosa o no lo tenía para transmitirla.

Es posesión legítima en cuanto no se declare la nulidad del título que la produce si se

ha adquirido el bien de quien no es su dueño.

b.2.3. Servidor de la posesión

42.- Otro aspecto de relevancia que se debe abordar es el referido al servidor de la posesión que viene regulado por el artículo 897º del Código Civil, el mismo que no se concibe como poseedor porque ejerce el poder posesorio de otra persona en relación de dependencia o subordinación, dado que actúa por orden, no por poder; no es representante, sino instrumento de la posesión, toda vez que no está en un plano de igualdad con el poseedor sino que está subordinado a éste, por lo que, al no ser poseedor, está privado de las acciones e interdictos posesorios.

43.- En suma, el servidor de la posesión no participa en la posesión ni ésta se desplaza hacia él. El poder efectivo que ejerce sobre la cosa ni es posesorio en cuanto ejercido por él ni incorpora una representación del que ostenta la posesión, toda vez que ésta queda por entero en el otro, en el único poseedor, en el que imparte las instrucciones.

C. DEL OCUPANTE PRECARIO

c.1) Consideraciones previas

44.- Mucho se ha escrito sobre lo que debemos de entender por la figura del ocupante precario y a pesar de ello nos encontramos ante una realidad con posturas divergentes tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, sea a nivel nacional como en el Derecho comparado. No ubicándose una definición, desde la perspectiva sustantiva, que permita cubrir todas las circunstancias fácticas que se presentan en nuestra realidad y que son planteadas a la Jurisdicción, por los usuarios del servicio, para su justa solución.

Una de esas posturas se ha decantado, por considerar que el concepto de precario solamente puede corresponder a la idea romana que al respecto se tuvo, en el sentido que el origen del precario consistía en el acto por el cual una persona cedía a otra, a petición o ruego de esta, el uso y disfrute de cierto bien sin remuneración ni estipendio alguno, pero con la facultad de darle por terminado en cualquier momento.

45.- Sólo a manera de referente en la legislación comparada, y siguiendo lo dicho por Guadalupe Cano, en España el artículo 1750º del Código Civil de dicho país ha suscitado dos posiciones distintas a nivel doctrinario y jurisprudencial respecto al precario. Una primera tendencia conceptúa al precario como un contrato, pues sostienen que existen reminiscencias del antiguo concepto romano del precario, por la cual el comodante cede a ruego del comodatario y convienen en entregar la cosa por espíritu de liberalidad, gratuitamente, con la obligación de devolverla cuando la reclame el comodante. Por el contrario, el otro sector estima que dicho artículo no contempla la figura de un precario de origen contractual, sino de una simple situación posesoria que autoriza a disfrutar o usar un inmueble ajeno gratuitamente, bien por mera liberalidad o simple tolerancia del titular de la posesión real.

46.- Sobre ello, Daniel Ferrer Martín nos dice que existe un doble concepto de precario, uno restringido, coincidente con el fijado en el Derecho romano, que considera precario el disfrute gratuito de una cosa ajena, por tolerancia de su dueño, y otro amplio, que además del anterior, admite en el precario todos los supuestos de ocupación, tenencia o disfrute de un inmueble sin título, ya porque no se ha tenido nunca, bien por extinción del que se tenía, o con título ineficaz frente al del propietario, cuyos casos, a excepción del último, en definitiva, quedan resumidos en el primero, puesto que la ocupación sin título y sin pago de renta equivale al disfrute por tolerancia del dueño.

47.- La misma jurisprudencia española ha ido basculando, desde una concepción restrictiva del precario, a una más amplia, sin encontrar aún una posición definitiva, que permita dar una solución a dichos conflictos. Justamente sobre ello, Moreno Mocholi nos dice que el concepto romano de precario ha sido paulatinamente ampliado por la jurisprudencia hasta comprender no sólo la detentación por tolerancia, sino todos aquellos casos en los que el demandado no se apoya en ningún título y su posesión presenta caracteres de abusiva.

48.- Siendo así, hoy en día la jurisprudencia española viene siendo uniforme al considerar como posesión precaria a aquella ocupación de un inmueble ajeno sin pago de renta ni merced y sin título para ello, o cuando el que se invoca es ineficaz frente al poseedor real a título de dueño, usufructuario o cualquier otro que le dé derecho a disfrutarlo o sea poseedor jurídico.

49.- De acuerdo a lo señalado, se puede decir que en lo que respecta a la doctrina y jurisprudencia española, se asume que la figura del precario supone una situación posesoria, razón por la cual esta calificación jurídica del precario es consecuencia del concepto que se tiene de la institución en estos últimos tiempos, cuya esencia radica, como antes, en la gratuidad, pero no nace ya con carácter exclusivo de la concesión del poseedor real, sino también de la ocupación sin título de un inmueble. No es ya el contrato que confiere una tenencia, sino una detentación que si bien es cierto algunas veces tiene su origen en un contrato, pero otras no; lo que ha determinado que se desplace el eje característico de la institución de la causa al efecto, cifrando en éste –tenencia, detentación, posesión en suma– la esencia de la misma y prescindiendo de la causa originadora que unas veces será el contrato y otra el vicio en la posesión.

c.2) Del ocupante precario en sede nacional

50.- Teniendo en cuenta la situación descrita, la Corte Suprema de Justicia de la República, máximo órgano para la resolución definitiva de conflictos, no puede resultar ajena frente a la necesidad de darle un contenido preciso al caso del ocupante precario en sede nacional. Con mayor razón si nos encontramos, ante una legislación no muy precisa, a cuya interpretación no contribuye con mucha precisión la doctrina anteriormente expuesta, al otorgarle un concepto variado, impreciso y, en no muy pocas oportunidades, contradictorio, deviniendo en insuficiente para cubrir todos los

supuestos planteados por las partes, generando una jurisprudencia igualmente imprecisa. Esta situación genera inseguridad jurídica en nuestra sociedad, debilidad que es aprovechada por quienes, sin justificación jurídica, vienen disfrutando de la posesión de un gran número de predios, provocando un preocupante problema social (con implicancias económicas), que devienen en conflictos, cuya necesaria solución definitiva, por la jurisdicción civil, generan un alto costo tanto a nuestra sociedad como al Estado, los cuales deben destinar un alto porcentaje de su presupuesto para entender la solución de dichos conflictos, lo que, por experiencia jurisdiccional, se puede afirmar que integra un preocupante y elevado porcentaje, entre los conflictos que se tramitan en el Poder Judicial; recargando aún más la actividad de los jueces, efecto que se incrementa, debido a que las indecisiones anteriormente expuestas, generan inseguridad, trasladando falta de predictibilidad en las decisiones judiciales, debilidades de las cuales buscan aprovecharse, como ya se ha dicho, personas inescrupulosas, pretendiendo ostentar la posesión de un inmueble, por un tiempo prolongado, sin sustento jurídico alguno. Ello se agrava más, cuando observamos que hay una alta incidencia de procesos cuyas pretensiones se declaran improcedentes, bajo la concepción de que en el desalojo por ocupación precaria, basta que se presente cualquier aspecto vinculado a la propiedad o cualquier circunstancia que se alegue no puede ser controvertida y decidida en el proceso sumario de desalojo, para que la jurisdicción la acoja como razón para rechazar la demanda, considerando que previamente tal situación debe ser discutida previamente en un proceso de trámite más lato, lo cual, desde luego viene afectando el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva, porque con una sentencia que declara improcedente la demanda, mal puede considerarse que está propendiéndose a la protección del derecho sustantivo afectado y menos que se está dando solución al conflicto. Dentro de esta concepción, para ejercer el derecho a poseer resulta necesario se discuta previamente, en otro proceso más lato, la defensa expuesta por el demandado, con la cual pretende justificar su posesión.

51.- Siendo este el diagnóstico, y aprovechando la oportunidad que se presenta para resolverse la controversia sometida a análisis, este Colegiado ha considerado que es impostergable la necesidad de solucionar estos conflictos en forma predecible, precisa y oportuna. Por tal motivo, resulta pertinente efectuar una interpretación del artículo 911º de nuestro Código Civil, otorgándole un contenido que permita establecer por este alto Tribunal, de una manera clara y uniforme, la conceptualización de la figura jurídica del precario, que priorice la efectividad del derecho a la tutela jurisdiccional. Entendiéndose, dentro de una concepción general y básica, que cuando dicho artículo en análisis hace alusión a la carencia de título o al fenecimiento del mismo, no se está refiriendo al documento que haga alusión exclusiva al título de propiedad, sino a cualquier acto jurídico o circunstancia que hayan expuesto, tanto la parte demandante, como la demandada, en el contenido de los fundamentos fácticos tanto de la pretensión, como de su contradicción y que le autorice a ejercer el pleno disfrute del derecho a la posesión; hechos o actos cuya probanza pueden realizarla, a través de cualquiera de los medios probatorios que nuestro ordenamiento procesal admite; entendiéndose que el derecho en disputa no será la propiedad sino el derecho a poseer.

52.- Como se ha mencionado, a nivel de la doctrina comparada se cuenta, principalmente, con dos posiciones sobre lo que debemos de entender por precario, por tal razón, se hace imperativo que en sede nacional, cualquier toma de postura se haga a partir del texto normativo contenido en el artículo 911º del Código Civil, el

cual señala que: “La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido”.

53.- Al respecto resulta interesante lo definido por el Diccionario de la Real Academia, cuando señala, en cuanto al término de Derecho, que se concibe como precario lo que se tiene sin título, por tolerancia o por inadvertencia del dueño.

De lo señalado, surgen dos características básicas, la primera, referida a la necesidad de una tenencia, de una posesión de hecho o material de la cosa ajena y, la segunda, a la ausencia de título jurídico de esa posesión. Pero la ausencia de título puede encontrar su justificación en la tolerancia o en la inadvertencia del dueño.

54.- Siendo así, de la lectura del artículo en análisis queda claro que la figura del precario se va a presentar cuando se esté poseyendo sin título alguno, esto es, sin la presencia y acreditación de ningún acto o hecho que justifique el derecho al disfrute del derecho a poseer –dentro de lo cual, desde luego, se engloba al servidor de la posesión, a quien el poseedor real le encarga el cuidado de un bien, esto es por un acto de mera liberalidad y con carácter gratuito, y que si no atiende el requerimiento del titular para la devolución del bien devendrá en precario–, es decir, en este primer caso, no necesariamente se requiere de la presencia de un acto jurídico que legitime la posesión del demandado, lo que no excluye también el caso aquel en que el uso del bien haya sido cedido a título gratuito, sin existir de por medio el pago de una renta.

55.- El segundo supuesto que contempla la norma es que el título de posesión que ostentaba el demandado haya fenecido, sin precisar los motivos de tal fenecimiento, por lo que resulta lógico concebir que dicha extinción se puede deber a diversas causas, tanto intrínsecas o extrínsecas al mismo acto o hecho, ajenas o no a la voluntad de las partes involucradas; entendiéndose que el acto o el hecho existente, en el que el demandado venía sustentado su posesión, al momento de la interposición de la demanda, ha variado, debido a un acto que puede o no depender de la voluntad de las partes, variación que deja de justificar la posesión del demandado y, por ende, corresponde otorgársela al demandante, por haber acreditado su derecho a tal disfrute.

56.- En efecto, la no existencia de un título o el fenecimiento del que se tenía –con el cual justificaba su posesión el demandado– se puede establecer como consecuencia de la valoración de las pruebas presentadas, de dicha valoración es que surge en el juez la convicción de la no existencia de título o que el acto jurídico que lo originó contiene algún vicio que lo invalida, como es una nulidad manifiesta prevista por alguna de las causales del artículo 219º del Código Civil, o en todo caso, cuando siendo válido el negocio jurídico, éste ha dejado de surtir efectos por alguna causal de resolución o rescisión, pero sin que el juez del desalojo se encuentre autorizado para declarar la invalidez, nulidad, ineficacia, etc. de dicho acto jurídico, por cuanto ello corresponde al juez donde se discuta tal situación.

57.- Igualmente resulta necesario interpretar de una manera concordada el sentido del artículo 585º del Código Procesal Civil, puesto que su primer párrafo, al ser aplicable a todo tipo de causales de desalojo, hace alusión a la “restitución” del bien,

lo que debemos entender como entrega de la posesión que protege el artículo 911º del Código Civil, para garantizar al sujeto, a quien corresponde dicho derecho, a ejercer el pleno disfrute del mismo, independientemente de, si el derecho de propiedad se encuentra previamente declarado o no, puesto que en este proceso no se puede discutir –por su sumariedad– sobre dicho extremo, sino tan solo si es que se tiene derecho a la restitución del bien.

58.- Como quiera que el legislador ha precisado que esta pretensión restitutoria de la posesión debe ser tramitada bajo las reglas del procedimiento sumarísimo, debe interpretarse que tal indicación implica que este específico conflicto de intereses no contiene una naturaleza compleja, dado que para la protección del derecho en análisis la controversia debe circunscribirse sustancialmente a la alegación y probanza del derecho al disfrute de la posesión inmediata, independientemente de la determinación de la propiedad o de la validez o vigencia (en sí) del título con el cual se defiende el disfrute de dicho derecho, lo cual será materia de análisis y decisión en los otros procesos pertinentes, los cuales, a pesar de alegarse mantener conexión con el derecho al disfrute del derecho a poseer, para su satisfacción se exige la acreditación de supuestos diferentes, en algunos casos más complejos de tutelarse y de allí la exigencia del cumplimiento de vías procedimentales más amplias.

59.- Dentro de esta línea de interpretación corresponde establecer, concordantemente, en cuanto al artículo 586º del Código Procesal Civil, que el sujeto que goza de legitimación para obrar activa no sólo puede ser el propietario, sino también, el administrador y todo aquel que considere tener derecho a la restitución de un predio, con lo cual se colige que el desalojo por ocupación precaria no exige de modo alguno que deba ser incoado únicamente por quien ostenta la propiedad del bien, dado que además de éste, se encuentran legitimados los otros sujetos mencionados, quienes resultan tener calidad para solicitar la entrega en posesión del inmueble, con lo cual cobra fuerza lo dicho respecto al artículo 585º, en cuanto a que el término “restitución” se debe entender en un sentido amplio y no restringido. Quedando entendido que la probanza de la legitimidad para obrar activa estará referida al supuesto que alegue parte actora (propietario, administrador o que idóneamente considere tener derecho a la restitución del bien).

60.- En esa misma línea de ideas, en lo que atañe a la legitimación para obrar pasiva; para mantener la sistematicidad, resulta concordante interpretar conjuntamente el citado artículo 586º con el artículo 911º del Código Civil, por lo que se debe comprender dentro de esa situación a todo aquel que ocupa el bien sin acreditar su derecho a permanecer en el disfrute de la posesión inmediata o que, en todo caso, en la realidad se han producido la desaparición de los actos o hechos, jurídicamente regulados y protegidos, generando como efecto la pérdida del derecho a poseer.

61.- Estando a lo señalado, esta Corte Suprema acoge un concepto amplio del precario –a efectos de englobar todas las variables, que en la casuística se viene planteando a la Jurisdicción, de tal manera que se atiendan estas variables y se reduzcan ostensiblemente los casos de improcedencia–, no limitándose únicamente al caso que el propietario cede la posesión de un inmueble para que otro la use y se la devuelva cuando lo reclame, sino también cuando existe una situación de tolerancia de la posesión de hecho sin título (hecho o acto alguno) que la ampare, o

cuando sobreviene un cambio de la causa, por cesar la vigencia de un acto jurídico o variar los efectos de los actos o hechos antes existentes, situación que justificaban, al demandado al ejercicio del disfrute del derecho a poseer. En consecuencia, se presentará esta figura en cualquier situación en la que falte un título (acto o hecho), o este haya fenecido, en la cual deberá fundarse o justificarse la condición de precario con el bien, situación que se imputa al demandado y que habilita al reclamante –sea a título de propietario, poseedor mediato, administrador, comodante, etc.– pedir y obtener el disfrute del derecho a poseer. Por ello, una persona tendrá la condición de precaria cuando ocupe un inmueble ajeno, sin pago de renta y sin título para ello, o cuando dicho título, según las pruebas presentadas en el desalojo, no genere ningún efecto de protección para quien ostente la posesión inmediata, frente al reclamante.

62.- Ahora bien, estando a lo conceptualizado, y sin que se pretenda hacer una relación con carácter de *numerus clausus*, consideramos necesario, que, aplicando los criterios anteriormente expuestos y tomando base los casos recurrentes ante la Jurisdicción Civil y que se han venido conociendo y decidiendo en forma contradictoria, en algunos casos por esta Corte Suprema y sobre todo por los demás órganos jurisdiccionales de grados inferiores, establecer criterios para poder discernir aquellos casos que configurarían o no supuestos de ocupantes precarios:

c.3) Supuestos de posesión precaria

63.- Teniendo en cuenta lo dicho, siempre a título de *numerus clausus*, a continuación se plantea un conjunto de casos, que se han evidenciado como los más recurrentes en los procesos de desalojo que se tramitan en los diferentes órganos jurisdiccionales, y que configurarían supuestos de ocupación precaria:

i) En los casos de resolución extrajudicial de un contrato, conforme a lo dispuesto por los artículos 1429° y 1430° del Código Civil. En estos, se da el supuesto de posesión precaria por haber fenecido el título que habilitaba al demandado para seguir poseyendo el inmueble. Para esto, bastará que el Juez, que conoce del proceso de desalojo, verifique el cumplimiento de la formalidad de resolución prevista por la ley o el contrato, sin decidir la validez de las condiciones por las que se dio esa resolución. Siendo así, no es necesario exigir la previa resolución judicial del contrato, puesto que la terminación del mismo se acordó en los términos contractuales suscritos por las partes o se realizó bajo las reglas del artículo 1429° ya citado. Si el Juez advierte, como consecuencia de la valoración correspondiente, que los hechos revisten mayor complejidad y que no resultan convincentes los fundamentos fácticos y de las pruebas del demandante o del demandado deberá dictar sentencia declarando la fundabilidad o infundabilidad de la pretensión. La declaración de improcedencia de la demanda la efectuará excepcionalmente y sustentándola únicamente en la falta o deficiencia de un presupuesto para la validez [sic] de la relación jurídica procesal, mas no por cuestión de fondo.

ii) También constituirá un caso de título de posesión fenecido, cuando se presente el supuesto previsto por el artículo 1704° del Código Civil, puesto que con el requerimiento de la conclusión del contrato y devolución del inmueble se pone de manifiesto la voluntad del arrendador de poner fin al contrato. Dicha comunicación debe ser indubitable, de lo contrario, dará lugar a que la demanda de desalojo por precario se declare infundada. Por el contrario, no constituirá un caso de título

fenecido el supuesto contemplado por el artículo 1700° del Código Civil, puesto que el solo vencimiento del contrato de arrendamiento no resuelve el contrato sino que, por imperio de la ley, se asume la continuación del mismo hasta que el arrendador le requiera la devolución del bien. Sólo en el caso de existencia de requerimiento, recién se puede asumir que el poseedor ha pasado a constituirse en poseedor precario por fenecimiento de su título.

iii) Si en el trámite de un proceso de desalojo, el Juez de la causa, del análisis de los hechos y de la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220° del Código Civil, sólo analizará dicha situación en la parte considerativa de la sentencia, al exponer las razones que justifican su decisión, y declarará fundada o infundada la demanda de desalojo por ocupación precaria, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes para sustentar su derecho, a ejercer la posesión inmediata, es el que adolece de nulidad manifiesta.

iv) La enajenación de un bien arrendado, cuyo contrato no estuviera inscrito en los registros públicos, convierte en precario al arrendatario, respecto del nuevo dueño, salvo que el adquiriente se hubiere comprometido a respetarlo, conforme a lo dispuesto por el artículo 1708° del Código Civil. En este caso, para que proceda la demanda de desalojo por precario, se deberá exigir que el demandante haya requerido, en forma previa a la demanda, mediante documento de fecha cierta, la devolución del inmueble o, en todo caso, que en el contrato de compraventa haya manifestado que no continuará el arrendamiento. En este último supuesto, tal decisión debe ponerse en conocimiento del demandado, a partir del momento en que se celebró el contrato de compra venta, acto después del cual el ocupante devendrá en precario.

v) En los casos en los que el demandado afirme haber realizado edificaciones o modificaciones sobre el predio materia de desalojo –sea de buena o mala fe–, no justifica que se declare la improcedencia de la demanda, bajo el sustento de que previamente deben ser discutidos dichos derechos en otro proceso. Por el contrario, lo único que debe verificarse es si el demandante tiene derecho o no a disfrutar de la posesión que invoca, dejándose a salvo el derecho del demandado a reclamar, lo que considere pertinente, por causa de las edificaciones o modificaciones del predio, utilizando el procedimiento pertinente.

vi) La mera alegación del demandado, en el sentido de haber adquirido el bien por usucapión, no basta para destruir la pretensión de desalojo y declarar la improcedencia de la demanda, correspondiendo al Juez del desalojo valorar las pruebas en las cuales sustenta el demandado su derecho invocado, sin que ello implique que está facultado para decidir sobre la usucapión; por lo tanto, se limitará a establecer si, de la valoración de las pruebas, surge en él la convicción de, si corresponde o no, declarar el derecho de poseer a favor del demandante o del demandado. Es decir, el Juez no debe ingresar a verificar si es que la parte demandada adquirió o no el bien por usucapión, sino que debe limitarse a verificar si del análisis de los hechos y de la valoración de las pruebas presentadas por la parte emplazada surge en él la convicción de la existencia de lo que viene considerándose como un título suficiente, que enerve el derecho que esgrime el demandante. Este hecho (de declararse fundada la demanda de desalojo por precario), en nada afecta lo que se vaya a decidir en el otro proceso donde se verifique la pretensión de usucapión. De ampararse [sic], mediante resolución definitiva, la demanda de prescripción adquisitiva, el usucapiente tendrá expedito su derecho para solicitar la

inejecución del mandato de desalojo o en todo caso para solicitar la devolución del inmueble.

64.- En todos los casos anteriormente descritos, el Juez del proceso no podrá expedir una sentencia inhibitoria, sino, por el contrario, deberá de pronunciarse sobre el fondo de la materia controvertida, en el sentido que corresponda, conforme a los hechos y la valoración de las pruebas aportadas.

65.- En lo que concierne a lo dispuesto por el artículo 601º del Código Procesal Civil, que permite abrir el debate de la posesión en un proceso plenario, cuando ya ha prescrito el plazo para interponer la pretensión interdictal, evidencia, sin duda que el accionante no podrá optar por recurrir al desalojo para lograr la recuperación de su bien, puesto que, al haber sido negligente en la defensa de su posesión durante el plazo de un año, mal puede pretender usar un procedimiento sumario para recuperar su bien, dado que el despojo presupone que ha sido el mismo accionante quien padeció ese acto de desposesión ilegítima.

D. DE LA NATURALEZA DE LA PRESENTE SENTENCIA

66.- Resulta necesario que este Pleno Casatorio precise cuales son los alcances de la cosa juzgada aplicable a las sentencias definitivas, que pongan fin a este tipo de procesos. Correspondiendo precisar, sin afectar

la sistematicidad de nuestro Código Procesal Civil, que toda sentencia que pone fin a todo proceso, entre ellos, el de desalojo por ocupación precaria, en cuanto se convierte en definitiva, adquiere todos los efectos de la cosa juzgada y por lo tanto la única posibilidad de ser revisada es mediante el proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, dentro de los presupuestos que exige el mismo.

67.- Lo expuesto anteriormente no descarta ni contraviene la posición pacífica existente en la doctrina procesal, respecto a que toda sentencia surte los efectos de cosa juzgada únicamente, en cuanto al ámbito de la pretensión procesal, cuyo contenido hubiere sido materia de conocimiento, debate, prueba y decisión, en la jurisdicción. Así, interpuesta nueva demanda, en la que la nueva pretensión consignada, se sustente en hechos con contenido y efectos diferentes a los planteados en el proceso anterior, no estaremos frente a identidad de pretensiones, supuesto que se exige para que se produzca la cosa juzgada. Así por ejemplo, si en el caso de la usucapión, de la resolución o nulidad del acto o título, situaciones en las cuales sustentó la parte ganadora (o perdedora) su derecho a poseer, hubieren variado, con posterioridad a la demanda y sentencia de desalojo, por la expedición de una sentencia, expedida por el órgano jurisdiccional, en el cual se decidió la usucapión, resolución, nulidad de acto jurídico, etc. no existe impedimento alguno, para que quien obtuvo una sentencia favorable, alegando estos hechos nuevos y diferentes a los alegados en la oportunidad anterior, insistan en la interposición de una demanda nueva en la que se discuta y decida el desalojo por ocupación precaria, si es que se exponen como fundamentos fácticos estos nuevos hechos y se ofrecen las correspondientes pruebas.

68.- Estando a lo señalado, y a la alta incidencia de declaraciones de improcedencia de las demandas de desalojo por precario, resulta necesario que los jueces de toda la República, teniendo en cuenta los criterios establecidos en la presente sentencia, en estricto respeto del derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, eviten emitir sentencias inhibitorias, recomendándosele, resuelvan sobre el fondo, pronunciándose por la fundabilidad o no de la pretensión planteada.

69.- La tutela jurisdiccional efectiva, consagrada tanto en el artículo 139^o.3 de la constitución Política como el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, debemos entenderla como la observancia tanto al derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, como a merecer un pronunciamiento sobre el fondo, según el sentido que a justicia corresponda, así como a la eficacia de lo decidido en la sentencia, dentro de una concepción garantista que comprende todo lo concerniente al derecho a accionar, a probar, a la defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, y a la obtención de una resolución fundada en derecho.

VI.- CONCLUSIONES

Estando a las consideraciones expuestas, estimamos que el recurso de Casación es infundado al haberse dictado la sentencia de vista de acuerdo a Derecho, por lo que:

1.- No hay contravención al debido proceso conforme ha alegado la recurrente, consiguientemente la resolución impugnada no adolece de motivación aparente o defectuosa.

2.- Por otro lado, todo lo analizado representa una evidente utilidad desde el punto de vista de la uniformidad en la aplicación e interpretación de las normas jurídicas, por cuanto se ha venido observando una serie de interpretaciones sobre lo que debe entenderse respecto a la categoría del ocupante precario, por lo que no uniformizar dichos criterios implicaría dejar subsistentes interpretaciones contradictorias, susceptibles de reproducirse en casos posteriores, con evidente peligro para la igualdad, la seguridad y certidumbre jurídicas.

3.- Este Pleno Casatorio considera necesario precisar que la correcta interpretación del artículo 911^o del Código Civil, así como de los artículos 586^o y 586^o [sic] del Código Procesal Civil debe hacerse en el sentido que se ha dejado sentado en los numerales precedentes. Reiterándose que los mismos no son *numerus clausus*, sino que se han establecido en atención a los casos recurrentes que se presentan en la judicatura y que han suscitado mayores discrepancias en los diferentes niveles judiciales.

VII.- FALLO

Por tales razones, el Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia de la República, de conformidad con lo normado por el artículo 400^o del Código Procesal Civil:

a) Declara, por unanimidad, INFUNDADO el recurso de Casación interpuesto por

doña Mirna Lizbeth Panduro Abarca; en consecuencia NO CASARON la resolución de vista, obrante de fojas seiscientos diez a seiscientos once, su fecha ocho de abril de dos mil once, expedida por la Sala Especializada en lo Civil y afines de la Corte Superior de Ucayali;

b) Por mayoría ESTABLECE como doctrina jurisprudencial vinculante lo siguiente:

1. Una persona tendrá la condición de precaria cuando ocupe un inmueble ajeno, sin pago de renta y sin título para ello, o cuando dicho título no genere ningún efecto de protección para quien lo ostente, frente al reclamante, por haberse extinguido el mismo.

2. Cuando se hace alusión a la carencia de título o al fenecimiento del mismo, no se está refiriendo al documento que haga alusión exclusiva al título de propiedad, sino a cualquier acto jurídico que le autorice a la parte demandada a ejercer la posesión del bien, puesto que el derecho en disputa no será la propiedad sino el derecho a poseer.

3. Interpretar el artículo 585° del Código Procesal Civil, en el sentido que por “restitución” del bien se debe entender como entrega de la posesión que protege el artículo 911° del Código Civil, para garantizar al sujeto a quien corresponde dicho derecho a ejercer el pleno disfrute del mismo, independientemente si es que es propietario o no.

4. Establecer, conforme al artículo 586° del Código Procesal Civil, que el sujeto que goza de legitimación para obrar activa no sólo puede ser el propietario, sino también, el administrador y todo aquel que se considere tener derecho a la restitución de un predio. Por otra parte, en lo que atañe a la legitimación para obrar pasiva se debe comprender dentro de esa situación a todo aquel que ocupa el bien sin acreditar su derecho a permanecer en el disfrute de la posesión, porque nunca lo tuvo o el que tenía feneció.

5. Se consideran como supuestos de posesión precaria a los siguientes:

5.1 Los casos de resolución extrajudicial de un contrato, conforme a lo dispuesto por los artículos 1429° y 1430° del Código Civil. En estos casos se da el supuesto de posesión precaria por haber fenecido el título que habilitaba al demandado para seguir poseyendo el inmueble. Para ello, bastará que el Juez, que conoce del proceso de desalojo, verifique el cumplimiento de la formalidad de resolución prevista por la ley o el contrato, sin decidir la validez de las condiciones por las que se dio esa resolución. Excepcionalmente, si el Juez advierte que los hechos revisten mayor complejidad, podrá resolver declarando la infundabilidad de la demanda, mas no así la improcedencia.

5.2 Será caso de título de posesión fenecido, cuando se presente el supuesto previsto por el artículo 1704° del Código Civil, puesto que con el requerimiento de la devolución del inmueble se pone de manifiesto la voluntad del arrendador de poner

fin al contrato. No constituirá un caso de título fenecido el supuesto contemplado por el artículo 1700º del Código Civil, dado que el solo vencimiento del contrato de arrendamiento no resuelve el contrato sino que, por imperio de la ley, se asume la continuación del mismo hasta que el arrendador le requiera la devolución del bien. Dada esta condición, recién se puede asumir que el poseedor ha pasado a constituirse en poseedor precario por fenecimiento de su título.

5.3 Si en el trámite de un proceso de desalojo, el Juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220º del Código Civil, sólo analizará dicha situación en la parte considerativa de la sentencia –sobre la nulidad manifiesta del negocio jurídico–, y declarará fundada o infundada la demanda únicamente sobre el desalojo, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes es el que adolece de nulidad manifiesta.

5.4 La enajenación de un bien arrendado, cuyo contrato no estuviera inscrito en los registros públicos, convierte en precario al arrendatario, respecto del nuevo dueño, salvo que el adquiriente se hubiere comprometido a respetarlo, conforme a lo dispuesto por el artículo 1708º del Código Civil.

5.5 Cuando el demandado afirme haber realizado edificaciones o modificaciones sobre el predio materia de desalojo –sea de buena o mala fe–, no justifica que se declare la improcedencia de la demanda, bajo el sustento de que previamente deben ser discutidos dichos derechos en otro proceso. Por el contrario, lo único que debe verificarse es si el demandante tiene derecho o no a disfrutar de la posesión que invoca, dejándose a salvo el derecho del demandado a reclamar en otro proceso lo que considere pertinente.

5.6 La mera alegación del demandado, en el sentido de haber adquirido el bien por usucapión, no basta para desestimar la pretensión de desalojo ni declarar la improcedencia de la demanda, correspondiendo al Juez del desalojo valorar las pruebas en las cuales sustenta el demandado su derecho invocado, sin que ello implique que está facultado para decidir sobre la usucapión. Siendo así, se limitará a establecer si ha surgido en él la convicción de declarar el derecho de poseer a favor del demandante. De declararse fundada la demanda de desalojo por precario, en nada afecta lo que se vaya a decidir en otro proceso donde se tramite la pretensión de usucapión, puesto que el usucapiente tendrá expedito su derecho para solicitar la inejecución del mandato de desalojo o en todo caso para solicitar la devolución del inmueble.

6. En todos los casos descritos, el Juez del proceso no podrá expedir una sentencia inhibitoria, sino que deberá de pronunciarse sobre el fondo de la materia controvertida, en el sentido que corresponda, conforme a los hechos y la valoración de las pruebas aportadas.

7. En lo que concierne a lo dispuesto por el artículo 601º del Código Procesal Civil, cuando ya ha prescrito el plazo para interponer la pretensión interdictal, el accionante no podrá optar por recurrir al desalojo para lograr la recuperación de su bien.

c) ORDENARON la publicación de la presente sentencia en el diario oficial El

Peruano, teniendo efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su difusión.

SS.

RAMIRO DE VALDIVIA CANO
ANA MARÍA ARANDA RODRÍGUEZ
EVANGELINA HUAMANÍ LLAMAS
ANDRÉS CAROAJULCA BUSTAMANTE
RICARDO VINATEA MEDINA
CÉSAR CASTAÑEDA SERRANO