



UNIVERSIDAD PARTICULAR DE CHICLAYO

FACULTAD DE DERECHO



TITULO

“CRITERIOS DE APLICACIÓN DERIVADOS DEL DERECHO A LA PROPIEDAD ESTABLECIDOS EN LA SENTENCIA DEL CUARTO PLENARIO CASATORIO CIVIL DEL EXPEDIENTE N° 2195-2011 UCAYALI Y SU TRATAMIENTO FRENTE AL OCUPANTE PRECARIO PERIODO 2015- 2016 EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE”

TESIS

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

BACHILLER:

LUIS CARLOS HUMBERTO LATORRACA RIOS

ASESOR:

Mg. JORGE OLIVA CORNEJO

CHICLAYO- PERÚ

2017

“CRITERIOS DE APLICACIÓN DERIVADOS DEL DERECHO A LA PROPIEDAD ESTABLECIDOS EN LA SENTENCIA DEL CUARTO PLENARIO CASATORIO CIVIL DEL EXPEDIENTE N° 2195-2011 UCAYALI Y SU TRATAMIENTO FRENTE AL OCUPANTE PRECARIO PERIODO 2015-2016 EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE”

Proyecto de Tesis presentado por el Bachiller **Sr. LUIS CARLOS HUMBERTO LATORRACA RÍOS**, a la Facultad de Derecho de la Universidad Particular de Chiclayo, para optar el Título Profesional de Abogado.

Aprobado por:

Bach. Luis Carlos Humberto
Latorraca Ríos

Mg. Jorge Oliva Cornejo
Asesor.

Aprobado por el Jurado:

Dr. Enrique Rodas Ramírez.
Presidente

Mg. Lito Becerra Angulo.
Secretario

Abog. Julio Fernández Bartolomé
Vocal

DEDICATORIA

A mis queridos padres: Ramón y Elena por el Sacrificio brindado durante el proceso de mi educación y por su apoyo incondicional.

A mi Esposa Aico, por hacer más llevaderos los últimos Ciclos del desarrollo de mi carrera.

A mis hijos Kevin y Gabriel

AGRADECIMIENTO

A Dios, Porque sin Él nada sería posible.

A mis docentes y Amigos que me apoyaron por el asesoramiento en el desarrollo de mi Investigación, haciendo posible la presentación de esta tesis.

PRESENTACIÓN

SEÑORES MIEMBROS DEL JURADO DE LA UNIVERSIDAD PARTICULAR DE CHICLAYO

Luis Carlos Humberto Latorraca Ríos, Bachiller en Derecho, cumpliendo con los lineamientos establecidos por la Facultad de Derecho de La Universidad Particular de Chiclayo, presento ante ustedes el trabajo de investigación titulado: “Criterios de aplicación derivados del Derecho a la propiedad establecidos en la Sentencia del Cuarto Plenario Casatorio Civil del expediente N° 2195-2011 Ucayali y su tratamiento frente al ocupante precario periodo 2015- 2016 en el distrito judicial de Lambayeque”.

El mismo que, espero, reúna los méritos suficientes para su oportuna aceptación.

Por tanto, dejo a su acertado criterio la correspondiente evaluación de este trabajo de investigación.

Agradezco, de antemano la atención que se le brinde al presente trabajo, aprovechando la oportunidad para expresar a Uds. las muestras de mi consideración y estima.

.....
Bach. Luis Carlos Humberto Latorraca Ríos

RESUMEN

La presente Tesis: “Criterios de aplicación derivados del Derecho a la propiedad establecidos en la Sentencia del Cuarto Plenario Casatorio Civil del expediente N° 2195-2011 Ucayali y su tratamiento frente al ocupante precario periodo 2015-2016 en el distrito judicial de Lambayeque”, responde a un análisis del Cuarto Pleno Casatorio, donde se han establecido “siete criterios vinculantes”; que vienen generando problemática de aplicación en los juzgados, controversia en la doctrina y sobre todo, está impidiendo que en algunos casos el justiciable obtenga pronta respuesta del órgano jurisdiccional.

Es por ello, que se ha realizado un exhaustivo análisis jurídico del poseedor precario establecido en el artículo 911° del Código Civil, y su correcta interpretación establecido en el Cuarto Pleno Casatorio Civil sobre desalojo por ocupación precaria y cuyos criterios aún mantienen controversia en su interpretación y viene impidiendo uniformidad de criterios a nivel judicial y doctrinal.

Es por tal motivo se concluye que los Juzgados Civiles del Distrito Judicial de Lambayeque, vienen acogiendo en su mayoría los criterios del Cuarto Pleno Casatorio; siendo que algunos de estos criterios son lesivos para la parte demandante como es en aquellos casos en donde por falta de pago de alquiler no se resuelve el contrato y se tiene que primero cursar carta notarial, convirtiéndose al arrendatario en precario y obligando al demandante, a acudir a un proceso largo y tedioso que terminara en la Corte Suprema.

Palabras clave:

Criterios, cuarto pleno casatorio, desalojo, ocupación precaria, juzgados civiles, problemática, controversias, análisis jurídico, interpretación, lesivos, demandante Corte Suprema.

ABSTRACT

The present thesis: "Application criteria derived from the right to property established in the Judgment of the Fourth Plenary Civil Cassation of the file No. 2195-2011 Ucayali and its treatment against the precarious occupant period 2015-2016 in the judicial district of Lambayeque" Responds to an analysis of the Fourth Plenary Meeting, where "seven binding criteria" have been established; Which have generated problems of application in the courts, controversy in the doctrine and above all, is preventing in some cases the respondent obtain a prompt response from the court.

It is for this reason that an exhaustive legal analysis of the precarious holder established in article 911 of the Civil Code has been carried out and its correct interpretation established in the Fourth Civil Castory Plenary on eviction by precarious occupation and whose criteria still maintain controversy in its interpretation And has been impeding the uniformity of judicial and doctrinal criteria.

It is for this reason that it is concluded that the Civil Courts of the Judicial District of Lambayeque, have been receiving in the majority the criteria of the Fourth Plenary Court; Being that some of these criteria are harmful to the plaintiff as it is in those cases where for lack of rent payment the contract is not resolved and you have to first take a notary letter, making the tenant in precarious and forcing the plaintiff, To go to a long and tedious process that ended in the Supreme Court.

Key words: Criteria, fourth full court, eviction, precarious occupation, civil courts, problems, controversies, legal analysis, interpretation, injurious, plaintiff Supreme Court

INTRODUCCIÓN

La presente Tesis Nuestro tema de investigación concerniente a los “Criterios de aplicación derivados del Derecho a la propiedad establecidos en la Sentencia del Cuarto Plenario Casatorio Civil del expediente N° 2195-2011 Ucayali y su tratamiento frente al ocupante precario periodo 2015- 2016 en el distrito judicial de Lambayeque”. Tiene su fundamento en el artículo 400 del Código Procesal Civil. El cuarto Pleno Casatorio que precisa la correcta interpretación de los artículos 911 del Código Civil y 585 y 586 del Código Procesal Civil. ya que antes del cuarto pleno casatorio, esta normativa consideraba interpretaciones distintas entre sí, por los diferentes juzgados nacionales, fue a través del cuarto pleno casatorio de desalojo por ocupación precaria que se unificaron criterios vinculantes tanto de forma vertical, para los jueces de instancias inferiores y de forma horizontal para los mismos jueces o de igual jerarquía.

Estos criterios consignados en el cuarto pleno casatorio aún siguen generando controversia tanto en los juzgados como en nuestra doctrina, por lo que hay juzgados que se declararon incompetentes para resolver una controversia en la que se demanda desalojo por vencimiento de contrato. Más afectado con el Cuarto Pleno es el arrendador demandante, a fin de respaldar su tutela jurisdiccional efectiva vulnerándose los principios procesales de economía y celeridad.

En este pleno casatorio sobre “desalojo por ocupación precaria” hace que el proceso se prolongue perjudicando al demandado o demandante, respecto a la dilación. Además señala que con esto, se ha construido una noción de precario omnicomprendivo, que todo lo abarca y ante éstas circunstancias es necesaria la pronta intervención del legislador.

Esto nos lleva a pedirle a la sala plena de nuestra Corte Suprema la dación de un nuevo pleno casatorio concerniente al tema de desalojo por ocupación precaria para así subsanar ciertos criterios que son lesivos para el justiciable y además uniformizar criterios discordantes que ha generado el cuarto pleno casatorio.

Por ello los objetivos de esta investigación es determinar cuál es el tratamiento de aplicación que se da, a los criterios del cuarto pleno casatorio civil;

sobre desalojo por ocupación precaria, en los juzgados civiles del distrito judicial de Lambayeque; 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 que puedan subsanar la deficiente legislación, así como aquellas imprecisiones del cuarto pleno casatorio; evaluar el tratamiento de aplicación, en los diferentes juzgados civiles del distrito judicial de Lambayeque del cuarto pleno casatorio; sobre desalojo por ocupación precaria y orientar a los operadores del derecho de nuestra región a una correcta interpretación del cuarto pleno casatorio, con el fin de evitar dilaciones y desconfianza en el justiciable.

La presente Tesis está dividida en tres partes:

En la primera parte, expondré los aspectos generales de la investigación, planteando la problemática desde el punto global internacional algunos aspectos del ocupante precario; partiendo de lo general a lo específico, considerando algunos expedientes de nuestra región que se adjuntan como anexos. Planteo la alternativa de solución o hipótesis ante la problemática planteada en el presente estudio, señalo los objetivos generales y específicos a los cuales pretendo llegar.

En la Segunda parte nos referimos al Marco Teórico, se hace hincapié de los derechos reales como son: la propiedad inmueble; la posesión de la propiedad, la evolución del ocupante precario y su actual situación jurídica en el ámbito civil peruano. Dentro de la parte legal también se ha considerado la jurisprudencia nacional y especialmente el análisis del Cuarto Plenario civil casatorio.

El Derecho comparado como parte importante también está considerada en la presente Tesis. Lo cual no ha permitido unificar un criterio de estudio llegando a las conclusiones y recomendaciones correspondientes en la presente investigación.

En la tercera parte, se considera la metodología empleada en la tesis, los métodos utilizados, la población y muestra que nos ha permitido hacer la críticas al IV Pleno Casatorio y definir el concepto de ocupante precario.

El Bachiller

INDICE

PRESENTACIÓN.....	5
RESUMEN	6
ABSTRACT	7
INTRODUCCIÓN	8
INDICE.....	10

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN Y METODOLOGÍA

1.1.- REALIDAD PROBLEMÁTICA	16
1.2.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	20
1.3.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	25
1.4.- JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.	25
1.5.- OBJETIVOS.....	27
1.5.1.- Objetivos General	27
1.5.2.- Objetivos Específicos.....	27
1.6.- HIPÓTESIS.....	27
1.7.- VARIABLES	28
1.7.1.- Variable independiente. (Causas del problema a tratar).....	28
1.7.2.- Variable dependiente (efectos del problema)	28

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

LA PROPIEDAD

2.1.- EVOLUCIÓN EN LA HISTORIA.....	29
2.2.- LA PROPIEDAD EN EL PERU.	30
2.2.1.- Historia.....	30
2.2.2.- La Colonia.	31
2.1.2.1.- Filosofía económica.....	31

2.1.2.2.- Instituciones sociales – económicas	31
2.2.1.2.4.- Derecho.....	32
2.2.3.- LA INDEPENDENCIA.....	32
2.2.1.3.1.- Filosofía económica.....	32
2.2.1.3.2.- Instituciones económico- sociales.....	32
2.2.1.3.3.- Derecho.....	32
2.3.- DERECHO DE PROPIEDAD	33
2.4.- DEFINICIÓN.	34
2.4.1.- Perspectiva filosófica.	34
2.4.1.1.- Perspectiva histórica.	34
2.4.1.2.- Perspectiva económica.....	34
2.4.1.3.- Perspectiva metodológica.....	35
2.4.1.4.- Perspectiva jurídica.	35
2.5.- CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE PROPIEDAD	36

CAPITULO III

LA POSESION

3.1.- INTRODUCCION.....	41
3.2.- DEFINICIÓN.....	43
3.3.- ETIMOLOGÍA Y ORIGEN.	44
3.4.- DEFINICIONES DE PRECARIO EN ROMA Y EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL	46
3.5.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA POSESIÓN	48
3.6.- ELEMENTOS.....	50
3.6.1.-Corpus	50
3.6.2.- Animus.....	50
a) Subjetiva: Savigny.	51
b) Objetiva sobre el animus: Ihering.	51

3.7.-	TIPOS.....	51
a)	Posesión justa.	51
b)	Posesión de buena fe.	51
c)	Posesión natural.	52
d)	Posesión civil.	52
e).-	Posesión mediata y posesión inmediata.	52
3.8.-	PROTECCIÓN DE LA POSESIÓN	53
3.9.-	ADQUISICIÓN CONSERVACIÓN Y PÉRDIDA DE LA POSESIÓN	54
3.9.1.-	Adquisición	54
3.9.2.-	Conservación.....	55
3.9.3.-	Pérdida	56

CAPITULO IV

OCUPANTE PRECARIO

4.1.-	ORIGEN Y EVOLUCIÓN EN ROMA.	57
4.2.-	EVOLUCIÓN DEL PRECARIUM EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO	61
4.3.-	EVOLUCIÓN EN EL PERÚ.....	65

CAPITULO V

LA POSESIÓN PRECARIA EN LA JURISPRUDENCIA PREVIA AL IV PLENO CASATORIO CIVIL

5.1.-	EL TRISTE PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA.	68
5.2.-	CAUSA DE LA INCERTIDUMBRE.....	72
5.3.-	EL CONCEPTO JURISPRUDENCIAL DEL PRECARIO, ANTES DEL CUARTO PLENO CIVIL DE LA CORTE SUPREMA.	73
5.4.-	ANÁLISIS DE LA DOCTRINA QUE DEFIENDE EL CONCEPTO JURISPRUDENCIAL DE POSESIÓN PRECARIA.....	76
5.4.1.-	la tesis de Lama More.....	76
5.4.2.-	la tesis de Torres Vásquez.....	78

5.4.3.- La tesis de mejorada Chauca.....	79
5.5.- EL CRITERIO JUDICIAL DE POSESIÓN PRECARIA ES "MULTIUSOS"	80
5.6.- LAS REGLAS VINCULANTES DEL CUARTO PLENO	81
5.7.- SÍNTESIS SOBRE LAS REGLAS VINCULANTES DEL CUARTO PLENO 84	
5.8.- POBREZA ARGUMENTATIVA DE LA SENTENCIA DEL PLENO ..	85
5.9.- GRAVES OMISIONES DE LA SENTENCIA DEL PLENO	87
5.10.- LA SENTENCIA DEL PLENO INFRINGIÓ NORMAS LEGALES EXPRESAS	90

CAPITULO VI

EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

6.1.- DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS.....	91
6.2.- PERSONAS FACULTADAS PARA ARRENDAR	93
6.3.- PERSONAS IMPEDIDAS DE ARRENDAR.....	93
6.4.- ARRENDAMIENTO DE BIEN INDIVISO.....	94
6.5.- ARRENDAMIENTO DE BIEN AJENO.....	94
6.7.- OBLIGACIONES DEL ARRENDADOR.....	96
6.7.1.- Obligación de entrega del bien.....	96
6.7.2.- Obligaciones adicionales del arrendador.....	97
6.7.3.- Obligaciones del arrendatario	98
6.8.- CLASES DE DURACIÓN DEL ARRENDAMIENTO	98
6.8.1.- Arrendamiento a plazo determinado	98
6.8.2.- Arrendamiento a plazo indeterminado.....	99
6.9.- LÍMITES MÁXIMOS PARA EL ARRENDAMIENTO DE DURACIÓN DETERMINADA	99
6.9.1.- Plazo máximo de diez años.....	100
6.9.2.- Plazo máximo de seis años.....	101

a) Cuando el bien arrendado pertenece a incapaces.....	101
b) Cuando el bien arrendado pertenece a entidades públicas	102
6.10.- EFECTOS POR VIOLACIÓN DE LOS PLAZOS MÁXIMOS.	102
6.11.- DEBATE ACERCA DEL PLAZO MÁXIMO DEL ARRENDAMIENTO Y DEL LÍMITE TEMPORAL DEL DERECHO DE SUPERFICIE	103
6.12.- PLAZO PRESUNTO DEL ARRENDAMIENTO.	103
6.12.1.- Arrendamiento con finalidad específica.....	103
6.11.2.- Arrendamiento de inmuebles ubicados en zona de temporada ..	104
6.11.3.- Arrendamiento de duración indeterminada.....	104
6.11.4.- Arrendamiento por periodos forzosos y voluntarios.....	105
6.12.- CESIÓN DEL ARRENDAMIENTO	105
6.13.- CONCLUSIÓN DEL ARRENDAMIENTO	106
6.13.1.- Conclusión del arrendamiento de duración indeterminada.....	107
6.13.2.- El arrendamiento: ¿derecho personal o derecho real?	108
6.13.3.- Efectos registrales de la inscripción del arrendamiento.....	109

CAPITULO VII

EL OCUPANTE PRECARIO EN EL DERECHO COMPARADO

7.1.- CHILE	111
7.2.- COLOMBIA.....	112

CAPITULO VIII

MARCO METODOLÓGICO

8.1.- METODOLOGÍA	113
8.1.- Método inductivo y deductivo.....	113
8.1.1.- Métodos de análisis – síntesis.....	113
8.1.2.- Población	113
8.1.3.- Muestra.....	113

8.1.3.-	Materiales, técnicas e instrumentos de recolección de datos	
	Materiales	114
8.1.4.-	Técnicas e instrumentos de recolección de datos	115
CONCLUSIONES		116
RECOMENDACIONES		117
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS		118

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN Y METODOLOGÍA

1.1.- REALIDAD PROBLEMÁTICA

El tema del desalojo por ocupación precaria tiene como punto de partida el delimitar básicamente al poseedor y cuando estamos frente a un ocupante precario, pero esto no ha resultado nada pacífico y es que dentro del presente tema su problemática viene desde legislaciones internacionales, tomando asiento finalmente en la nuestra.

Un repaso de los principales Códigos Occidentales (Francia, Alemania e Italia) nos permite advertir que ninguno de ellos regula en forma específica la posesión precaria, aun cuando la doctrina mantiene la misma definición del derecho romano, el art. 1889 del Código Napoleónico de 1804 otorga al comodante la potestad de solicitar la devolución de la cosa si es que tuviese necesidad de utilizarla, ha motivado a que la doctrina francesa (entre ellos Colín y Capitant) considere que en ese caso “hay precario”. (MORENO MOCHOLÍ , 1951)¹

En España la doctrina también considera que el precario es el poseedor por concesión liberal o graciosa que debe restituir el bien al primer requerimiento. (MESSINEO, 1979) ²

En el caso argentino el Código Civil contiene una previsión explícita, aun cuando con una pequeña desviación del régimen romano por la identificación del precario con el comodato: “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” (art. 2285).

¹ Cit. MORENO MOCHOLÍ, Miguel. (1951). *El Precario*, Barcelona- España, Bosch Casa Editorial, , pág. 254

² MESSINEO, Francesco. (1979) *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, Tomo III pág. 219.

Legaros Sánchez (2011). Señala que el artículo 2195 del Código Civil chileno establece la figura del precario describiéndola como una situación de hecho consistente en la tenencia de una cosa ajena sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño. La exigencia relativa al dominio por el demandante y ausencia de dominio por el demandado, no presenta mayores problemas, como tampoco el requisito de la tenencia. No ocurre lo mismo, en cambio, con la expresión "sin previo contrato", que está en estrecha relación con el supuesto de que la tenencia se explica por ignorancia o mera tolerancia del dueño. De la revisión de la jurisprudencia se desprende que tal requisito y supuestos resultan bastante conflictivos y suponen una interpretación que, en los casos que llegan a los Tribunales, demuestra que es posible seguir distintos derroteros.

(GONZALES BARRÓN , 2010)³ En conclusión, no sólo el Derecho romano tiene una noción unívoca del precario, sino que además ésta ha perdurado en el Derecho moderno, con algunas mínimas variantes, tal. En tal sentido, está claro que antes y ahora el precario es un poseedor que goza de la posesión por virtud de liberalidad, por tolerancia o simple licencia del concedente, y que está obligado a devolver el bien al primer requerimiento. Incluso el Diccionario de la Real Academia define al precario de la misma forma, esto es, como aquella posesión: "que se tiene sin título, por tolerancia o por inadvertencia del dueño".ⁱ

En nuestra legislación la problemática es más aguda aún, ya que antes de la entrada en vigencia del cuarto pleno casatorio, la legislación fue un tanto imprecisa. En la actualidad nuestra norma sustantiva civil ha establecido de modo expreso el concepto de la posesión precaria, conforme se aprecia del Art. 911 del Código Civil vigente.ⁱⁱ

Aun con las limitaciones propias de una deficiente regulación normativa

³ GONZALES BARRÓN Gunther (2010). *Los vaivenes jurisprudenciales sobre el precario*, P, 9

que fue generando decisiones judiciales contradictorias y que se tuvo que recurrir a la generación de precedente judicial obligatorio regulado en el actual Código Procesal Civil.ⁱⁱⁱ

Gonzales Barrón (2012). Indica que antes del cuarto pleno casatorio la situación actual del concepto de “precario”, y los contornos indefinidos que padece, constituye, sin duda, un grave atentado contra la seguridad jurídica y, por ello, también, un déficit de justicia que el sistema institucional debe corregir y enrumbar. Además barrón indica que antes del cuarto pleno casatorio la situación es alarmante, conforme el siguiente resumen:

Un grupo de sentencias dice que el arrendatario con plazo de contrato vencido es precario; mientras otro grupo dice lo contrario. Unas sentencias dicen que el poseedor que ha realizado construcciones en inmueble ajeno es precario; mientras otras señalan que no. Algunas sentencias sostienen que el contratante con título manifiestamente ilegítimo (tesis de Héctor Lama More) es precario; pero la inmensa mayoría de las decisiones opina exactamente lo contrario. (...)

Por lo que se hizo necesario la generación de un pleno casatorio que unificara criterios surgiendo así el cuarto pleno casatorio sobre desalojo por ocupación precaria.

Es en este panorama que surge el cuarto pleno casatorio en el año 2011, para unificar criterios y establecer reglas de aplicación vinculante tanto en línea horizontal como en línea vertical. Asimismo nos señala que si bien se ha logrado cierto consenso a nivel jurisdiccional aún se tienen serios cuestionamientos a nivel doctrinal. El precedente tiene gran mérito de haber fijado un camino de alguna certeza sobre la materia y eso es lo más valioso en materia judicial, se llama “predictibilidad”.

La importancia del precedente vinculante establecido por la Corte Suprema es un avance en materia de unificación de la jurisprudencia

contradictoria sobre posesión precaria. Algunas reglas podrán ser inconvenientes y hasta discutibles, pero deberán ser aplicadas por todos los jueces de la República. (Abanto Torres: 2012, P.70).

Cabe recalcar que el Cuarto Pleno Casatorio Civil no tomó en cuenta la doctrina comparada de Alemania, Italia y Portugal para determinar el significado del precario. El concepto de precario es uno de la doctrina del negocio jurídico y no de la doctrina de los derechos reales.

En igual sentido Jorge Avendaño, nos indica que los abogados han de tomar en cuenta siempre el pleno y no plantear fuera de lo que en él está establecido. E igualmente, los jueces no deberían sentenciar fuera de lo ya establecido en el pleno. Sin embargo, (...), creo que el resultado del pleno, la resolución que ha dado a lugar a un fallo que no es suficientemente claro. En ese sentido, me temo que las discusiones respecto a este tema van a continuar.

Amaya Chirinos (2016). El Cuarto Pleno ha ocasionado conflictos que se evidencia en la práctica jurídica, un caso particular sucedió en la ciudad de Trujillo, cuando dos juzgados, se declararon incompetentes para resolver una controversia en la que se demanda desalojo por vencimiento de contrato. Más afectado con el Cuarto Pleno es el arrendador demandante, a fin de respaldar su tutela jurisdiccional efectiva y los principios procesales de economía y celeridad, se buscará para contrarrestar la problemática que ha originado el Cuarto Pleno.

Entre las críticas en contra del Cuarto Pleno la más resaltante es la del jurista Gunther, quien sostiene que la conversión forzada de esa pretensión en “desalojo por ocupación precaria” hace que el proceso se alargue y que otorgue posibilidades de que el demandado o demandante se vean perjudicados. Además señala que con esto, se ha construido una noción de precario omnicomprendivo, que todo lo abarca y ante éstas circunstancias es necesaria la pronta intervención del legislador.

1.2.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La modificatoria de la legislación procesal civil permitió a las respectivas Salas de la Corte Suprema de Justicia de la República la incorporación al sistema jurídico de nuevas líneas interpretativas de vinculación relativa mediante el denominado "Precedente Judicial".

En materia civil, los magistrados de las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia de la República, han emitido hasta la actualidad nueve precedentes judiciales, avizorando nuevos pronunciamientos con aquel carácter.

La definición de la posesión precaria, en nuestro ordenamiento jurídico están establecidos en el Art. 911° del Código Civil, y; cuya interpretación con carácter vinculante está en el Cuarto Pleno Casatorio Civil, el cual establece primero que “Una persona tendrá la condición de precario 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”. En esta primera regla se define al precario dándole una conceptualización amplia e incluyendo a aquella persona que no paga “renta” y esto es ponerle al inquilino moroso en calidad de precario, y estableciéndole al demandante una larga ruta judicial para hacer valer su derecho.

En cuanto a la segunda regla se sostiene que “Cuando se hace alusión a la carencia de título o al fenecimiento del mismo, no se está refiriendo al documento que haga alusión 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”. Acá se define lo que se entiende por título; lo que podemos aportar es que, el proceso sumarísimo por ocupación precaria no es el escenario adecuado para definir cuál de las partes tiene el mejor derecho de propiedad o el mejor derecho a la posesión. Ello deberá hacerse en una vía procedimental más lata, como lo tiene establecido la jurisprudencia.^{iv}

En cuanto a la tercera y la cuarta regla nos parece acertados estos criterios por lo que no vienen acarreado mayor discusión.

En cuanto a la quinta regla tenemos seis supuestos de los cuales el que mayor controversia ha generado es “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. Bajo esta condición, recién se puede asumir que el poseedor ha pasado a constituirse en poseedor precario por fenecimiento de su título”.

Aquí se señala que ante el vencimiento de un contrato de arrendamiento y habiéndose cursado carta notarial, sin que el arrendatario devuelva el bien, se convertirá en ocupante precario, con este precedente judicial vinculante para todos los órganos jurisdiccionales, se han suscitado muchos problemas siendo el más perjudicado con la aplicación de éste Pleno, el arrendador demandante por las siguientes razones, respecto a la competencia, sabemos que en el desalojo por vencimiento de contrato puede ser competente el juez de paz letrado y jueces civiles (según la cuantía de la pretensión), que si el proceso se inicia ante el juez de paz letrado se agota en la instancia ante un juez civil; en cambio, en la pretensión de desalojo por ocupante precario es competente el juez civil y la vía se agota en la Corte Suprema, siendo perjudicial para el arrendador demandante porque dilataría el proceso y de ello puede valerse el demandado para realizar acciones maliciosas que imposibiliten la recuperación de la posesión del bien.

Ahora nos encontramos con dos posiciones respecto al mismo supuesto,

por un lado podría demandar desalojo por ocupación precaria con prerequisite haber cursado carta notarial al arrendatario y de ese modo seguir el criterio interpretativo que ha señalado la Corte Suprema a través del precedente judicial contenido en el IV Pleno Casatorio Civil; o por otro lado ante el mismo supuesto se deberá demandar desalojo por vencimiento de contrato y regirnos por lo que ha estipulado la ley como una vía especial sólo para éste supuesto. La mejor solución para el arrendador demandante sería que cuando desee recuperar la posesión del bien por haber vencido el contrato de arrendamiento, demande desalojo por vencimiento de contrato, puesto que de esa forma se estaría aplicando lo que prescribe la tercera disposición modificatoria del Código Procesal Civil y el Art. 1704° del Código Civil⁹. Resultando esto más beneficioso para el demandante. Asimismo, con el sólo hecho de interponer la demanda de desalojo de vencimiento de contrato se estaría poniendo fin al contrato sin necesidad de cursar previa carta notarial al arrendatario, De ese modo, el arrendador ahorro dinero y tiempo, por lo tanto se estaría priorizando a los principios procesales básicos del derecho.

En el punto 5.3 se le faculta al juez para determinar la nulidad del acto jurídico que no es posible determinarlo en un proceso sumarísimo. En el punto 5.4 de igual forma se pone de precario a la persona que no inscribió el contrato de arrendamiento sometiénolo a todo ese proceso dilatorio ya explicado. Y el 5.5 y 5.6 sin mayor comentario me parece acertado dichos criterios.

En cuanto a la sexta regla “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 controversia, en el sentido de que corresponda, conforme a los hechos y la valoración de las pruebas aportadas” esto es acertado en aquellos casos de despojo violento o clandestino u otros análogos, el afectado puede interponer su demanda de desalojo por ocupación precaria. Pero no en aquellos casos sobre nulidad de contrato que no se puede realizar en un proceso sumarísimo.

En cuanto a la séptima regla ya nos parece inoficiosa por lo ya establecido en el Art. 601° del Código Procesal Civil.

La problemática de nuestra investigación nos lleva a citar tres expedientes de la muestra metodológica que son:

1.- EXPEDIENTE N° 3189-2015

, de materia de desalojo por ocupación precaria; entre las partes:

Instituto de endoscopia Digestiva S.A.C, representado por Edilberto de la Cruz Puicón, contra don Augusto A. Aguirre Carrillo. Ante el sexto Juzgado Civil del Distrito Judicial de Lambayeque. tiene como finalidad que: i) El demandado le restituya la posesión del inmueble ubicado en la calle Torres Paz N° 764, de la Provincia de Chiclayo, Departamento Lambayeque, debidamente desocupado; ii) El pago de las costas y costos procesales.

Declarando FUNDADA la demanda. La Segunda Sala Civil, RESUELVE: CONFIRMAR la sentencia, que declara FUNDADA la demanda sobre desalojo por ocupación precaria; INTEGRANDO la misma, ORDENARON que el demandado desocupe el inmueble en el plazo de seis días, bajo apercibimiento de lanzamiento.

Así mismo la parte afectada presenta recurso de casación, contra la sentencia de vista contenida en la resolución número doce, del folio ciento cincuenta y dos a ciento cincuenta y siete de fecha veintisiete de enero del dos mil diecisiete; EN CONSECUENCIA: DISPUSIERON SE ELEVEN LOS AUTOS A LA SALA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA.

En el presente caso que si bien se aprecia una línea de criterios entre las instancias, aún podemos afirmar que hay una parte lesionada como lo es la parte demandante, por la gran dilación para obtener su pretensión pues el cuarto pleno casatorio al convertir al inquilino por vencimiento de contrato en precario ha extendido enormemente el proceso para que un propietario o legitimado pueda recuperar su derecho petitionado, por lo que casi todos estos casos terminan en la Corte Suprema.

2.- EXPEDIENTE N° 3597-2014-0-1706-JR-CI-03.

Entre OSCAR REYES RUFASTO, demandante, contra IDE HERRERA CABRERA. . Ante el tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Chiclayo del Distrito Judicial de Lambayeque Tiene como finalidad: Que es propietario, junto a su esposa Edy Mercedes Mestanza de Reyes, del inmueble de su domicilio ubicado en la Mz. J – Lt. 20 – Urb. La Florida – Chiclayo, según consta de escritura pública, debidamente registrada, en la Partida N° 11181579 de SUNARP.

Que, con la demandada tuvieron una convivencia temporal, y procrearon dos hijas.

Se Resuelve admitir a trámite la demanda interpuesta y se confiere traslado a la entidad demandada para que en plazo de cinco días se apersone al proceso y conteste la demanda, no contesta la demanda y se le declara rebelde a la parte demandada

El Tercer juzgado falla declarando fundada la demanda de desalojo por ocupación precaria. Primera Sala Especializada Civil, REVOCARON la sentencia de fojas setenta y cuatro a setenta y ocho que declara fundada la demanda de DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA, interpuesta por OSCAR REYES RUFASTO contra IDE HERRERA CABRERA; REFORMÁNDOLA la declararon INFUNDADA; sin costas ni costas, y los devolvieron.

3.- EXPEDIENTE N°: 03133-2014-0-1706-JR-CI-04

Ante el 4° juzgado civil entre: Alberto Aniano tapia Díaz contra doña Clara Aurora Cruzado Seclen sobre desalojo por Ocupación Precaria. Que la demandada desocupe el bien ubicado en la calle César Vallejo N° 151 - Urbanización "Arturo Cabrejos Falla" - Abogados, por estar ocupando dicho bien sin contrato de alquiler al haber finalizado la relación de inquilino acción con arreglo al contrato de fecha 18 de diciembre del 2000. Que, a partir del fenecimiento de inquilinato que celebrara la emplazada ha venido reclamando a dicha persona en forma directa y extrajudicial que procediera a devolverle su propiedad. . Que, con vista de su carta notarial, su fecha de 28.11.13 dejó establecido su voluntad de que no renovarían el

inquilinato con la emplazada Su carta tiene el carácter de aviso extrajudicial con la cual se finalizó el inquilinato, dejando a la emplazada en calidad de ocupante precario de la posesión de su propiedad.

JOSE ANTONIO PISFIL CACHAY, en representación de Clara Aurora Cruzado Seclen se apersona, contesta la demanda y deduce la excepción de falta de legitimidad para obrar de los demandantes

El juzgado Declara FUNDADA la demanda interpuesta por don ALBERTO ANIANO TAPIA DÍAZ contra doña CLARA AURORA CRUZADO SECLÉN, sobre DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA; en consecuencia ORDENO que consentida o ejecutoriada que sea la presente, cumpla la citada demandada con desocupar y entregar al demandante el inmueble ubicado en la calle César Vallejo N° 151 - Urbanización "Arturo Cabrejos Falla" - Abogados, dentro del plazo de seis días.

La sala REVOCA la sentencia, contenida en la resolución número diecisiete, de fecha diecisiete de junio del dos mil quince, de folios doscientos setenta y seis a doscientos ochenta y uno, que declara FUNDADA la demanda interpuesta por don ALBERTO TAPIA DÍAZ contra doña CLAUDIA AURORA CRUZADO SECLÉN sobre DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA; con lo demás que contiene, REFORMÁNDOLA la declararon INFUNDADA; e IMPROCEDENTE

1.3.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

¿Cuál es el tratamiento de aplicación que se da, a los criterios del cuarto pleno casatorio civil; sobre desalojo por ocupación precario, en los juzgados civiles del Distrito Judicial de Lambayeque?

1.4.- JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.

La presente Tesis la considero muy importante debido a que desde que se incorporó el precario 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 Mirna 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". 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.- OBJETIVOS

1.5.1.- Objetivos General

- Determinar cuál es el tratamiento de aplicación que se da, a los criterios del cuarto pleno casatorio civil; sobre desalojo por ocupación precaria, en los juzgados civiles del Distrito Judicial de Lambayeque.

1.5.2.- Objetivos 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 que puedan subsanar la deficiente legislación, así como aquellas imprecisiones del cuarto pleno casatorio.
- Evaluar el tratamiento de aplicación, en los diferentes juzgados nacionales del cuarto pleno casatorio; sobre desalojo por ocupación precaria.
- Orientar a los operadores del derecho a una correcta interpretación del cuarto pleno casatorio, con el fin de evitar dilaciones y desconfianza en el justiciable.

1.6.- HIPÓTESIS

Si, los criterios establecidos en el Cuarto Pleno Casatorio Civil, presentan deficiencias y estos además son vinculantes de manera horizontal y vertical para todos jueces civiles; entonces se está lesionando los derechos de los justiciables en los casos de desalojo por ocupación precaria en los juzgados civiles del Distrito Judicial de Lambayeque.

1.7.- VARIABLES

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

- Deficiencia de criterios establecidos en el Cuarto Pleno Casatorio Civil.
- Vinculación horizontal y vertical del Cuarto Pleno Casatorio Civil.

1.7.2.- Variable dependiente (efectos del problema)

- Problemas de resolución en los casos de desalojo por ocupación precaria.
- Criterios discordantes en juzgados civiles del Distrito Judicial de Lambayeque.

CAPITULO II
MARCO TEÓRICO
LA PROPIEDAD

2.1.- EVOLUCIÓN EN LA HISTORIA.

Por cuestiones metodológicas y de centrarnos 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 Pedro Bonifante, 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 Alessandri 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 Rojima 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 Eugenio Ramírez Cruz, nos da una visión global tanto en su aspecto filosófico, económico y jurídico.

2.2.1.- Historia.

Época 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 Atilio Svirichi 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 privada todo lo cual desembocó

finalmente en el reconocimiento de la propiedad privada en la Constitución de 1823 y de las subsiguientes Constituciones.

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.”

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 (Solís: 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.

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”

2.4.1.3.- Perspectiva metodológica.

Los enfoques metodológicos para definir a la propiedad pueden enfocarse desde 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 Alessandri: 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.
- 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 caracteres:

- i. Derecho Real: Según Gunther Gonzáles es un derecho de esta naturaleza 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): 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, primitivamente, 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 montañas.

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 nativas.
- b. **Regulación General (código civil):** 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 energética 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»

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».

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.

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 896º 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 896º 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.

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” .

La economía más antigua se basa preferentemente en el “ager públicus” (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.

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.

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 905º 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 911º).

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 1737º 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 896º ejerce de hecho uno o más poderes inherentes a la propiedad, enumerados en el Artículo 923º, 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, 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 ejercita, 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, Savigny 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.

3.7.- TIPOS

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

a) Posesión justa.

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.

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: 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.

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.

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 padres 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 romano.

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 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 hombres, 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 eslavos” .

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.

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, según expone Jörs Kunkel

Junto a la figura del “ager publicus”, 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 desenvolvió 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 publicus 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 –Padres- 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 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.

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 interviera 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 Musto 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 afluencia 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 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 mediato por haber sido quien le otorgo 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 Albaladejo, 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-Picazo 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 Díez-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 conductiva

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 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 CASATORIO CIVIL

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 plenario. 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° 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 otorgue 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 911º 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 911º 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 e 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 omnicomprendensiva 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 adquirente 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 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 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.

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 mediató 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.

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 bien, lo que incluye a los invasores, poseedores ad usucapionem en tránsito o consumada, o cualquier poseedor de hecho, como el que se 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 el 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, 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.

Analizando 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.

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 (leasing), 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".

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 adquiera 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 convenido

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 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.

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.

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.

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.

6.12.- 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 Rezzónico, 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".

6.12.1.- 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 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 Barandiarán, 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 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 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 1435º 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 1681º, 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 2019º 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 Pareja, 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).

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 real.

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 todos 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 1708º

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 2012º 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 inscripción

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 2013º 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

EL OCUPANTE PRECARIO 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.

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 tiempo. Eso no ocurre en el Perú.

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.

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°). 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.

CAPITULO VIII

MARCO METODOLÓGICO

8.1.- METODOLOGÍA

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.

8.1.1.- 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.

8.1.2.- Población

Distrito Judicial De Lambayeque (20 expedientes = 100%)

8.1.3.- Muestra

Juzgados civiles (03 expedientes)

1.- Expediente N° 3189-2015, de materia de desalojo por ocupación precaria; entre las partes:

Instituto de endoscopia Digestiva S.A.C, representado por Edilberto de la Cruz Puicón, contra don Augusto A. Aguirre Carrillo. Ante el sexto Juzgado Civil del Distrito Judicial de Lambayeque. tiene como finalidad que: i) El demandado le restituya la posesión del inmueble ubicado en la calle Torres Paz N° 764, de la Provincia de Chiclayo, Departamento

Lambayeque, debidamente desocupado; ii) El pago de las costas y costos procesales.

2.- Expediente registrado con N° 3597-2014-0-1706-JR-CI-03.

Entre OSCAR REYES RUFASTO, demandante, contra IDE HERRERA CABRERA. . Ante el tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Chiclayo del Distrito Judicial de Lambayeque Tiene como finalidad: Que es propietario, junto a su esposa Edy Mercedes Mestanza de Reyes, del inmueble de su domicilio ubicado en la Mz. J – Lt. 20 – Urb. La Florida – Chiclayo, según consta de escritura pública, debidamente registrada, en la Partida N° 11181579 de SUNARP.

3.- Expediente N°: 03133-2014-0-1706-JR-CI-04

Ante el 4° juzgado civil entre: Alberto Aniano tapia Díaz contra doña Clara Aurora Cruzado Seclen sobre desalojo por Ocupación Precaria. Que la demandada desocupe el bien ubicado en la calle César Vallejo N° 151 - Urbanización "Arturo Cabrejos Falla" - Abogados, por estar ocupando dicho bien sin contrato de alquiler al haber finalizado la relación de inquilino acción con arreglo al contrato de fecha 18 de diciembre del 2000.

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

Materiales

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

8.1.4.- Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Fichaje Bibliográfico

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.

CONCLUSIONES

- 1.- Se determinó que los Juzgados Civiles vienen acogiendo en su mayoría los criterios del Cuarto Pleno Casatorio; siendo que algunos de estos criterios son lesivos, para la parte demandante como es en aquellos casos en donde por falta de pago de alquiler no se resuelve el contrato y se tiene que primero cursar carta notarial, convirtiéndose al arrendatario en precario y obligando al demandante, a acudir a un proceso largo y tedioso que termina en la Corte Suprema.
- 2.- Del análisis de los criterios del artículo 911 del CC, estos son poco claros por lo que su interpretación llevo a que en los juzgados encontremos resoluciones con diferentes criterios por ello se tuvo que acudir a unificar criterios mediante el cuarto pleno casatorio que si bien fue un avance muy importante aún sigue generando discusión.
- 4.- Se evaluó que los juzgados vienen aplicando los criterios del cuarto pleno casatorio lesionando, ciertos derechos de muchos justiciables que ven como una pérdida de tiempo y de dinero en los órganos jurisdiccionales.
- 5.- Uno de los caminos más apropiados sería un nuevo pleno casatorio fijando de manera clara los criterios sobre desalojo por ocupación precaria.

RECOMENDACIONES

- 1.- Como resultado de mi trabajo de investigación, recomiendo que en virtud del artículo 400 del CPC, en cuanto a la generación del precedente judicial, se genere un nuevo pleno casatorio sobre desalojo por ocupación precaria básicamente para unificar criterios que aún siguen generando debate en el cuarto pleno casatorio. Que este es el mejor camino a seguir, para no tener que lesionar derechos de los justiciables y poder recuperar la confianza en el poder judicial.
- 2.- En cuanto a los magistrados integrantes de la Corte Suprema se recomienda, realicen un pleno casatorio vinculante de desalojo por ocupación precaria de mayor confiabilidad manteniendo una línea de unidad, asegurando una buena jurisprudencia como fuente del derecho.
- 3.- En cuanto a los abogados y la doctrina, se recomienda que deben ser los propulsores de estas hipótesis, que tienen por finalidad la unificación de criterios de desalojo por ocupación precaria, pues con la unicidad de nuestra jurisprudencia, se incrementa la predictibilidad en los fallos, se recupera la confianza del litigante y se tendría una mayor seguridad jurídica a nivel judicial.
- 4.- Se sugiere implementar medidas fundamentales como una urgente modificación legislativa del art. 911 del CC, o un nuevo pleno casatorio, ajustando algunos criterios del cuarto pleno casatorio que hoy vienen generando lesión de los derechos del justiciable que vienen peticionando desalojo por ocupación precaria.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. BECERRA SOSAYA, Marco A. en Revista Folio Real – Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial, Año 2, N° 6. Lima.
2. BERNARDO PÉREZ Y FERNANDO DEL CASTILLO. (1963) “Historia de la Escribanía en la Nueva España y el Notariado en México”. Universidad Nacional Autónoma de México.
3. CABRERA YDME, Edilberto, (2000) El Procedimiento Registral en el Perú, Lima, Editorial Palestra. 1ra. Edición.
4. CARIOTTA FERRARA, Luigi, (1956). “El Negocio Jurídico” Traducción de Manuel Albadejo, Madrid.
5. CAVERO HERRERA, Victorio, (1987). Derecho Registral y Notarial. Lima, 3ra Edición.
6. DIEZ PICAZO, (1978) “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial” Volúmen 2º, Madrid.
7. FERNÁNDEZ DÁVILA, (1996) Instituciones del Derecho Civil Peruano (Visión Histórica) Tomo III – Universidad Femenina del Sagrado Corazón UNIFE. Lima.
12. GARCÍA TOMA, Víctor, (2001) “Introducción a las ciencias jurídicas”, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, p. 214-215.
13. GOMEZ GOMEZ, Manuel, (1966) “En torno a la polémica ROCA-CARRETERO” Revista Crítica de Derecho Inmobiliaria, Número 453.
14. GONZÁLES BARRÓN, Ghunter (2001) Hernán, Estudio Preliminar del Sistema Registral Peruano y de las Recientes Modificaciones Reglamentarias, Lima, Jurista Editores. 1ra. Edición.
15. GONZÁLES BARRÓN, Ghunter, (2001) Estudios de la Nueva Legislación Sobre Predios Urbanos, Lima, Jurista Editores. 2da. Edición.
16. GUEVARA MANRIQUE, Ruben y OTRO, (1999) Derecho Registral. Editorial. Gráfica Horizonte. Lima 1999.
17. LA CRUZ – SANCHO, (1968) Rebullida, “Derecho Inmobiliario Registral” Barcelona.

18. MALLQUI LUZQUIÑOS, Manuel Alejandro. "El Oficio de Hipotecas en el Perú" Lima, Fuero Registral Año II – Número 3. 1ra. Edición.
19. MARTINEZ COCO, Elvira (2000) citado por "TEMAS DE DERECHO REGISTRAL", Tomo III. Superintendencia Nacional de los Registros Públicos – Palestra Editores S.R.L., Lima.
20. MENESES REYES, Everardo (2008) en Actualidad Jurídica N° 162, "La aventura que existe en la compra de un inmueble". Editorial Gaceta Jurídica. Lima.
21. MESSINEO, (1934) "Derecho Civil y Comercial", Tomo III, Buenos Aires, traducción de Sentis Melendez. p. 530.
22. MORALES GODO, Juan (2000) en "Temas de Derecho Registral" Superintendencia Nacional de los Registros Públicos – Impresión Palestra Editores S.R.L., Lima.
23. ROCA SASTRE, Ramón, (1995) "Derecho Hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral", Bosch Casa Editorial S.A.
24. RUBIO CORREA, Marcial, (2003) "El sistema jurídico. Introducción al derecho", 8° Edición, PUCP, Lima,
25. VILLARES PICO, Manuel, (1949) "La Inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de terceros", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Número 252.

OTRAS FUENTES:

1. CODIGO CIVIL, Editorial Jurista Editores E.I.R.L. Lima. Año 2005. 850 págs.
2. COLEGIO de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España. El Derecho Registral en la Jurisprudencia Comentada. Lima. Editorial Gaceta Jurídica. 1ra. Edición. 2005.
3. CONSTITUCION POLITICA DEL PERU, Editorial Mundi, Trujillo, Año 1997, 141 págs.
4. FOLIO REAL, Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial, Año II N°6, Lima, Palestra Editores. Octubre 2001.
5. FUERO REGISTRAL, Revista de Doctrina y Jurisprudencia Registral, Año X Número 6, Lima, SUNARP. Diciembre 2009.

6. FUERO REGISTRAL, Revista de Doctrina y Jurisprudencia Registral, Año II Número 3, Lima, SUNARP. Diciembre 2003.
7. FUERO REGISTRAL, Revista de Doctrina y Jurisprudencia Registral, Año II Número 4, Lima, SUNARP. Julio 2004.
8. FUERO REGISTRAL, Revista de Doctrina y Jurisprudencia Registral, Año IX Número 5, Lima, SUNARP. Setiembre 2009.

CITAS.

ⁱ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (1992). *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, 21^o Edición, Tomo II, pág. 1652.

ⁱⁱ Art. 911 del C. C.: *La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido.*

ⁱⁱⁱ "Artículo 400.- Precedente judicial La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial.

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente.

(...).

^{iv} Por todas, la Cas. N° 1667-97 establece que: "Cuando en el proceso de desalojo el demandante y el demandado acrediten tener título de propiedad sobre el bien materia de litigio, mientras no se elimine dicha incertidumbre, siguiendo el procedimiento idóneo que la ley prevé y que no es el proceso de desalojo, la parte emplazada no puede ser considerada como precaria".

^{iv} Artículo 1700°.- Vencido el plazo del contrato, si el arrendatario permanece en el uso del bien arrendado, no se entiende que hay renovación tácita, sino la continuación del arrendamiento, bajo sus mismas estipulaciones, hasta que el arrendador solicite su devolución, la cual puede pedir en cualquier momento.

^v Artículo 1704°.- Vencido el plazo del contrato o cursado el aviso de conclusión del arrendamiento, si el arrendatario no restituye el bien, el arrendador tiene derecho a exigir su devolución y a cobrar la penalidad convenida o, en su defecto, una prestación igual a la renta del período precedente, hasta su devolución efectiva. El cobro de cualquiera de ellas no importará la continuación del arrendamiento.