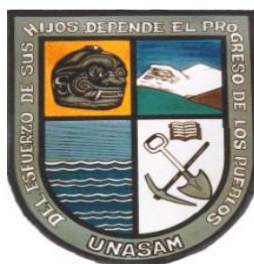


UNIVERSIDAD NACIONAL

“SANTIAGO ANTUNEZ DE MAYOLO”

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**LOS DERECHOS DE POSESION Y PROPIEDAD Y SUS
CONSECUENCIAS JURIDICAS A PARTIR DEL CUARTO**

PLENO CASATORIO CIVIL EN EL PERU

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado

AUTOR

Bach. FLORES MEDINA, Franklin

ASESOR:

Abog. Patricia Amalia Gamarra Benites

Huaraz-Ancash- Perú

2016

DEDICATORIA

A mi padre celestial, a mi madre, a mi esfuerzo y la de mi familia por haber sido el timón y fortaleza en mi realización profesional y personal.

AGRADECIMIENTO

A mis asesores a los docentes que siempre ayudaron a forjarme profesionalmente, a todas aquellas personas que han colaborado en la realización de la presente tesis en beneficio de la profesión.

MIEMBROS DEL JURADO

Dr. Wilfredo Camilo Montañez Avendaño

Presidente

Mag. Víctor Efraín Flores Leyva.

Secretario

Abog. Patricia Amalia Gamarra Benites

Vocal

INDICE

Dedicatoria	i
Agradecimiento	ii
Resumen	vi
Abstract	vii
Introducción	viii
EL PROBLEMA Y LA METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION	11
1.1.1. Descripción del problema	11
1.1.2. Formulación del problema	16
1.1.3. Problema general	16
1.1.4. Problemas específicos	16
1.2. Importancia de la investigación	17
1.3. Justificación y viabilidad	17
1.3.1. Justificación teórica	17
1.3.2. Justificación Práctica	18
1.3.3. Justificación legal	19
1.3.4. Justificación metodológica	19
1.3.5. Justificación técnica	19
1.3.6. Viabilidad	19
1.4. Formulación de objetivos	20
1.4.1. Objetivo general	20

1.5.2. Objetivos específicos	20
1.5. Hipótesis	20
1.5.1. Hipótesis general	20
1.5.2. Hipótesis específicas	20
1.6. Variables	21
1.6.1. Variable Independiente	21
1.6.2. Variable dependiente	21
MARCO TEORICO	22
2.1. Antecedentes	22
2.2. Bases teóricas	25
2.3. Definición de términos	47
RESULTADOS Y DISCUSION DE LA INVESTIGACION	48
3.1. Resultados doctrinarios	48
3.2. Resultados jurisprudenciales	48
3.3. Resultados normativos	53
VALIDACION DE LA HIPOTESIS	53
4.1. Validación de la hipótesis general	54
4.2. Contrastación de la hipótesis principal	54
4.3. Validación de las hipótesis específicas	55

CONCLUSIONES	57
RECOMENDACIONES	58
REFERENCIAS BIBLIOGRAFIAS	59

RESUMEN

La posesión tiene un tratamiento legal independiente al de la propiedad y que no sucedía en épocas anteriores cuando se confundían ambas figuras como dos términos con conceptos iguales. Por otro lado, personas que tenían derecho a la posesión, han visto afectado su derecho a lo largo de la historia, por intrusos que ejecutaban actos perturbatorios con el fin de despojar del bien a quien se encontraba poseyendo en él, por éstos hechos el Derecho se ha visto en la necesidad de regular mecanismos de defensa de la posesión existiendo dos vías una defensa extrajudicial y otra judicial, mencionando que la vía judicial más corta para recuperar la posesión de un bien, es la figura del desalojo.

El fundamento de la investigación radica en el hecho que una persona a fin de obtener un provecho económico celebra un contrato de arrendamiento para ceder su derecho a la posesión sobre un bien por determinado tiempo, obteniendo una renta mensual, uno de los problemas surge cuando vencido el plazo el arrendatario no quiere entregar el bien materia del contrato y el arrendador desea recuperar el bien, teniendo el derecho a solicitar la devolución del bien. Existe diversas posiciones respecto a ésta problemática, para algunos juristas el hecho de vencer el contrato y continuar en la posesión convierte al arrendatario en precario, otros juristas consideran que se convertirá en precario cuando el arrendador solicite la devolución del bien de forma extrajudicial (mediante carta notarial).

PALABRAS Derechos de posesión, derechos de propiedad, desalojo, poseedor precario.

ABSTRACT

The possession has a legal treatment independent of ownership and did not happen in earlier times when both images were confused as two terms with equal concepts. On the other hand, persons who had a right to possession, have been affected their right throughout history, by intruders who carried out disturbing acts in order to strip the property that was possessing in it, for these facts the right has been Seen in the need to regulate mechanisms for the defense of possession, there being two ways an extrajudicial and a judicial defense, mentioning that the shortest court to recover possession of property, is the figure of eviction.

The basis of my investigation lies in the fact that a person in order to obtain an economic profit celebrates a lease to give his right to possession over a good for a certain time, obtaining a monthly one, one of the problems arises when the term of the Contract the lender intends to recover the good, having the right to request the return of the good. There are several positions regarding this problem, for some lawyers the fact of winning the contract and continue in possession makes the tenant precarious, other jurists consider that will become precarious when the tiller requests the return of the property in an extrajudicial way (by notary letter).

KEYWORDS

Possessions Rights, property Rights, Eviction, Precarious occupant

INTRODUCCIÓN

El Cuarto Pleno casatorio civil ha ocasionado conflictos que se evidencian 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 demandaba desalojo por vencimiento de contrato. El sustento de nuestra investigación radica en el hecho que el 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.

El cuarto juzgado de paz letrado se declaró incompetente ciñéndose al cuarto pleno, argumentando que la pretensión demandada corresponde a un proceso de desalojo por ocupación precaria conforme lo ha señalado el precedente judicial del cuarto pleno casatorio, por ello consideró competente al juzgado civil, a quién remitió el expediente, Sin embargo, el juzgado civil señala que el demandante no ha interpuesto una demanda de desalojo por ocupación precaria y que no se puede pronunciarse sobre tal, porque vulneraría el principio de congruencia procesal, al resolver sobre una pretensión que no se ha invocado en la demanda, de esa forma, también declaró su incompetencia.

Estas son unas de las consecuencias que ha ocasionado el precedente judicial del Cuarto Pleno, el que está vulnerando principios procesales rectores como el de economía y celeridad procesal, afectando en gran manera al demandante, puesto que

su proceso se dilata, existiendo la posibilidad que a través del recurso de casación lleguen a la Corte suprema, incrementando la carga procesal de la Corte Suprema y juzgados civiles, creando grandes desventajas para el demandante. Con ello, nos surge el problema siguiente: *¿De qué manera la regla establecida como precedente judicial vinculante en el IV Pleno Casatorio Civil respecto al vencimiento de un contrato de arrendamiento de duración indeterminada, que lo califica como precario, aféctala tutela jurisdiccional efectiva del arrendador demandante?, planteándonos la hipótesis*

“La regla establecida como precedente judicial vinculante en el IV Pleno Casatorio Civil respecto al vencimiento de un contrato de arrendamiento de duración indeterminada, que lo califica como precario al poseedor arrendatario, afecta la tutela jurisdiccional efectiva del arrendador demandante toda vez que su proceso debe iniciarse necesariamente ante el Juzgado Civil y puede llegar hasta la Corte Suprema vía recurso de casación”.

Para que sea posible el trabajo de investigación, se empleó materiales de estudio como libros, artículos de revista, referentes a la tutela jurisdiccional efectiva, principios procesales de economía y celeridad, posesión, contrato de arrendamiento, desalojo y sobre comentarios al Cuarto Pleno Casatorio. Por último, debemos mencionar que han existido una limitación para el desarrollo de nuestra investigación, se trata de la carencia de investigaciones previas al desarrollo de la presente tesis, puesto que ha sido imposible contar con antecedentes de estudios que sirvan de referencia y orientación para el desarrollo de nuestra investigación.

CAPITULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION

1.7. Descripción del problema

El alto número de procesos judiciales de desalojo por ocupación precaria, constituye la mejor prueba de la importancia social que tienen los conflictos sobre la propiedad y la posesión en nuestro país. Por distintos problemas de orden socio-económico, la riqueza material del Perú, no necesariamente está configurada por medio de títulos de propiedad reconocidos y formalmente registrados; por el contrario, el mejor título lo constituye el disfrute del hombre sobre la tierra, que se riega con sudor y esfuerzo. Es más, un estudio económico reciente da cuenta que la población no percibe que el registro sea especialmente relevante para la seguridad jurídica, en comparación con el reconocimiento municipal, por ejemplo, que presupone la posesión de la finca¹. 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.

En efecto, la situación actual es claramente desesperanzadora, pues nadie sabe a ciencia cierta qué es un “ocupante precario”. No está delineado en la doctrina, ni en los Tribunales, ni siquiera en el sentido común de los particulares a quienes, finalmente, se dirige el ordenamiento civil. Buen ejemplo de ello son las constantes idas y venidas (un día se declara que una hipótesis es precaria y al día siguiente que

¹“La evidencia, entonces, no apoya la tesis del papel decisivo que jugaría la titulación registrada como llave para una serie de beneficios económicos y sociales. Y, en cuanto a la pregunta que se hace al iniciode esta sección, ¿cuán seguro es el derecho registrado?, la respuesta parecería ser que la seguridad es alta, pero que no se diferencia sustancialmente de la seguridad que otorgan los títulos no registrados u otros documentos, e incluso con los propietarios sin documento.

ya no), las incongruencias (el desalojo es acción posesoria, pero con la carga de probar el dominio) o la incertidumbre producida por esta peligrosa inseguridad jurídica (nadie sabe qué es precario).

Debemos recordar que 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 (art. 923 CC); mientras que la segunda necesita solo un proceso sumario que actúe la regla de posesión (art. 921 CC).

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 (art. 586 CPC). 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 serían también “propietarias”. Esta solución contraviene los artículos 921 y 923 CC.

En efecto, el concepto judicial dice que el precario puede ser un invasor o cualquier sujeto sin título, aunque posea en concepto de dueño (art. 911 CC). 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 título), pero 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 plenario²³. 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. De este modo se contraviene el principio de igualdad, que es uno de los cardinales del Derecho procesal.

La situación es alarmante, conforme el siguiente resumen:

- a) 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 de diciembre de 2007²⁴, o la N° 2165-2009-Lima, de 12 de noviembre de 2009²⁵; mientras otro grupo dice lo contrario, conforme la Casación N° 918-2002-Lima²⁶.
- b) 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 ejemplo, que basta cualquier acto jurídico, incluso nulo, para evitar la precariedad (Casación N° 1074-2004-La Libertad, de 24 de mayo de 2006, publicada el 04 de diciembre de 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 de junio de 2011²⁷.

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 de julio de 2004, publicada en el diario oficial el 31 de enero de 2005²⁸); pero otras lo niegan (Casación N° 1074-2004-La Libertad, de fecha 24 de mayo de

2006, publicada en el diario oficial el 04 de diciembre de 2006). En ambos casos, el debate se centró en un contrato de anticresis que constaba en instrumento privado, cuando el art. 1092 CC exige la escritura pública, bajo sanción de nulidad.

Las situaciones jurídicas consolidadas y definitivas requieren de procesos plenarios; mientras que las situaciones interinas se conforman con procesos sumarios, más breves y expeditivos; por tanto, la estructura técnica del desalojo calza perfectamente con la protección de la posesión.

Esta conclusión es reforzada por los artículos 585 y 586 CPC, en cuanto el desalojo permite la restitución, lo que implica que el demandado devuelve el bien al demandante, quien antes le había cedido voluntariamente la posesión. Por tanto, se trata de un instrumento de tutela de la posesión mediata, a efecto que el cedente obtenga la posesión directa por virtud de la devolución que deberá realizar el demandado. El art. 587 CPC ratifica esta conclusión: se necesita un acto de cesión de posesión entre demandante y demandado. Esa circunstancia solo se encuentra en la posesión mediata (art. 905 CC), cuya configuración ocurre cuando un sujeto entrega voluntariamente el bien a otro, en virtud de un título jurídico o social (contractual o extracontractual, según la doctrina alemana), de carácter temporal, por lo que el receptor queda obligado a su restitución.

Nadie discute que el concepto de precario solo tiene sentido en relación con la norma procesal⁴⁰, pues el desalojo es el cauce instrumental que sirve para

recuperar la posesión. Por tanto, la ley procesal complementa la norma civil, y no puede realizarse la construcción del concepto a partir del aislado art. 911 CC. En consecuencia, la norma procesal permite construir el desalojo como una acción posesoria especial, que protege la posesión mediata del demandante.

Si el desalojo es acción posesoria, entonces el demandante debe ser poseedor, ¿pero qué clase de poseedor? Si el actor es poseedor, y el demandado también lo es, pues se busca restituir la posesión que tiene el segundo a favor del primero, entonces la conclusión evidente es que ambas partes del proceso son poseedores, lo que solo puede ocurrir cuando uno es mediato y el otro mediato. Esta afirmación se ratifica con el término “restitución” que utiliza claramente los arts. 585, 586 y 587 CPC, que es la característica de la posesión mediata (art. 905 CC).

1.8. Formulación del problema

1.8.1. Problema general:

¿De qué manera el cuarto pleno casatorio civil afecta el ordenamiento jurídico sobre la tutela de derechos de la posesión y de la propiedad del arrendador en el Perú?

1.8.2. Problemas específicos

1. ¿Soluciona el pleno casatorio civil los problemas de desalojo de predios arrendados en casos de derechos de propiedad y de posesión?
2. ¿A raíz del cuarto pleno casatorio civil se debe modificar la normatividad sobre derechos de propiedad y de posesión sobre predios urbanos?

1.9. Importancia de la investigación

La presente tesis es importante en ella los sujetos intervinientes satisfacen sus expectativas patrimoniales de modo distinto, pero en la seguridad que la norma contempla las obligaciones a las que se somete y las sanciones inmediatas cuando incumplen dichas obligaciones.

En el presente caso se centra en la correcta regulación de los derechos de propiedad y de la posesión ya que hay una contradicción en cuanto a las defensas posesorias y defensas de la propiedad los cuales afectan el tráfico jurídico dentro de los contratos de arrendamiento.

En el Perú la mayor parte de inversiones e inmuebles se da en los contratos de arrendamiento.

1.10. Justificación y viabilidad

1.10.1. Justificación teórica

La posesión precaria ha sido regulada normativamente en el Derecho Civil peruano recién a partir de la entrada en vigencia del actual Código Civil, esto es, a partir del 14 de noviembre de 1984. Hasta entonces la posesión precaria, conocida como "ocupación precaria", se encontraba mencionada o aludida en los Códigos Adjetivos o Leyes procesales, como una causal que podía ser invocada en la acción de desahucio (hoy desalojo), iniciada con el objeto de lograr la restitución de predios. Pese a su antiguo origen, y ante la ausencia de una regulación especial en la norma sustantiva civil, la jurisprudencia, como es obvio, se trató de llenar ese vacío, estableciendo diversos conceptos sobre esta forma de poseer bienes. Dichos conceptos se fijaron dependiendo del caso concreto en que se expedía la decisión jurisprudencial.. Sin embargo, la disparidad en los pronunciamientos jurisprudenciales y su falta de homogeneidad en esta materia, no permitió que dicho vacío sea cubierto con éxito; por ello considero, a diferencia de lo expuesto por algunos juristas peruanos, entre ellos el Profesor Jorge Avendaño V., que la definición incorporada en el Art. 911 en el actual Código Civil, ha resultado positiva.

1.10.2. Justificación Práctica

La incorporación del concepto de posesión precaria en la norma positiva sustantiva ha sido defectuosa, pues debió regularse

normativamente una mayor precisión en lo referido a la posesión ilegítima, pues se ha llegado a confundir la naturaleza ilegítima de la posesión precaria, pretendiendo clasificarla en un rubro distinto, como ha sucedido en alguna jurisprudencia reciente, lo cual puede traer consigo un errado mensaje a la comunidad.

1.10.3. **Justificación legal.**

La presente tesis se fundamenta en las siguientes normas legales:

- La constitución política del Perú de 1993
- Ley universitaria N° 30220
- Estatuto de la UNASAM
- Reglamento general de la UNASAM
- Reglamento de la escuela de postgrado de la UNASAM

1.10.4. **Justificación metodológica**

Se aplicará la metodología de la investigación jurídica en cuanto al pleno casatorio llevado a cabo en Ucayali el año 2013. Al tipo de investigación, diseño, métodos de investigación, técnicas e instrumentos de recolección de datos, para lo cual se tomarán en cuenta las orientaciones de dicha metodología científica y jurídica.

1.10.5. **Justificación técnica**

El cuarto pleno casatorio civil afecta de manera negativa al ordenamiento jurídico porque intenta poner a las defensas posesorias de la propiedad y de la posesión al mismo nivel de protección procesal.

1.10.6. Viabilidad

Respecto a la viabilidad de la presente investigación, podemos afirmar que cuenta con la viabilidad tanto. Económica, bibliográfica, técnica y metodológica. Es decir, se cuenta con los recursos económicos para poder afrontar los gastos que ocasione el desarrollo de la presente investigación, los que serán cubiertos con recursos propios.

Existe información bibliográfica tanto en formato físico como en virtual y guarda relación con los principios constitucionales y civiles.

1.11. Formulación de objetivos

1.11.1. Objetivo general

Determinar de qué manera el cuarto pleno casatorio civil afecta el ordenamiento jurídico sobre la tutela de derechos de la posesión y de la propiedad del arrendador en el Perú

1.5.2. Objetivos específicos

1. Demostrar de qué manera soluciona el pleno casatorio civil los problemas de desalojo de predios arrendados en casos de derechos de propiedad y de posesión
2. Determinar si se debe modificar la normatividad sobre derechos de propiedad y de posesión sobre predios urbanos.

1.12. **Hipótesis General**

1.12.1. **Hipótesis general**

El Cuarto pleno casatorio civil afecta de manera negativa la regulación jurídica sobre la tutela de derechos de la posesión y de propiedad

1.12.2. **Hipótesis específicas**

1. El pleno casatorio civil soluciona los problemas de desalojo de predios arrendados en casos de derechos de propiedad y de posesión
2. A raíz del cuarto pleno casatorio civil se debe modificar la normatividad sobre derechos de propiedad y de posesión sobre predios urbanos

1.13. **Variables**

1.13.1. **Variable Independiente**

Consecuencias jurídicas del cuarto pleno casatorio

1.13.2. **Variable dependiente**

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

1.1. Antecedentes

El concepto Judicial dice que el precario puede ser un invasor o cualquier sujeto sin título, aunque posea en concepto de dueño. Esta tesis desarticula totalmente la ordenación jurídica de los derechos reales, basadas en la regla 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 por reivindicatoria o prescripción adquisitiva. Por tanto, la mayor incoherencia se encuentra en reconocer que el demandante pueda invocar la propiedad a su favor (mediante título), pero en ese caso se dice: **“TIENE EXPEDITA LA VIA PERTINENTE”**. Notase lo absurdo del argumento, pues uno si se vale del sumario para acreditar la propiedad; mientras el otro se le niega esa posibilidad y se le reenvía al plenario.²

Un grupo de sentencias se pueden usar como medio de referencia como se puede ver el siguiente problema:

- **AVENDAÑO VALDEZ, Jorge**. En el Derecho romano se entendía por precarium un contrato innominado realizado entre dos personas, una de las cuales, decidida por los ruegos de la otra, concedía a ésta el disfrute y la posesión gratuita de una cosa por un tiempo cuya duración debía terminar con la primera reclamación del concedente³.
- **DIEZ PICAZO, Luis**. En nuestro Derecho positivo, en forma similar a como ocurrió en las últimas fases del Derecho romano, el precario es una figura contractual independiente o autónoma (contrato de precario), que tiene por objeto la concesión del uso y disfrute de una cosa, generalmente inmueble, que se hace en forma gratuita y con la

² Casación N° 5656-2007-Lima, de 01 de diciembre del 2008

³ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. Derechos reales. Materiales de enseñanza para el estudio del Libro V del Código Civil en la Facultad de Derecho, PUC, segunda edición, 1990.

facultad de poner término a la situación contractual a voluntad del concedente⁴.

- **ALBALADEJO, Manuel.** Todo el que posee sin derecho está a expensas de que aquél a quien corresponde la posesión se la pueda reclamar, y obtener, en su caso, el correspondiente fallo judicial que obligue a entregársela. En este sentido se dice que la posesión que tiene el primero es precaria. Pero, además, más específicamente, se designa con este nombre a la posesión concedida a otro por alguien con reserva del derecho de revocarla a su voluntad⁵
- **MAX ARIAS-SCHREIBER PEZET,** por su parte, considera que la fuente de este artículo se encuentra en el numeral 2364 del Código Civil argentino, el que prescribe: "La posesión será viciosa cuando fuere de cosas muebles adquiridas por hurto, estelionato, o abuso de confianza; y siendo de inmuebles, cuando sea adquirida por violencia o clandestinamente; y siendo precaria, cuando se tuviese por un abuso de confianza"⁶.
- **AVENDAÑO VALDEZ, Jorge.** realiza una crítica interesante cuando afirma: "...la posesión precaria es entonces la que se concede a otro con reserva del derecho de revocarla a voluntad. En este orden de

⁴DIEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil patrimonial 111, Las relaciones jurídico-reales, el Registro de la Propiedad, la posesión, Editorial Civitas, Madrid, España, cuarta edición, 1995

⁵ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil 111, Derecho de bienes, volumen primero, Parte general y Derecho de propiedad, José María Bosch Editor S.A., octava edición, Barcelona, España, 1994

⁶ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil Peruano de 1984, Los derechos reales, tomo IV, Librería Studium S.A., primera edición, Lima, 1991

ideas, la posesión precaria parecería ser la posesión inmediata: lo que ocurre es que en aquellos sistemas posesionarios inspirados por la doctrina de Savigny, el tenedor o detentador no es verdadero poseedor porque carece de animus domini... El concepto de poseedor precario no tiene cabida sin embargo en los regímenes posesorios inspirados por Ihering. En efecto, el poseedor inmediato, a pesar de su temporalidad y aun cuando reconoce un propietario, es verdadero poseedor porque ejerce de hecho poderes inherentes a la propiedad. No hay entonces precariedad sino posesión legítima. El Código en el artículo bajo comentario se refiere evidentemente a la posesión ilegítima. No alude a la posesión temporal del inmediato porque en este último caso hay un título en virtud del cual se ejercita de hecho algún poder inherente a la propiedad, mientras que en el artículo 911 hay referencia expresa a la falta de título o en todo caso a su extinción⁷.

- **EUGENIO CASTAÑEDA, Jorge.** se pronunció cuando aún estaba vigente el Código Civil de 1936 en el sentido de que "el detentador o poseedor por cuenta de otro es, dentro de nuestro derecho, el poseedor inmediato. También se le llama precario"⁸.

1.2. BASES TEÓRICAS

⁷AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. Derechos reales. Materiales de enseñanza para el estudio del Libro V del Código Civil en la Facultad de Derecho, PUC, segunda edición, 1990

⁸CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Instituciones de Derecho Civil. Los derechos reales, tomo 1, cuarta edición, Lima, 1973

I. PLENO CIVIL

El pleno civil es una modalidad de precedente vinculante que se incorporó en nuestro ordenamiento jurídico con el código procesal civil de 1993 y cuya función es concordar la actividad de los tribunales inferiores mediante una regla jurisprudencial que ponga fin a las incertidumbres jurídicas. La ventaja de esta regla es que nace como fruto del razonamiento y la argumentación por lo cual en teoría llevará a conclusiones racionales y razonables, dentro del eterno marco de la polémica o debate. En buena cuenta mientras la ley privilegia el mandato de autoridad, muchas veces sin saber el fundamento o finalidad; por el contrario, en el precedente se otorga primacía al argumento razonado.

Esta figura se entronca con la idea, hoy indiscutible, de que la jurisprudencia se encuentra en plano superior a la propia legislación.

El ingreso de los plenos en nuestro sistema auguraba una reforma beneficiosa en el ámbito de aplicación del derecho, sin embargo, la verdad es que hasta el momento los resultados han sido modestos en cuanto a su incidencia en la práctica jurídica, y criticables en cuanto al contenido intrínseco de las decisiones.

Ejemplo el primer pleno es altamente cuestionable pues identifica una transacción extrajudicial con otra judicial. El segundo no resuelve las cuestiones trascendentes de la usucapión y se limita a reconocer que la posesión puede llevar a una adquisición compartida

de la propiedad. El tercero está referido a la indemnización en el divorcio por separación de hecho, lo que ha terminado desprotegiendo a las víctimas pues si el juez fija oficiosamente un resarcimiento, sin prueba, por lo cual el monto normalmente establecido resulta ínfimo. El cuarto sobre el precario ha significado que la corte suprema ratifique su doctrina tradicional, sin resolver problemas anteriores, pero creando otros nuevos.

En suma, los plenos no han cumplido por lo menos hasta el momento ninguna de sus funciones, pues el máximo tribunal no ha logrado liderar corrientes jurídicas novedosas ni ha influido en la doctrina pues los debates jurídicos sempiternos se mantienen sin perjuicio que las decisiones y sus fundamentos han sido fuertemente criticadas y el cuarto pleno no es la excepción.

- **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 el art. 911 del código civil, para garantizar al sujeto a quien corresponde dicho derecho a ejercer el pleno disfrute del mismo, independientemente si es propietario o no.
4. Establecer conforme al artículo 586 del código procesal civil que el sujeto que goza legitimación para obrar activa, no solo puede ser propietario sino también 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:

- Los casos de resolución extra judicial 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.
- Será caso de título fenecido cuando se presente el supuesto previsto por el artículo 1704 del código civil, puesto que el requerimiento de la devolución de 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. Dad esta condición recién se puede asumir que el poseedor ha pasado a constituirse en poseedor precario por fenecimiento de su título.
- 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 hubiere comprometido a respetarlo conforme a lo dispuesto por el artículo 1708 del código civil.

- Cuando el demandado afirme haber realizado edificaciones o modificaciones sobre predio materia de desalojo, sea de buena o de 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 que considere permanente.

6. En todos los casos descritos el juez del proceso no podrá expedir una sentencia inhibitoria, sino que deberá 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 al 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.

Desde el antiguo existe confusión en la jurisprudencia respecto a la definición de poseedor precario pero ello se agudiza porque no existe

claridad en la naturaleza del proceso de desalojo pues si bien se le considera acción posesoria, sin embargo se exige que el demandante acredite título de propiedad o título de derecho real, por lo que finalmente se termina convirtiéndola en acción de carácter real⁹.

Recordemos *la acción real exige que el demandante pruebe la titularidad del derecho mientras la posesoria exige que el actor sea poseedor (mediato) o poseedor despojado.*

No obstante el pleno ha privilegiado el criterio literal de artículo 911 del código civil para construir la noción de precario como poseedor sin título a todo aquel que caree de causa justificativa para mantenerse en el bien¹⁰. Lo que incluye a los invasores, poseedores en tránsito o consumada o cualquier poseedor de hecho, como el que se encuentra en ocupación por virtud del 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

⁹ El proceso de desalojo por ocupante precario es una acción principal inmobiliaria, posesoria personal y de contenido real que tiene por finalidad próxima el lanzamiento del demandado y consiguiente desalojo de personas y enseres, y como fin remoto la recuperación por arte del propietario de la posesión natural del bien objeto de Litis, en consecuencia en el proceso de desalojo por ocupante precario corresponderá al titular de la acción acreditar su condición de propietario con la presentación del título respectivo que lo avale como tal y que la posesión que ejerza el demandado no provenga de título alguno o el que tenía había fenecido. *Casación N°3471-2010-Tacna, del 14 de marzo del 2011 y publicada en el diario oficial el peruano el 01 de agosto del 2011.*

¹⁰ 54. La figura de precario se va a presentar cuando se esté poseyendo sin título alguno eso es sin la presencia y acreditación de ningún acto o hecho que justifique el derecho al disfrute del derecho a poseer.se engloba al servidor de la posesión, a quien el poseedor real le encarga el cuidado de un bien esto es por un acto de mera liberalidad y con carácter gratuito, y que si no se atiende el requerimiento del titular para la devolución del bien devendrá en precario.

55. que el título que ostente el demandado haya fenecido, sin precisar los motivos de tal fenecimiento.

si el arrendador vende el bien a un tercero, o los compradores luego de una dudosa resolución extrajudicial del contrato entre otros.

La invocación de la propiedad es acción real y la de la posesión es acción posesoria. Esa claridad se ha perdido.

La doctrina nacional insiste en catalogar el desalojo como una acción posesoria a pesar de admitir que el actor debe acreditar la propiedad.¹¹

Primero: se dice que el desalojo solo discute el derecho a la posesión y no la propiedad por lo que se deduce que es acción posesoria, sin embargo, ese derecho a la posesión necesita la prueba de la propiedad (acuerdo 59 del cuarto pleno) por tanto lo que se discute es en realidad la propiedad.

Segundo: esa supuesta acción posesoria en la que sin embargo se necesita probar la propiedad es concedida a no poseedor esto simplemente no se entiende.

Tercero: se dice que el derecho posesorio debe ser de rápida probanza cuando en realidad la prueba versa sobre propiedad, y esa circunstancia exige un proceso plenario y no sumario.

- ***Título fenecido según el curso del cuarto pleno:*** el pleno ha entendido que ese vocablo incluye los siguientes casos:

¹¹ El pleno casatorio reconoce que el desalojo por precario es una acción en el que en la vía sumarísima se controvierte el derecho a la posesión del bien que está en posesión del demandado; deja claro que en este caso el derecho en disputa no será la propiedad sino el derecho a poseer; esto resulta relevante pues el debate y la prueba de la propiedad del derecho posesorio que invocan las partes debe ser directo y de rápida probanza.

- **Contratos con plazos vencidos:** según el pleno si luego del vencimiento se requiere la devolución del bien, entonces se produce el fenecimiento del título, por lo cual el arrendatario pasa a ser precario. Sin embargo, tal conclusión es errada si tenemos en cuenta lo siguiente: el D.L. 709 liberalizó los arrendamientos de predios urbanos por cuya virtud los contratos celebrados a partir de su vigencia se registrarán exclusivamente por el código civil; asimismo estableció unas reglas procesales específicas para el desalojo en caso de vencimiento de contrato. **LAMA MORE** quien asimila los arrendamientos vencidos con la precariedad, pero desafortunadamente la corte ha seguido su posición. Por lo demás la solución normativa expresada en el D.L. 709 es correcta pues el vencimiento del plazo contractual no produce el fenecimiento de título. Por tanto, si el arrendatario no cumple con restituir el bien entonces el contrato se mantiene con fines de liquidarlo lo cual significa que el arrendatario sigue obligado a devolver el bien, a pagar la penalidad o la misma renta; y todo ello por efecto directo de la relación jurídica nacida del contrato. Por el contrario, si el contrato hubiese fenecido según **LAMA MORE** entonces resultaría imposible el cobro de la cláusula penal, o de la renta pues el negocio en donde aquella consta estaría extinto y fuera del mundo jurídico. En tal caso el artículo 1700 concordante con el artículo 1704 sería una curiosidad jurídica, casi un absurdo, pero no lo es.

- **Contratos de arrendamientos con plazo aún vigente, no obstante, lo cual, el arrendador vende o enajena el bien a un tercero.** Este puede desconocer el contrato de arrendamiento que no se encuentra inscrito en registro, el pleno a catalogado a este arrendatario como precario; sin embargo, si la corte suprema a asume la interpretación literal del art. 911 del código civil, entonces ¿Cómo puede decirse que un inquilino con contrato vigente sufra de título fenecido? Si se considera que el nuevo propietario es un tercero ajeno al contrato de arrendamiento entonces él no puede dar por concluido un contrato en el que no es parte, pues los contratos solo vinculan entre las partes y sus herederos. (artículo 1363 código civil). Por tanto, el nuevo dueño no puede instar el desalojo por precario pues el demandado tiene título vigente, y solo le quedaría procurarse la posesión del bien a través de la reivindicatoria. Por el contrario, se asume que entra en cesión de posición contractual si podría concluir el contrato (predios no inscritos).

La posesión precaria no es la posesión inmediata a que se refiere el artículo 905 del Código Civil, por cuanto ésta implica la existencia de un título, mientras que aquella no o en el mejor de los casos el título que se tenía ha fenecido, esto es, que, si alguien recibe la posesión de un bien por ejemplo en virtud de un contrato de arrendamiento, se le reputará poseedor inmediato por la existencia del título que le permite usarlo. Si el

indicado título llegara a desaparecer, luego al poseedor del bien (ex arrendatario) no podría seguirse considerando como poseedor inmediato, sino que pasaría a convertirse en poseedor precario.

La palabra "título" está referida al acto jurídico del que deriva la posesión, es decir, la posesión será inmediata si está amparada como hemos visto en un contrato de arrendamiento o en un contrato de usufructo, etc., que vendría a ser la causa de la adquisición del derecho; no obstante, la posesión precaria carece de título, ya sea porque nunca se tuvo o porque se extinguió el que se tenía; con lo cual se infiere que la posesión precaria es igual a posesión ilegítima.

Hay jurisprudencia que señala diferencia entre la posesión ilegítima y la posesión precaria, diciendo que esta se ejerce sin título alguno y en la que por consiguiente no existe siquiera un título inválido que justifique la posesión, mientras que aquella está sustentada en un título, aunque inválido. Opinamos que la distinción en la forma planteada no es tal, es decir, que cuando el artículo 906 del Código Civil trata del vicio que invalida el título del poseedor, significa que es un vicio de nulidad y no de anulabilidad, porque en esta última circunstancia la posesión tiene el carácter de legítima.

El título nulo es uno de los supuestos de la posesión ilegítima en el artículo 2355 del Código Civil argentino: "La posesión será ilegítima cuando se tenga sin título, o por un título nulo, o fuere adquirida por un

modo insuficiente para adquirir derechos reales, o cuando se adquiriera del que no tenía derecho a poseer la cosa, o no lo tenía para transmitirla".

Lo que pretendemos sostener es que del modo como se encuentra regulada la posesión ilegítima en el Código Civil, no existe diferencia entre esta y la posesión precaria, puesto que si el fundamento de la ilegitimidad es la invalidez (nulidad) del título, forzoso es colegir que la posesión precaria (ejercida sin título alguno), es una categoría del mismo valor que la posesión ilegítima. Da lo mismo decir que la posesión es ilegítima en razón de que el título que se tiene es nulo, como afirmar que la posesión es precaria porque no se tiene un título (ya sea que nunca se haya tenido o se apoye asimismo en un título nulo).

Es pacífica la apreciación de que un acto jurídico nulo no produce ipso iure ningún efecto, y que no requiere en ese sentido de declaración judicial, salvo que, como refiere Freddy Escobar Rozas, a las partes o a ciertos terceros les interese que el juez reconozca, mediante una sentencia meramente declaratoria, que el negocio es nulo.

En todo caso, puede aceptarse como distinción entre la posesión precaria y la posesión ilegítima que uno de los supuestos de esta última sea la existencia de título válido, pero otorgado por quien no tenía derecho, como sugiere el artículo 2355 del Código Civil argentino.

La posesión precaria es posesión viciosa, es decir, cuando la posesión se ha conseguido mediante la violencia, v.gr. la usurpación de un inmueble, o clandestinamente o por abuso de confianza. Esta posesión es regulada por el artículo 2364 del Código Civil argentino y se deduce de una interpretación en contrario del artículo 1200 del Código Civil del Brasil: "La posesión es justa si no fuere violenta, clandestina o precaria". Esto implica que tanto el Código argentino como el brasileño, reconocen a la posesión precaria como una de las causas de la posesión viciosa. Por su lado, el Código Civil peruano determina que la posesión precaria no es solo aquella que se ejerce sin título alguno (aquí estarían comprendidas las situaciones de violencia y clandestinidad), sino que también se da cuando el poseedor inmediato (arrendatario, usuario, usufructuario, superficiario, comodatario, etc.) pierde el título que tenía, por el que se encontraba poseyendo temporalmente un bien, y se niega a devolverlo (abuso de confianza).

Para Luis Díez-Picazo, la violencia a efectos de la posesión ha de entenderse como el uso de la fuerza física en el sentido de fuerza irresistible o coacción. Añade que es dudoso, en cambio, si puede considerarse violenta la posesión afectada por intimidación o amenaza, aunque la interpretación extensiva parezca la más razonable.

Del mismo modo, para este autor una posesión presenta el vicio de la clandestinidad cuando su adquisición ha sido llevada a cabo ocultamente y sin conocimiento del anterior poseedor.

El poseedor precario ante el requerimiento o demanda judicial para la restitución del bien no puede oponer interdicto de retener, ni deducir interdicto de recobrar luego de la ejecución de la sentencia de desalojo, pero si aquel que tiene derecho a la posesión ignora la vía legal establecida para la restitución y trata de privar de la posesión al precario, este tendría como cualquier poseedor derecho de interponer interdicto de retener o recobrar, según el caso. Inclusive, si el precario ha sido desposeído como consecuencia de la ejecución de una orden judicial expedida en un proceso en que no ha sido emplazado o citado, puede interponer interdicto de recobrar, al amparo del artículo 605 del Código Procesal Civil. Es más, como poseedor, el precario podría hacer uso de la llamada defensa privada o extrajudicial de la posesión a que se refiere el artículo 920 del Código Procesal Civil.

Como expresa Jorge Eugenio Castañeda: "En general toda posesión es protegida. Solo no gozan de ella los servidores de la posesión"; figura de origen alemán, que es acogida por el artículo 897 del Código Civil y por el artículo 588 del Código Procesal Civil.

No solo a través del desalojo se puede obtener la restitución de la posesión de un bien que tiene alguien en concepto de precario, sino que,

como señala la parte final del artículo 665 del Código Civil, la acción reivindicatoria de bienes hereditarios procede también contra quien los posea sin título y agregaremos que procede en general la restitución a través de la acción reivindicatoria que dirige el propietario no poseedor contra el poseedor no propietario.

LA POSESION

Etimología

Deriva de la voz latina “*possidendi*” a la vez compuesta del término “cederé” y del prefijo de fuerza “pos”, y significa sentarse, o establecerse, o estar establecido, y sirve para designar una íntima relación física entre una persona y una cosa, que otorga aquella la posibilidad de utilizar el bien con exclusividad¹².

Definición

La posesión es el derecho real que establece una relación directa e inmediata de dominación exclusiva (uso y goce, o sea aprovechamiento económico) entre una persona y un bien, con autonomía y prescindencia

¹² Palacios Paiva, M. (2008). *El Ocupante Precario*. LIMA: JURÍSTAS EDITORES 2DA ED.

de la titularidad (derecho) a ella es un derecho de carácter provisional esta es la posesión de hecho aquella que carece de un título justificativo¹³.

La posesión viene hacer un derecho real consistente en un poder físico, de hecho, ejercido sobre un bien para el fin de su utilización económica, vale decir, para satisfacer una necesidad económica¹⁴.

La posesión es la actuación del sujeto que denota un control autónomo y voluntario sobre algún bien, destinado a tenerlo para si con relativa permanencia o estabilidad, y cuya finalidad es el uso y disfrute, aunque sea en modo potencial¹⁵. La posesión es un derecho real, es el poder físico de hecho que tiene el sujeto para ejercer el dominio sobre las cosas, de usar, gozar y disfrutar del bien de manera inmediata, y que puede ser de carácter provisional o permanente, con autonomía y que prescinde de la titularidad del bien, la propiedad.

Origen dela posesión

La etimología de la palabra posesión es incierta no lo es menos el origen de la institución, por lo menos hasta hoy no existe una posición uniforme, esto se debe a su carácter voluble el mismo JHERING la llamaba la institución molusco, blanda y flexible decía como el molusco, no opone a las ideas que se quiere introducir en ella, la misma resistencia enérgica

¹³ Ramírez Cruz, E. (2004). *Tratado de los Derechos Reales*. LIMA: RODHAS 2DA ED.

¹⁴ Palacios, G. (2004). *Manual de Derecho Civil*. LIMA: HUALLAGA 4TA ED.

¹⁵ Gonzales, G. (2011). *La Posesión Precaria*. LIMA: JURÍSTAS EDITORES.

que las instituciones vaciadas en moldes de forma rígidas como la propiedad y la obligación, concluyendo que podríamos llamarla el juguete que el hada del derecho a puesto en la cuna de la doctrina para ayudarle a descansar divertirlo de su ruda labor, es una figura de caucho a la cual puede darse las formas que se quiera.

La posesión en el derecho Civil Peruano

En el código del 36 tuvo influencia del código alemán, argentino y brasileño legislo primero a la posesión y luego a la propiedad en su artículo 842 establecía es poseedor el que ejerce de hecho los poderes inherentes a la propiedad o uno o más de ellos, constituye un vuelco total con relación a su predecesor.

En la más pura tradición objetiva de JHERING prescinde hacer referencia al elemento subjetivo (*animus*). En la doctrina se suele sintetizar algunas relaciones: la posesión si es protegida es porque crea una presunción de propiedad lo que diferencia a la posesión de la propiedad.

La propiedad se basa en un título legalista revestida de la sanción de la ley mientras que la posesión no. El poseedor no tiene facultad de disposición, en cambio el propietario si la tiene porque la propiedad es la utilización de los valores de uso y de cambio de los bienes, la posesión solo es del valor de uso y disfrute de los bienes, pero no faculta a disponerlos. **Naturaleza jurídica de la posesión**

La polémica sobre la posesión si es un hecho o un derecho alrededor de ella han intervenido los más grandes juristas a través de la historia la misma

debe considerarse superada, en el derecho romano la posesión es el hecho y la propiedad el derecho en el derecho romano la posesión es el hecho y la propiedad el derecho estando separadas al mismo tiempo son las dos caras de una misma moneda por eso no extraña que, en la elaboración los jurisconsultos, la posesión aparece como un complemento en determinados supuestos de la propiedad. La posesión ha sido vista como mero hecho; como un hecho y un derecho a la vez y finalmente como un derecho.

Manifiesto que la posesión es un hecho y a la vez es un derecho, ya que el poseedor ejerce el poder de goce, disfrute y aprovechamiento económico de los bienes de manera autónoma. Y que goza de la presunción de dueño hasta que no se demuestre lo contrario.

Teorías

Teoría subjetiva de savigny

Manifiesta que SAVIGNY sostiene que la posesión es un poder físico que se ejerce sobre una cosa, con el ánimo de conducirse como propietario, requiere de dos elementos: *el corpus* elemento material y el *animus* elemento intencional que hace de que el sujeto se convierta de mero detentador, en poseedor.

Para SAVIGNY se caracteriza por una voluntad especial, distinta de la general que debe existir en todos los actos jurídicos. Es algo así como una orientación de la voluntad o de la intención en el sentido de poseer la cosa para determinados fines, a la manera como sucede con el dolo en los hechos ilícitos. Lo mismo sucede en los actos jurídicos, no son solamente voluntarios lícitos, sino que en ellos la voluntad se encamina en un propósito determinado ya que tiende a producir una modificación en el estado jurídico de las personas para ser poseedor se necesita que la voluntad general, propia a toda persona que crea una relación de derecho con la cosa, lleve aparejada al mismo tiempo la intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad. Es decir, se necesita el ánimo de dueño, utilizando a efecto la frase de la ley romana *el animus domine el precario no tiene tal voluntad*¹⁶.

Teoría objetiva de Jhering

Sostenida por JHERING quien descarta el elemento intencional el “animus” solo se precisa el corpus y, existe este cuando el propietario se conduce frente a la cosa como si fuera su propietario todo el que tiene contacto con la cosa debe ser amparada por la ley, con prescindencia de su intencionalidad. HERING combate frontalmente la noción savigniana de entender el corpus como un puro poder factico sobre la cosa el error

¹⁶ Palacios Paiva, M. (2008). *El Ocupante Precario*. LIMA: JURÍSTAS EDITORES 2DA ED.

fundamental de SAVIGNY consiste respecto su ilustre refutador en que identifica la noción de la cosa con la del poder físico sobre la cosa, sin advertir que esta última no es más que una verdad relativa y limitada, por la que llega a constreñirla, de tal suerte, que pierde al fin toda la verdad y queda reducida a ser la negación de sí misma para fundamentar este postulado nuevamente JHIERING recurre a la identificación de la posesión con la propiedad, el interés de la propiedad se opone a que se limite la noción de la posesión a la tenencia física de la cosa. **La posesión como derecho real**

La posesión sea hoy un indiscutible derecho real se prueba en otros extremos: en la superficie, en el acreedor prendario (todos ellos derechos reales), en fin, el arrendatario (derecho personal). Es el elemento anterior, primario, sin ello estos no podrían existir la posesión es el género y los demás derechos son la especie.

La posesión es un derecho y un derecho real, además, tal vez el más real de los derechos

pero es igualmente un derecho autónomo de la propiedad¹⁷. Decimos que la posesión es un derecho real, de manera que existe un aprovechamiento económico del bien, el poseedor goza y disfruta del bien de manera autónoma, de tal manera que se puede ver en los contratos de superficie y en el arrendamiento derecho personal, etc. los cuales son derechos reales.

¹⁷ Ramírez Cruz, E. (2004). *Tratado de los Derechos Reales*. LIMA: RODHAS 2DA ED.

Posesión y servidor de la posesión

Servidor de la posesión

Según GONZALES BARRÓN, el art. 897 CC. Señala no es poseedor quien, encontrándose en relación de dependencia respecto a otro, conserva la posesión en nombre de este y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas. En este caso el servidor de la posesión ejerce el control del bien, pero no es poseedor le falta autonomía, en consecuencia, no le corresponde la tutela posesoria¹⁸. Para WOLFF, citado por el autor RAMÍREZ CRUZ, afirma, lo que diferencia al poseedor de los demás no poseedores es que, al igual que el poseedor- tiene el camino libre para ejercitar el auto tutela o defensa extrajudicial del bien del poseedor amenazado por extraños, lo cual es absolutamente lógico, pues mantiene y conserva la posesión de él, pero a su vez se diferencia de este en que carece de tutela jurisdiccional no goza de las acciones e interdictos posesorios. El servidor de la posesión, es el que se encuentra ejerciendo la posesión en nombre de otro, de tal manera que al encontrándose en relación de dependencia, puede ejercer la defensa extrajudicial del bien en nombre del poseedor cuando está siendo amenazado; pero no goza de las acciones de interdictos.

Teoría de la detentación

¹⁸ Gonzales, G. (2013). *Tratado de los Derechos Reales*. LIMA: JURÍSTAS EDITORES 3RA ED.

Según, GONZALES BARRÓN, en buena cuenta el poseedor tiene a su favor los remedios de protección posesoria pero el detentador no. Así, la detentación se define como el contacto físico voluntario del hombre sobre la cosa, pero que no llega a configurar una situación posesoria, ni le confiere la protección asignada a esta. (Gonzales, Tratado de los Derechos Reales, 2013)

9. Elementos de la relación posesoria

Según RAMÍREZ CRUZ, en general pueden poseer tanto las personas naturales el hombre como las personas jurídicas o civiles sean estas últimas de derecho público o privado, interno o externo

Posesión en nombre propio

Para RAMÍREZ CRUZ, todo menor tiene capacidad de goce por el hecho de ser un ser vivo. La capacidad de ejercicio que es la que nos interesa se adquiere a los 18 años art. 42 del CC. Por consiguiente, no podrán poseer directa ni indirectamente las personas absolutamente incapaces, la regla general no obstante admite excepciones así el menor capaz de discernimiento puede aceptar donaciones, legados y herencias voluntarias. **Posesión para otra posesión en nombre ajeno**

Como explica RAMÍREZ CRUZ, es aquella a favor de los incapaces, es preciso que el adquirente de la posesión manifieste que lo hace a nombre del incapaz. La representación voluntaria se aplica la teoría del mandato, aquí el mandatario debe adquirir la posesión del bien en nombre del mandante. Decimos que pueden poseer todas las personas que tengan

capacidad, también ejercen la posesión los incapaces a través de sus representantes que actúan en nombre de estas, y las personas jurídicas de derecho público o privado.

La coposesión

Definición

Según RAMÍREZ CRUZ, la noción de la coposesión es absolutamente clara hay coposesión cuando varios sujetos dos o más personas ubicados en un mismo rango poseen conjuntamente en común un mismo bien (cosa o derecho) Hay coposesión cuando dos o más personas poseen de manera común un mismo bien, ejerciendo sobre este igual derecho de manera conjunta al momento de tomar decisiones con respecto al bien.

La cuasi posesión o posesión de derechos

Para RAMÍREZ CRUZ, la cuasi posesión consiste en el ejercicio de la posesión, de los derechos. Y por eso mismo es conocida como *possesio iuris*. Es una elaboración fundamentalmente del derecho moderno, el derecho romano no la reconoció. En la doctrina se habla de una posesión unitaria y de una posesión dualista para, la primera solo existe posesión de derecho cuando se habla de posesión de una cosa, en realidad lo que se posee es el derecho de propiedad sobre la misma. En la segunda el objeto principal de la posesión son las cosas y, como figura diferenciada, la posesión de derechos esta última es la que adopta el código civil español y es también la que sigue nuestro código.

Clases de posesión

Posesión mediata y posesión inmediata

Según GONZALES BARRÓN, el reconocimiento legal de la posesión mediata tiene como fundamento la existencia de un estado posesorio superior no de carácter espiritual o ficticio, sino fundado en las circunstancias que la posesión permite la actuación de diversas facultades o funciones entre ella aprovechar los frutos o conservar la cosa por persona interpuesta, lo que también denota posesión. Por otro lado, el poder del poseedor inmediato es de carácter “derivado” deriva de quien le entrego el bien.¹⁹

Para VÁSQUEZ RÍOS La posesión inmediata es aquella que se ejerce actual y temporalmente, mediante un acto derivativo que le atribuye al poseedor inmediato una determinada condición jurídica. La posesión mediata es aquella relación espiritualizada algunos tratadistas como MARTIN WOLFF, la denomina posesión fingida que se revela en el acto derivativo en virtud del cual, el poseedor mediato confiere al poseedor inmediato, una condición jurídica expresada en un título, la doctrina suele denominar al poseedor mediato, con los nombres de poseedor superior o poseedor originario y al poseedor inmediato como sub poseedor o poseedor subordinado o derivado²⁰. Como explica RAMÍREZ CRUZ la posesión inmediata se funda en un título, esto autoriza al poseedor a

¹⁹ Gonzales, G. (2009). *Actualidad Jurídica*. LIMA: GACETA JURÍDICA. 74

²⁰ Vásques Ríos, A. (2009). *Los Derechos Reales*. LIMA: SAN MARCOS 3RA ED.

conservar y disfrutar el bien ajeno. De lo cual se infiere que el poseedor mediato es el que tiene una pretensión válida de entrega que le permitirá recuperar el bien (la posesión inmediata) en un momento oportuno. Decimos que la posesión mediata, es la que se produce cuando este le cede la posesión a otro sujeto, que entra en posesión del bien, a quien se denomina poseedor inmediato, en la cual el poseedor mediato es el que entrega el bien mediante título al poseedor inmediato para que la conserve y disfrute del mismo. Y que está obligado a devolver el bien al poseedor mediato.

Posesión legítima y posesión ilegítima

Posesión legítima

Según VÁSQUEZ RÍOS, la posesión es legítima cuando existe correspondencia neta (unívoca, o sea, no equívoca) entre el poder ejercitado y el derecho alegado. Para GONZALES BARRÓN, la posesión legítima no merece mayores comentarios, por ser aquella fundada en un derecho o en un “título” como dice ambiguamente el código, pues en realidad no basta el título, ya que este, además, debe ser válido, eficaz y otorgado por el titular del derecho. Este tipo de posesión constituye el simple ejercicio de un derecho subjetivo; por tanto, los alcances y limitaciones de la posesión legítima son exactamente los mismos que los del derecho subyacente al estado posesorio. De igual modo RAMÍREZ CRUZ, manifiesta que la posesión legítima, en suma, es la que nace de un título legal válido, es decir, cuando sea el ejercicio de un derecho real o

personal siempre en cuando se haya constituido de acuerdo con la ley.
(Ramírez Cruz, 2004)

Para nosotros tal como su nombre la indica, la posesión legítima es el ejercicio de un derecho real o personal, justificado con un título válido que la ampare su posesión, siempre en cuando se haya constituido de acuerdo a derecho.

Posesión ilegítima

Para GONZALES BARRÓN, la posesión ilegítima es aquella que se tiene sin título, por título nulo o cuando fue otorgado por un sujeto que no tenía derecho sobre el bien o que no tenía para transmitirlo. (Ramírez Cruz, 2004) De la misma manera VÁSQUEZ RÍOS, sostiene que será ilegítima cuando se rompe dicha correspondencia, el poder de hecho se ejerce independientemente.

Decimos que el poseedor ilegítimo, es el que posee un bien sin título, pero que tiene la convicción de que el bien no le pertenece, con título nulo, por título otorgado por un sujeto que no tenía derecho sobre el bien para transmitirla a otro deviniendo en inválido el título.

posesión ilegítima de buena fe

Cuando se trata de posesión en general, se define como un estado de ignorancia y lo que se ignora es la existencia de un vicio en un título o modo de adquirir de quien, a consecuencia de tal efecto, queda en la

condición de poseedor; y cuando se trata de la usucapión, se define como un estado de creencia de que la cosa ha sido adquirida de quien, por ser dueño de ella, podría transmitir el dominio, como la consecuencia de que el adquirente queda reducido a la condición de poseedor. Así mismo para RÁMIREZ CRUZ, se conceptualiza como la creencia o convicción (persuasión) del poseedor de que su título es válido. Es pues un elemento en que ignora los vicios invalida torio al momento de la adquisición de la posesión.

El poseedor de buena fe con un título de adquisición socialmente reconocible que, bajo los parámetros normales de diligencia, habría permitido que cualquier ciudadano confiase en la legalidad de la adquisición. Para tal efecto, se necesitan tres elementos: creencia subjetiva, dato objetivo, diligencia en la indagación que haga excusable el error.

Decimos que la posesión de buena fe, es cuando el poseedor tiene la creencia en la legitimidad del título, porque tiene la convicción y la certeza, de que no existe ningún vicio que pueda generar su invalidez al momento de entrar en posesión.

Posesión ilegítima de mala fe

Se determina por la intervención o no de la buena fe, ciertamente por oposición al concepto de buena fe. Así la posesión de mala fe existe

cuando el poseedor es consciente de su posesión es ilegítima, como también cuando el poseedor, no conociendo que su posesión es ilegítima, pero procediera con negligencia culpable estaría actuando de mala fe. La mala fe está definida por contraposición a la de buena fe, establecida en el art. 906 CC. Es decir, será poseedor de mala fe el que conozca o debiera conocer con una diligencia media, la ilegalidad de su título, lo que ariaría el error inexcusable o el que simplemente no tenga título la posesión ilegítima es de mala fe cuando el poseedor tiene pleno y cabal conocimiento (conciencia) de su ilegitimidad. Para nosotros la mala fe del poseedor es cuando tiene conocimiento de que su título que posee es ilegítimo por lo tanto tiene conocimiento de su actuación en poseer el bien, sin derecho alguno actuando de mala fe.

PROCESO DE DESALOJO

Definición

Según MÁXIMO CASTRO citado por el doctor HINOSTROZA MIGUES. “la acción de desalojo o de desahucio es el procedimiento breve y sumario que se entabla contra el arrendatario o inquilino de una finca por el propietario o por el que tiene derecho a gozar y usar de ella, para que la desocupe y la deje a su disposición²¹. Para GOMES DE LIAÑO GONZALES, citado por HINOSTROZA MIGUES,

²¹ Hinostroza, A. (2008). *Procesos Civiles Relacionados con la Propiedad y la Posesión*. LIMA: GACETA JURÍDICA 1RA ED.

refiere que el denominado juicio de desahucio es aquel que está dirigido...” a obtener el desalojo

de un inmueble, imponiendo incluso el lanzamiento de sus ocupantes, sirviendo para resolver, tanto cuestiones de arrendamiento, como situaciones de precario en las que se posee una finca sin título que lo justifique.

Conforme a nuestro ordenamiento jurídico en el proceso de desalojo por ocupante precario el demandante persigue que le restituya el bien quien lo posea sin su autorización (el ocupante clandestino, el usurpador) que le sea devuelto por la persona a quien él le cedió voluntariamente por haber fenecido el título, posee injustamente el que no tiene título o el que su título ha fenecido con el desalojo se persigue restablecer una cosa en su primer estado.

Según PALACIOS PAIVA la acción de desalojo, si bien pretende la restitución de la posesión de un predio, no está establecida para proteger la propiedad, como ya se anotó, sino para obtener la restitución de la posesión, y por eso corresponde no solamente al propietario, sino también al arrendador y a todo aquel que considere tener derecho a la restitución del predio²²Definimos al desalojo como la acción que está establecida para la restitución de la posesión y corresponde a toda persona

²² Palacios Paiva, M. (2008). *El Ocupante Precario*. LIMA: JURÍSTAS EDITORES 2DA ED.

que tenga derecho a la restitución del bien, esta acción persigue que se restablezca al estado anterior.

Propuesta de desalojo de Gonzales barrón

La propuesta de GONZALES BARRÓN, la demandante es poseedor mediato, pero con la especial característica que entrego el bien por causal de liberalidad o gracia, tolerancia, aquiescencia o benevolencia por virtud de relaciones sociales, familiares, amicales, o en circunstancia análogas. Por lo tanto, en este contexto solo existe un título social, o el título jurídico que exigía la restitución es manifiestamente nulo art. 220 CC. Por lo que se entiende fenecido. La acción de desalojo persigue la restitución de la posesión como menciona el autor precedente, que solo se dará el desalojo por precario cuando el poseedor entra en posesión por causal de liberalidad o benevolencia a título social

Naturaleza de la acción

Según MEJORADA CHAUCA, citado por TORRES VÁSQUEZ la acción de desalojo en unos casos es real y en otro personal con la acción real, se protege un derecho real subjetivo propiedad, uso, posesión, etc. Cuyo objeto es un bien (cosa), sobre el cual el sujeto titular propietario, usuario, etc. Tiene un poder directo e inmediato de usar, gozar y disponer del bien sin intermediarios el derecho real está adherido al bien y es preferente frente al derecho de crédito concurrente.

La acción personal. Denominada también obligacional o de crédito) se protege un derecho subjetivo personal, cuyo objeto es una prestación de

dar, hacer o no hacer. Para PALACIOS PAIVA, Las acciones que protegen estos derechos son de dos clases: reales o personales; es decir que para determinar la naturaleza de la acción habrá que referirse a la naturaleza del derecho que protege. **Requisitos para que proceda la demanda**

Según PALACIOS PAIVA, Cuando el propietario demanda al actor por vencimiento de contrato la única prueba requerida es la existencia del contrato de arrendamiento, pero cuando demanda al ocupante precario debe acreditar su derecho de propiedad exhibiendo título cuando el actor es arrendador o administrador el actor debe acreditar su calidad de poseedor mediano o en todo caso de tener derecho a la posesión. El artículo 586 del código procesal civil dispone que en un proceso de desalojo- que tiene por objeto la restitución del bien – puedan ser demandados, el arrendatario, el sub-arrendatario, el precario o cualquier otra persona quien le es exigible la restitución. En el caso del desalojo la calificación del poseedor es determinante en el proceso. (Avendaño, 2012).

El demandante acredite su derecho, por ejemplo, que el propietario acredite su derecho de propiedad; y que el demandado posea sin título alguno (precario originario) o cuando el que tenía a fenecido (precario derivado). Cuando la calidad de precario es derivada, se debe acreditar la existencia del título y el hecho extintivo del mismo. (Torres Vásques, 2006).

En un proceso de desalojo por precario el demandante tiene que probar que es propietario del bien y que el demandado no tiene título para poseer o su título ha fenecido. Decimos que los requisitos que se tiene que tener en cuenta para demandar si es por precario por ser acción posesoria no debe ser requisito el título que acredite la propiedad, en cambio en el desalojo por vencimiento de contrato para que proceda la acción se sustenta con el título vencido.

POSEEDOR PRECARIO

Origen y evolución en Roma de precario

Según como expone TORRES VÁSQUEZ, el precario proviene *del latín preces* que significa ruego, fue la forma de participación en la propiedad ajena. En roma precario era el que posee una cosa solicitada por ruego a su dueño (*precario dans*), quien lo concedía por benevolencia, y podía recuperarla en cualquier momento, porque la posesión precaria no originaba ningún derecho *Ulpiano* expresa. “Es precario lo que, al que o pide con ruego, se le concede para que lo use en tanto que lo consiente el que se le concedió”. El *pater familias* (patrono) entregaba porciones de tierra en *precarium* no solo a los plebeyos sino también a los siervos manumitidos y a otros extranjeros sometidos o acogidos voluntariamente por una *gens*. Cuando el patrono perdió su

jurisdicción, sobre su gens, el pretor le concedió el interdicto de precario para obtener la restitución del bien. En el Perú los códigos civiles de 1852 y de 1932 no dieron una definición de ocupante precario. El derogado código de 1911 en su artículo 970, concedió acción de desahucio (el vigente código civil lo denomina acción de desalojo para recuperar bienes que usa una persona de modo precario y sin pagar pensión²³.

Teorías

Según TORRES VÁSQUEZ, el poseedor precario en la concepción romana es el poseedor legítimo regulado en el artículo, 905 por tener título para poseer la licencia otorgada por el dueño. Para la noción romana, es precaria por ser transitoria debido al que la ejerce debe devolver el bien. Nuestro ordenamiento jurídico ha abandonado la concepción romana de precario estableciendo que es tal quien posee un bien sin título.

Teoría subjetiva

Conforme a la teoría subjetiva, a la que se adhiere el derecho francés, PIANIOL y RIPERT, sostiene que quien posee como precario, por falta del 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.

Teoría objetiva

²³ Torres Vásques, A. (2006). *Derechos Reales*. LIMA: IDEMSA TOMO I.

El derecho peruano sigue la teoría objetiva de la posesión, precaria es el poseedor que conforme al artículo 896 ejerce de hecho uno o más poderes inherentes a la propiedad enumerados en el artículo 923 de manera que al tiempo de interposición de la demanda no cuenta con título alguno o el que tenía a fenecido (art. 911.).

Evolución del precario en el Perú

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 80 del proyecto que “la posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha caducado.

El precario en el código civil de 1984 art. 911 del CC.

Según DELIA REVOREDO citada por SÁNCHEZ PALACIOS, La fórmula del artículo 911 del vigente código Civil fue propuesta por la doctora Lucrecia Maish von Humboldt, y según su comentario al mismo artículo, respondió a la necesidad de tipificar la precariedad.

Es fácil deducir como consecuencia de lo señalado en el capítulo anterior, que el legislador recogió la creación jurisprudencial de la corte suprema y la incorporo en una disposición sustantiva del análisis resulta claro, en

primer lugar, es una forma de posesión. En consecuencia y conforme a la definición art. 896 del mismo código es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad. El poseedor precario si actúa como propietario y ejerce algunos atributos de la propiedad se beneficia de la presunción del artículo 912 esto se le reputa propietario mientras no se pruebe lo contrario. (Palacios Paiva, 2008).

Definición

Para RAMÍREZ CRUZ, sostiene que la posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido. Se posee precariamente cuando se usa un bien, conociendo que es ajeno y sin intención de apropiárselo, es la concepción que se tiene hoy. (Ramírez Cruz, 2004) De manera similar RAMIRO PARRA, citado por HINOSTROZA MIGUEZ sostiene, “la posesión precaria consiste en usar una cosa conociendo que es ajena y sin intención de apropiársela. Según SEGURA SÁNCHEZ, citado por HINOSTROZA MIGUEZ. “El precario queda reducido a una peculiar situación posesoria situación de hecho sin otro fundamento que la liberalidad o tolerancia del propietario o poseedor real y sin vinculo jurídico alguno del que puedan desprenderse obligaciones específicas, ajenas a las que son comunes a todo poseedor que se repute de buena fe”. (Hinostroza, 2008).

Según AVENDAÑO, citado por RAMIREZ CRUZ, sostiene que el código confunde derecho con título. Poseedor precario es el que carece de

derecho. La falta de título es la que conlleva a la ilegitimidad. Pero no ocurre lo mismo al revés puede ver ilegitimidad habiendo de por medio un título inobjetable. Para TORRES VÁSQUEZ, 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 nullus o un bien abandonado por su propietario no es precario sino poseedor originario. El precario esta opuesto a que el titular de derecho le reclame el bien en cualquier momento. Según propuesta de GONZALES BARRON, propone la siguiente definición, es precario todo poseedor inmediato que recibió el bien en forma temporal por acto voluntario realizado por el concedente o poseedor mediato, cuya finalidad es proporcionar el goce por liberalidad, gracia, benevolencia. Sus notas distintivas son que el precario se origina por título social o, excepcionalmente por título jurídico de carácter obligacional que a fenecido por nulidad manifiesta. Decimos que el precario es el poseedor que entra en posesión del bien por acto voluntario del que le concede la posesión de manera temporal y sin pago alguno y sin tener algún derecho real y sin intención de apropiarse, ejerciendo la posesión sin título o cuando el título que tenía fenecía por nulidad, de tal manera que está sujeto a que el propietario le reclame el bien en cualquier momento.

Definición de precario en el código civil vigente artículo 911 Según manifiesta TORRES VÁSQUEZ el artículo prescribe que la posesión precaria es la que se ejerce sin título o cuando el que se tenía ha fenecido.

Propuesta de regulación de precario de Gonzales barrón

Propuesta de GONZALES BARRON Comprende las siguientes hipótesis de la realidad sociológica.

- Las situaciones posesorias nacidas del contexto de relaciones sociales o familiares el caso del pariente que presta el bien a otro, por simple gracia o liberalidad en forma indeterminada o por un periodo de tiempo.
- Situaciones posesorias nacidas de relaciones jurídicas cuya finalidad directa no es la posesión el caso de los socios que se vinculan por un negocio jurídico.
- Situaciones nacidas de deberes morales de apoyo auxilio ex cónyuge concede posesión exclusiva al otro.
- Situaciones posesorias surgidas de la aquiescencia, ejemplo el invasor que ingresa a poseer en contra de su voluntad del propietario, pero llega a otorgarle permiso.
- Situaciones posesorias nacidas de contratos cuya finalidad es la entrega y restitución del bien, con carácter obligacional, pero que resulta notoriamente nulo. (Gonzales, 2013)

Casos excluidos

- Según GONZALES BARRÓN No es precario el poseedor en concepto de dueño pues la inexistencia de título entre demandante y demandado no hay
- relación de poseedor mediato e inmediato)

- No es precario el propietario vendedor de un bien que no cumple con realizar la entrega el comprador demandara por cumplimiento de contrato.
- No es precario el contratante temporal cuyo plazo de contrato ha vencido, lo que origina el deber de restituir el bien el plazo de cumplimiento se vence, pero no la relación jurídica porque quedan pendientes deberes de liquidación.
- No es precario el comprador de un bien, aunque el contrato se declare nulo la razón es que el enajenante ya entrego el bien por lo que perdió la posesión.
- No es precario el trabajador que detenta un bien por cuenta de su principal y que después de extinguido el vínculo jurídico no restituye el bien.

El arrendamiento y la posesión precaria

Según LAMA MORE, en tanto permanezca vigente el contrato de arrendamiento, el arrendatario poseerá válidamente el bien respecto del arrendador; este será poseedor mediato y aquel será poseedor inmediato en virtud del arrendamiento celebrado entre ambos. Sin embargo, es del caso precisar que la posesión del arrendatario solo será legítima si el arrendador es el propietario del bien o persona autorizada por este o por la ley, será ilegítimo la posesión del arrendatario, respecto del propietario si quien arrendo no contaba con facultades para ello. Será ilegítima también respecto del propietario la posesión de quien poseía un bien como

arrendatario, pero que concluyo en virtud de la enajenación del bien a un tercero; en esta situación respecto del nuevo dueño el arrendatario deviene en precario²⁴. Según TORRES VÁSQUEZ, el artículo 911 no es de aplicación al arrendatario que permanece en el uso del bien no obstante que ha vencido el plazo del contrato de arrendamiento por cuanto el artículo, 1700 si permanece el arrendatario vencido el plazo no se entiende que hay renovación tacita si no continuación del arrendamiento, bajo las mismas estipulaciones hasta que el arrendador solicite su devolución lo cual puede pedir en cualquier momento (desalojo por vencimiento de contrato). (Torres Vásques, 2006) Así mismo TORRES VÁSQUEZ, sostiene que el arrendatario será ocupante precario si el contrato de arrendamiento sea de duración determinada o indeterminada, fenece por invalidez, resolución, rescisión u otra causal de ineficacia. La excepción a esta regla está dada por el contrato de duración determinada cuando los arrendatarios al vencimiento del plazo acordado por las partes continúan en el uso del bien, caso en el cual el contrato vencido continúa en sus mismas estipulaciones, por lo que dicho arrendatario no es precario. Posición diferente de LAMA MORE, manifiesta que luego de cursado el aviso de conclusión del arrendamiento, el contrato dejo de

²⁴ Lama More, H. (2007). *La Posesión y la Posesión Precaria en el Derecho Civil Peruano*.LIMA: GRJLEY.

existir, pues en adelante lo que se cobra ya no es la renta es como se indica en la norma, penalidad o prestación por el uso.

Sin renta no hay arrendamiento siendo así, el poseedor dejó de tener la calidad de arrendatario o de poseedor inmediato; deviniendo en precario por fenecimiento de su título.

De igual manera la posición del autor CUADROS VILLENA citado por LAMA MORE, sostiene que en el arrendamiento el arrendatario puede devenir en precario, pues el título podrá quedar fenecido si vencido el contrato el arrendador reclama la posesión. Al fenecer el título la posesión legítima se ha transformado en precaria, es decir, en posesión ilegítima. En tal caso procede el desahucio. De manera que, vencido el contrato de arrendamiento y arrendatario continúa en posesión, no se deviene en precario porque hay continuación del arrendamiento, el título no feneció, si el poseedor reclama la posesión, esto no da lugar a que se convierta en precario, por la existencia del título que venció mas no feneció los títulos que fenecen son los que devienen en nulos, tal como manifiesta GONZALES BARRON, de manera que no es de aplicación el artículo 911 del código civil.

Desalojo en el arrendamiento

Para GONZALES BARRÓN, en el caso del desalojo por vencimiento de contrato falta de pago el juez solamente comprueba la existencia del contrato sin que entre a conocer el tema de la propiedad. Pues bien, si ambas hipótesis se integran en la definición de precario por título

fenecido, entonces no se entiende la demanda por vencimiento de contrato no indague sobre el dominio; en cambio, si en la demanda por los mismos hechos se invoca la condición de precario entonces ahora si se entra a ventilar la titularidad del bien una de las funciones del ordenamiento jurídico es la coherencia del derecho y aquí claramente estamos ante una incoherencia valorativa ya que un mismo hecho es tratado de distinta forma. Tal como explica TORRES VÁSQUEZ, si el contrato de duración determinada concluye al vencimiento del plazo sin que exista renovación tacita por el hecho que el arrendatario no devuelve el bien, es ilógico sostener que el arrendador pueda poner fin al contrato mediante el aviso judicial o extrajudicial de despedida concluido el plazo de duración del arrendamiento (si el arrendatario permanece en el uso del bien, el contrato no fenece ni se convierte en uno de duración indeterminada el arrendador puede, en cualquier momento, interponer una acción de desalojo por vencimiento de contrato para obtener la restitución del bien. La actual tesis judicial de precario según Gonzales Barrón, permite una perversión, en que el desalojo proteja el dominio, por lo que las acciones posesorias serian también propietarias, el concepto judicial dice que el precario es un invasor o cualquier sujeto sin título, aunque posee en concepto de dueño. Pues bien, la tesis criticada solo logra la desarticulación completa del sistema de los derechos reales, que se basa en las reglas de la posesión y la propiedad, pues el desalojo se convierte por arte de mágico, en una “reivindicatoria encubierta”, en tanto y en

cuando se necesita probar el derecho de propiedad del demandante frente al supuesto precario. (Gonzales, 2013).

Decimos que, en el arrendamiento al finalizar el plazo y la continuidad, esto no da lugar a que sea calificado como precario, ya que el título no fenece posee en contraposición con el derecho y por los distintos criterios tanto de la doctrina, la acción que debería iniciar el arrendador sería el desalojo por vencimiento de contrato y no por ocupación precaria,

CONCEPTO

Poseedor precario es el que ocupa un bien sin título, ya sea porque nunca lo tuvo o porque el que tenía ha fenecido²⁵.

El art. 911 contiene dos supuestos:

- a. ***Ausencia de título.*** Se trata del poseedor que entró de hecho en la posesión, no posee título alguno²⁶, por ejemplo, el que entra clandestinamente en la posesión, el usurpador, el ladrón, el hurtador.

²⁵Según el Diccionario de la Real Academia Española, precario (del latín *precarius*) es el "que tiene sin título, por tolerancia o inadvertencia del dueño.

²⁶CAS. N°799-2000 del 18.10.2000. Para ser considerado precario debe darse la ausencia absoluta de cualquier circunstancia que justifique el uso y disfruto del bien por parte de la emplazada; y el título de la posesión no tiene por qué constar necesariamente en documento de fecha cierta o en instrumento público. CAS. N° 1830-99 del 29.10.99. Si los demandantes no son propietarios de la edificación, no es pertinente la aplicación respecto de ésta lo dispuesto en los arts. 911 y 923 del C.C., no siendo posible proceder al desalojo de sólo el terreno; no tiene la calidad de poseedor precario quien es dueño de la edificación construida sobre el terreno de los accionantes.

b. *Título fenecido.* El título fenece por decisión judicial, por disposición de la ley, por cumplimiento del plazo o condición resolutorios, por mutuo disenso, por nulidad²⁷, resolución, rescisión, revocación, retractación, etc. En general, el título queda extinguido en todo caso de ineficacia estructural o funcional del acto jurídico por el cual se cedió la posesión del bien.

Una persona puede poseer un bien como propietario, como poseedor mediato o inmediato, como mero tenedor, como ocupante precario.

El poseedor precario puede o no haber sido un poseedor inmediato. No es inmediato (poseedor en virtud de un título -art. 905-) el que posee sin título, o sea sin ningún vínculo con el que tiene derecho a la posesión. En tal virtud, es errónea la afirmación de Gonzales²⁸ cuando sostiene que el precario debe ser necesariamente un poseedor inmediato, por lo que debe excluirse de la precariedad al vendedor que no cumple con entregar el bien; al contratante que se mantiene en la posesión del bien luego que el contrato haya sido anulado o resuelto; a los casos de vencimiento del plazo que origina el deber de restitución del bien; al que detenta el bien de su principal que no restituye el bien después de extinguido el vínculo jurídico.

²⁷Por ejemplo, es declarado nulo el contrato de arrendamiento celebrado por el arrendatario con uno de los copropietarios respecto del bien común, por violar la norma imperativa contenida en el art. 1669, nulidad que debe ser declarada en aplicación del art. V del T. P. Del CC.

²⁸Gonzales Barrón, Gunther, *Curso de Derechos Reales*, Jurista editores, Lima, 203, p. 260.

La jurisprudencia, interpretando correctamente el art. 911, ha establecido que es precario tanto el que ejerce la posesión sin título, o sea con ausencia absoluta que permita advertir que se le haya concedido la custodia, uso o disfrute del bien, o cuando el título que tenía ha fenecido, es decir, el poseedor inmediato no restituye el bien a su concedente una vez extinguido el título.

A modo de ilustración pongamos un ejemplo de fenecimiento de título por resolución extrajudicial: En un contrato de compraventa de inmueble a plazos se conviene expresamente que "si el comprador dejara de pagar hasta tres cuotas consecutivas, el vendedor se reserva el derecho de resolver automáticamente el contrato". Este pacto es válido conforme a las siguientes disposiciones: el art. 1353 dispone que las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo; en tal sentido el art. 1430 prescribe que puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumpla determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión, y que la resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria; el art. 1429 establece que la parte perjudicada con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta notarial para que satisfaga su prestación, caso contrario el contrato queda resuelto de pleno derecho. En el ejemplo propuesto, si el comprador se atrasa en el

pago de tres cuotas y el vendedor le cursa una carta notarial concediéndole un plazo no menor de quince días para que pague las cuotas vencidas, bajo apercibimiento que, en caso contrario, el contrato queda resuelto; si el comprador no paga vencido el plazo, resulta evidente que el título (el contrato de compraventa) que ostentaba para poseer el inmueble ha fenecido, deviniendo su posesión en precaria conforme a lo previsto en el art. 911.

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 nullus* 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.

Para evitar confusiones coloquemos frente a frente las 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 C. C. de 1984, art. 911: *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 Albadalejo²⁹ 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, art. 2364, establece que la posesión precaria es viciosa cuando siendo precaria se " *tuviese por un abuso de confianza*". Al respecto, Musto³⁰ 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 introversión de su título, entonces la posesión tiene el vicio de precario, que el Código llama "abuso de confianza".

²⁹Albadalejo, Manuel, *derecho civil iii - derecho de bienes - v. i*, parte general y derecho de propiedad, Bosch, 8va. ed., Barcelona, 1994.

³⁰Musto, Néstor Jorge, *Derechos reales*, t. 1, Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 192.

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

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

Conforme a la teoría subjetiva, a la que se adhiere el Derecho francés, Planiol y Ripert sostienen que quien posee un bien como precario, por faltarle el *animus* (intención de poseer para sí), no ejerce la verdadera posesión, por lo que el Derecho no le concede acciones posesorias y no produce la usucapión. Esto debido a que en el Derecho francés "el concepto de precario está referido a un contrato celebrado con el propietario, en virtud del cual conduce el bien a título gratuito, sin *animus domini* 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 art. 1737 de nuestro Código civil vigente que establece que cuando no se ha determinado la duración del contrato de comodato, el comodatario está obligado a restituir el bien cuando el comodante lo solicite, es decir, el comodatario tiene una posesión inestable (precaria) puesto que el comodante puede pedir la devolución del bien en cualquier momento (la posesión del comodatario es revocable por la sola decisión del comodante).

EVOLUCIÓN HISTÓRICA

En la *antigua Roma* cada una de las familias (patricias) tenía como jefe al *paterfamilias*, propietario y poseedor de los bienes familiares, sacerdote de los dioses familiares y magistrado con poderes absolutos sobre su familia. Cultivaba la tierra con la ayuda de sus hijos, esclavos y clientes. Roma admitió a otros pueblos itálicos, agricultores sin tierra, conocidos como *plebes*(plebeyos). El *pater familias* acogió y proporcionó tierras en *precarium* al plebeyo, quien se convirtió en su cliente, protegido y vasallo; a cambio, el plebeyo le debía fidelidad, ayudaba en el cultivo de sus tierras y lo seguía en la guerra y en la política.

El precario del latín *preces* que significa ruego, fue la forma de participación en la propiedad ajena. En Roma *precario* era el que posee una cosa solicitada por ruego a su dueño (*precario dans*), quien lo concedía por benevolencia y podía recuperarla en cualquier momento, porque la posesión precaria no originaba ningún derecho. Ulpiano expresa: "Es precario lo que, al que lo pide con ruego, se le concede para que lo use en tanto que lo consiente el que se lo concedió". El *pater familias* (patrono) entregaba porciones de tierra en *precarium* sólo a los plebeyos sino también a los siervos manumitidos y a otros extranjeros sometidos o acogidos voluntariamente por una gens. Cuando el patrono perdió su jurisdicción sobre su gens, el pretor le confirió el *interdicto de precario* para obtener la restitución del bien. El precario solamente podía ser desalojado por su patrono. Para que el precario defienda su posesión frente a terceros, el pretor le confirió los interdictos de retener y recobrar. Pomponio dice: "El que posee el fundo en precario puede usar del interdicto *utipossidetis* contra todos en nombre de aquel de quien lo recibió". El *utipossidetisse* utilizó para los inmuebles, para la retención de los muebles el pretor concedió el interdicto *utrubi*. Contra el despojo violento se concedió el *interdicto ude vi* para recuperar la posesión.

En la *Edad Media* la corona entregó tierras en concesión al señor feudal y éste las entregaba en parcelas a campesinos, por tiempo indeterminado, a cambio de servicios personales, convirtiéndose en sus vasallos. Cuando se

quiso fijar tiempo al aprovechamiento de las tierras surge la denominación de precaria.

Los señores feudales, a cambio de sus servicios, recibían tierras de la corona, logrando acumular grandes extensiones que eran cultivadas por sus vasallos, "constituyendo verdaderas unidades de explotación, cuyo núcleo era el castillo o fortaleza del señor, el cual era el lugar de refugio para los vasallos frente a un posible enemigo invasor, y que también integraba la villa aldeaña, llamada villa dominica, Curtis sálica, curtisindomicata. Los habitantes de la villa eran los villanos o plebeyos en situación de inferioridad y subordinación a los habitantes del castillo"³¹

En el período franco existió el precario libre económica y personalmente y el precario que se obliga a diversos servicios personales como el de servir en el ejército del señor feudal. En el período alemán (Reino *Teutonicorum*) surge el *precarium* urbano. En el siglo XIX, la legislación agraria convirtió a los precarios rurales en propietarios y la posesión precaria urbana en posesión a cambio de un censo, que luego fue redimido³².

El *Derecho canónico* reguló los bienes de la iglesia católica, que por su gran cantidad no podía administrar, creando algunas figuras con la

³¹Sánchez-Palacios Paiva, Manuel, *El ocupante precario*, Ediciones legales, Lima, 2003, p. 63.

³²Sánchez-Palacios Paiva, Manuel, ob. cit. p. 64.

denominación común de *precaria*. Así, algunos bienes fueron afectados a favor de laicos con la denominación de *precarieoblata*; otros fueron afectados a usos especiales de tipo eclesiástico, fundados en una especie de administración usufructuaria a tanto alzado, concedida con el nombre de *precariea* título individual a favor de laicos o de ciertos clérigos; un particular donaba bienes a un monasterio y éste lo devolvía en el acto, mediante un documento llamado *carta precaria*, para que lo disfrute pagando un cánón anual.

En el Perú, los códigos civiles de 1852 y de 1936 no dieron una definición de ocupante precario.

El derogado Código de Procedimientos Civiles de 1911, art. 970, concedió acción de desahucio para recuperar bienes inmuebles que usa otra persona de modo precario y sin pagar pensión. El antecedente de este dispositivo es el inc. 3º del art. 1565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1877 que establece que la demanda de desahucio podrá dirigirse "contra cualquier otra persona que disfrute o tenga en precario la finca, sea rústica o urbana, sin pagar merced siempre que fuera requerida con un mes de anticipación para que la desocupe".

El segundo párrafo del mencionado art. 970 prescribía: "*Hay también acción de desahucio para recuperar bienes inmuebles que usa otra persona de modo precario y sin pagar pensión*".

La falta de definición de *precario* en nuestro ordenamiento jurídico originó fuertes polémicas doctrinarias y una jurisprudencia contradictoria. Como se aprecia, en la resolución que signamos con el N° 1, la precariedad nace de una concesión graciosa del propietario, debiendo el precarista devolver el bien al primer requerimiento, caso contrario procede la acción de desahucio (concepción romanista de *precario*); en la resolución N° 2 no se consideran como precario al vendedor que no ha entregado el bien al comprador, pero también hay una remisión a las resoluciones contrarias, o sea a las que si consideran como precario al vendedor que sigue en posesión del bien. Lo importante es que las siguientes resoluciones, que constituyen la jurisprudencia prioritaria, se considera como *precario* al poseedor sin título y al que su título ha fenecido. El codificador de 1984, abandonando la concepción romana de *precario*, ha elevado a la categoría de ley a esta jurisprudencia prioritaria, al definir a la posesión *precaria* como la que se ejerce sin título o cuando el título que se tenía ha fenecido, como una solución saludable que permite que el que tiene derecho a la posesión pueda demandar el desalojo (desahucio) en la vía del proceso sumarísimo.

POSESIÓN ILEGÍTIMA Y POSESIÓN PRECAREIA

El poseedor precario carece de título, *contrario sensu*, el poseedor ilegítimo cuenta con un título, aun cuando éste es inválido.

Como se sabe, conforme al Código vigente de 1984, la posesión es el ejercicio fáctico de uno o más poderes inherentes a la propiedad, los cuales están señalados en el art. 896, con prescindencia de si se posee o no *animus dominio* de cualquier elemento intencional. Es suficiente el ejercicio fáctico del uso o disfrute para que exista posesión. La posesión puede ser legítima o ilegítima, según que sea conforme o contraria al Derecho. A su vez la posesión ilegítima puede ser de buena o mala fe. Conforme al art. 906, la posesión ilegítima es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad por ignorancia o error de hecho o de Derecho sobre el vicio (causales de nulidad y anulabilidad) que invalida su título.

El *título* es el hecho o acto jurídico (la apropiación de una res nullius, la accesión, un contrato, un testamento, un anticipo de herencia, etc.) en virtud del cual se invoca una determinada calidad jurídica, por ejemplo, el poseedor hace referencia a su calidad de propietario, arrendatario, comodatario, usufructuario, usuario, habitante. En otros términos, el poseedor con título es poseedor con derecho y el poseedor sin título es poseedor sin derecho. El título confiere el derecho para poseer. Por ejemplo, un contrato (título) de compraventa, arrendamiento, comodato, depósito, usufructo, confiere al comprador, arrendatario, comodatario, depositario, usufructuario, el derecho de poseer el bien objeto del contrato.

El poseedor con título válido es de buena fe. El poseedor con título inválido puede ser de buena fe o de mala fe, según que no conozca o conozca de los vicios que invalidan su título.

1.3. Definición de términos

- **Pleno civil.** - El pleno civil es una modalidad de precedente vinculante que se incorporó en nuestro ordenamiento jurídico con el código procesal civil de 1993 y cuya función es concordar la actividad de los tribunales inferiores mediante una regla jurisprudencial que ponga fin a las incertidumbres jurídicas³³.
- **Poseedor precario.-** Poseedor precario es el que ocupa un bien sin título, ya sea porque nunca lo tuvo o porque el que tenía ha fenecido³⁴.
- **Proceso de desalojo.** - Procedimiento judicial para que los ocupantes de un inmueble urbano o rústico (inquilinos, locatarios, arrendatarios, aparceros,

³³ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. Derechos reales. Materiales de enseñanza para el estudio del Libro V del Código Civil en la Facultad de Derecho, PUC, segunda edición, 1990

³⁴Según el Diccionario de la Real Academia Española, precario (del latín *precarius*) es el "que tiene sin título, por tolerancia o inadvertencia del dueño.

precaristas) lo desocupen y lo restituyan a quien tiene derecho a él. Estos juicios se tramitan por procedimiento sumarísimo.³⁵

- **Acción de reivindicación.** - la reivindicación es el ejercicio de la persecutoria que es una facultad de la cual goza el titular de todo derecho real de perseguir el bien sobre el cual recae su derecho. Sin embargo, si de lo actuado en el proceso se acredita que el demandado por reivindicación ha construido de buena fe en el terreno de propiedad del actor, resulta de aplicación la norma que contiene el artículo 941 del Código Civil.

CAPITULO III

RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

3.4. Resultados doctrinarios

La presente tesis los resultados se justifican en las siguientes normas:

- Constitución política del Perú
- Código civil
- Código procesal civil
- Cuarto pleno casatorio civil
- Resoluciones judiciales de la problemática encontrada.

3.5. Resultados jurisprudenciales

³⁵ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. Derechos reales. Materiales de enseñanza para el estudio del Libro V del Código Civil en la Facultad de Derecho, PUC, segunda edición, 1990

- **Casación 4078-2006-Lima de 03 de diciembre de 2007.** Dice que el arrendatario con plazo de contrato vencido es precario, pues “el título ha fenecido” en su argumento N° 10: Que, sin embargo, la naturaleza del proceso, como ya se ha dicho es la del desalojo por ocupación precaria, esto es, cuando el demandado ejerce la posesión sin título alguno o cuando el poseído ha fenecido; siendo que, según las instancias, en este caso el título del demandado a fenecido con la resolución del contrato por incumplimiento de pago de arriendos, por parte del recurrente; por ende, en esta sede no se puede revertir los efectos de la declaración anotada.
- **Casación 2165-209-Lima de 12 de noviembre de 2009.** N° 11 de lo expuesto en el considerando precedente es de tenerse en cuenta que con la decisión adoptada por la demandante, los efectos del contrato de arrendamiento quedaron sin efecto, y de conformidad con lo señalado en el último párrafo del artículo 911 del código civil (nota: es un error pues la norma solo tiene un párrafo) la ocupación de los demandados deviene en precaria, interpretación que protege la posibilidad del pleno disfrute del derecho a la propiedad por el adquirente, reconocido y amparado por el Artículo 70 de la constitución de 1993, sin más trabas que las establecidas expresamente por ley.

- *Casación 918-2002-Lima.* Una vez concluido el plazo del contrato de arrendamiento, la condición del arrendatario no es la de un ocupante precario, ya que el contrato de arrendamiento, si antes no se ha solicitado la devolución del inmueble, sigue vigente y bajo las condiciones en un inicio pactadas, siendo que en tal supuesto el arrendador puede solicitar la devolución que debe hacerse valer a través de la vía legal correspondiente, según lo prevé el artículo 1700 del código civil.

Algunas sentencias sostienen que el contratante con título manifiestamente ilegítimo (**tesis de HECTOR 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.³⁶ 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 que se negó la precariedad es la del poseedor que ha entablado una demanda de nulidad del título que ostenta el

³⁶Casación 10748-2004-La Libertad de 24 de mayo de 2006. Publicada el 04 de diciembre del año 2006.

demandante, pues la compraventa se habría logrado a través de la falsificación del poder en su perjuicio³⁷

- **Casación 2009-2002-Juliaca de 06 de julio de 2004.** Siendo nulo el contrato de anticresis los demandados resultan ser precarios, de conformidad con el artículo 911 del código civil, que establece que la posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido.
- **Casación 417-2009-Ica. N° 10:** 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 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 tanto, según lo acotado la corte suprema 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.

³⁷Casación 2854-2010-Ucayali, de 24 de junio de 2011.

- ***Casación 396-2004-Lima de 07 de setiembre de 2007.*** El contrato de compra venta que suscribió con el demandado a fenecido a consecuencia de haber operado la resolución del mismo por falta de pago de las cuotas acordadas, lo cual fue pactado expresamente en su cláusula cuarta, entonces es lógico y congruente concluir que era necesaria la interpretación y análisis del artículo 1430 del código civil, que efectuaron las instancias de mérito, por ser pertinente dicha norma para efectos de establecer la vigencia del título que justifica la posesión.
- ***Casación 1352-2004-Lima de 13 de setiembre de 2005.*** Se consideró precario al comprador que celebró el contrato en primer lugar, pero no había inscrito su derecho.
- ***El concepto jurisprudencial de precario, antes del cuarto pleno casatorio.*** La jurisprudencia considera como precario a todo poseedor que no cuenta con título o cuyo título ha fenecido con lo que se reiterada forma mecánica el art. 911 del código civil. De esta forma se dice que es precario un usurpador, pues no tiene título; o un comprador que sufre la sucesiva resolución del vínculo negocial a través del acto unilateral de su vendedor por el cual se actúa la cláusula legal 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 son contar con el título justificativo de posesión.

- *Casación 1437-99-Lima de 16 de noviembre de 1999.* Define la posesión precaria mediante la simple repetición del Art. 911 del código civil, y además hace una distinción con la posesión ilegítima (la precaria se ejerce sin título y la ilegítima con título defectuoso).que el referido artículo 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 ilegítima existe un título que adolece de un defecto formal o de fondo, en la posesión precaria no existe título alguno, por lo tanto la posesión ilegítima no puede equiparse con la posesión precaria.
- *Casación 1147-2001-La Libertad.* La precariedad no se determina únicamente por la falta de un título de propiedad 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.

3.6.Resultados normativos

La jurisprudencia, como es lógico, se encargó de establecer algunas definiciones frente al vacío normativo, y señaló de modo reiterado que el precario es quien ocupa un predio sin título alguno o sin pagar renta,

haciendo extensiva la definición a algunas figuras relacionadas con la terminación de algunos títulos que habían justificado originalmente la posesión, como es el caso del acreedor anticrético que continua ocupando el bien pese a que la deuda fue pagada, o la acción del que se adjudicó un predio en remate judicial contra el ocupante, aun cuando éste haya venido pagando renta a su anterior propietario; sin embargo respecto de ésta última definición no ha sido uniforme la jurisprudencia, especialmente en aquellos casos en que la posesión proviene de un contrato que justificó originalmente la posesión, en cuyo caso algunos pronunciamientos establecían la validez de la acción de desahucio por causal de ocupación precaria, mientras que otros establecían la improcedencia de esta acción por dicha causal, dejándole a salvo el derecho del accionante para que lo haga valer en otra vía.

CAPITULO IV

VALIDACIÓN DE LA HIPÓTESIS

4.1. Validación de la hipótesis general

De lo hasta aquí desarrollado a lo largo de la presente investigación, con la información doctrinaria expuesta y la información

jurisprudencial y legal presentado en los anteriores capítulos, y especialmente el CUARTO PLENO CASATORIO CIVIL, hemos podido demostrar las hipótesis planteadas al inicio del presente trabajo como respuesta tentativa a esta investigación.

El análisis y validación de las variables independientes y dependientes correspondientes a las hipótesis objeto de la presente tesis nos permitió determinar lo siguiente:

El Cuarto pleno casatorio civil afecta de manera negativa la regulación jurídica sobre la tutela de derechos de la posesión y de propiedad

4.2. Contrastación de la hipótesis principal

“El Cuarto pleno casatorio civil afecta de manera negativa la regulación jurídica sobre la tutela de derechos de la posesión y de propiedad por la contradicción contenida en él cuando le otorga un tratamiento igual tanto a la defensa posesoria como a la reivindicación en la fase de desalojo, a pesar de que el código civil y la jurisprudencia han señalado los requisitos que debe de contener cada uno de ellos.

La protección posesoria se lleva a cabo mediante acciones que se tramitan en un procedimiento específico, como los interdictos, al lado de los cuales se encuentra la acción publiciana, denominada también acción plenaria de posesión, mediante la cual se protege la

posesión considerada en si misma o en su caso, teniendo en consideración el vigor del título o el derecho del demandante o del demandado. En la protección posesoria, la posesión se muestra como un hecho, que la protección eleva a derecho, pues el poseedor ha de ser respetado y en caso de perturbación, ser mantenido o repuesto en la posesión. Por eso, la posesión se integra en la estructura de los derechos al otorgársele una protección similar a la de estos, pues como señala la doctrina, el derecho se deja impulsar por el hecho de la posesión.

La acción reivindicatoria es la acción que tiene todo propietario contra un poseedor no propietario. Es una acción de naturaleza real, y es la más importante de todas las acciones. Es real porque se da contra cualquiera que tenga la cosa.

4.2. Validación de las hipótesis específicas

1. En el Cuarto Pleno Casatorio Civil el derecho de posesión y el derecho de propiedad tienen el mismo tratamiento jurídico.

Habiéndose determinado mediante el análisis del pleno casatorio que contradictoriamente a lo establecido en el ordenamiento jurídico las defensas posesorias y la defensa de la propiedad -reivindicación- contienen un tratamiento igual, de la información de la información procesada se pudo evidenciar que la ley, la jurisprudencia y la doctrina. Señala evidencias sustanciales en lo que corresponde a una acción de defensa de la posesión y de la

propiedad igualitaria y no pueden tener el mismo tratamiento jurídico por cuanto la defensa posesoria y de la propiedad es de naturaleza jurídica distinta. El tratamiento normativo sobre el derecho de propiedad no es el mismo para el derecho de posesión de predios urbanos.

Habiendo advertido es lógico y reglamentario de que en predios urbanos también el derecho de propiedad tiene una acción distinta en su defensa. Que en su derecho de posesión a las normas que le anteceden refieren distinto trato en cuanto a la naturaleza jurídica de cada uno de ellas.

CONCLUSIONES

1. El Cuarto pleno casatorio civil afecta de manera negativa la regulación jurídica sobre la tutela de derechos de la posesión y de propiedad por la siguiente razón el desalojo es defensa de la posesión y corresponde a proceso sumarísimo no es una defensa propia de la propiedad. El cual ambos institutos jurídicos son de naturaleza jurídica autónoma.
2. A raíz del cuarto pleno casatorio civil se debe modificar la normatividad sobre derechos de propiedad y de posesión sobre predios urbanos dado que existe confusión de interpretación al momento de ser tratados de la misma manera y naturaleza jurídica.

RECOMENDACIONES

- Dentro del Derecho patrimonial, la Posesión, es un derecho real de relevante importancia. Tiene singular trascendencia en el patrimonio de las personas. Se requiere de un estudio cuidadoso, no-solo respecto a su evolución en la historia, sino, además, de la regulación normativa vigente, a efecto de poder extraer los instrumentos necesarios que nos permita contribuir a la protección de los derechos patrimoniales de las personas, así como a una justa solución de los conflictos de orden patrimonial.
- La presente tesis nos ha permitido corroborar que los conceptos establecidos en el Derecho, los derechos de posesión y derechos de propiedad deben ser modificados significativamente atendiendo a que la realidad en la que estamos es evidente una modificación del código civil de 1984. Existe una interacción, entre la realidad cambiante de los hechos y la norma positiva, ésta, sin embargo, siempre tarda en ponerse acorde a la nueva realidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- *ALVAREZ CAPEROCHIPI*, José Antonio. *Derechos reales*. Madrid, editorial Civitas, 1986.
- *ARRIBAS*, Guillermo. *Del precario romano, Historia e instituciones*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1996.
- *AVENDAÑO ARANA*, Francisco. “Aspectos grises sobre la coposición y la prescripción adquisitiva, A propósito de la sentencia del reciente pleno casatorio” En dialogo con la jurisprudencia, Lima, Gaceta Jurídica, Tomo 133, 2009.
- *CASTAÑEDA*, Jorge Eugenio. “El concepto de ocupante precario”. En revista de la jurisprudencia peruana, N° 60-61, Lima, enero – febrero, 1949.
- *CASTAÑEDA*, Jorge Eugenio. *Los derechos reales*, Lima 1958.
- *CUADROS VILLENA*, Carlos Ferdinand. *Derechos reales, cultural, cultural* Cuzco, Lima, 1995.
- *DIEZ PICAZO*, Luis. *fundamentos de derecho civil patrimonial*, Madrid, editorial Civitas, 1995.
- *DIEZ PICAZO*, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Civitas - Thompson Reuters, Madrid, 2010.
- *GONZALES BARRON*, Gunther Hernán. “El poseedor precario en su hora definitiva: una visión desde todas las perspectivas”. Actualidad jurídica, Gaceta Jurídica, (214) Setiembre 2011.

- GONZALES BARRON, Gunther Hernán. “*La posesión precaria en síntesis (y réplica contra los positivistas radicales)*” Actualidad Jurídica, Gaceta jurídica, Jurídico (223) Setiembre 2012.
- GONZALES BARRON, Gunther Hernán. “*Acción reivindicatoria y desalojo por precario*”. Actualidad Jurídica, Gaceta Jurídica, (232) Lima, 2013.
- GONZALES BARRON, Gunther Hernán, *Derechos Reales*, Lima, tercera Edición, Jurista Editores, 2013.
- GONZALES, GIL. “*La Posesión Precaria*” . LIMA: JURÍSTAS EDITORES. (2011).
- GONZALES, GIL. (2013). “*Tratado de los Derechos Reales*”. LIMA: JURÍSTAS EDITORES 3RA ED.
- GONZALES, G. “*Actualidad Jurídica*”. LIMA: GACETA JURÍDICA. (2009). 74
- HINOSTROZA, A. “*Procesos Civiles Relacionados con la Propiedad y la Posesión*”. LIMA: GACETA JURÍDICA 1RA ED. (2008).
- LAMA MORE, H. “*La Posesión y la Posesión Precaria en el Derecho Civil Peruano*”. LIMA: GRIJLEY. (2007).
- LAMA MORE, Héctor. *La posesión precaria y la posesión ilegítima*. En dialogo con la jurisprudencia, Gaceta Jurídica, (28), Lima 2001.
- LAMA MORE, Héctor. “*La posesión y posesión precaria en el derecho civil peruano*”. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2006.
- LAMA MORE, Héctor. *La Usucapión del coposeedor*. En dialogo con la jurisprudencia, Gaceta Jurídica, (132) Setiembre 2009.

- LAMA MORE, Héctor. “*Corte suprema fija importante precedente vinculante sobre el precario*”. En gaceta civil y procesal civil, Gaceta jurídica, N° 03, Lima, Setiembre 2013.
- PALACIOS PAIVA, M. “*El Ocupante Precario*”. LIMA: JURÍSTAS EDITORES 2DA ED. (2008).
- PALACIOS, GIL. “*Manual de Derecho Civil*”. LIMA: HUALLAGA 4TA ED. (2011).
- RAMÍREZ CRUZ, E. “*Tratado de los Derechos Reales*”. LIMA: RODHAS 2DA ED. (2004).
- TORRES VÁSQUES, A. “*Derechos Reales*”. LIMA: IDEMSA TOMO I. (2006).
- TORRES VASQUEZ, Aníbal. “*¿En qué consiste la posesión precaria?*”. En actualidad Jurídica, Gaceta Jurídica, Tomo 137, Lima, abril 2005.
- TORRES VASQUEZ, Aníbal. *Derechos reales, Tomo 01*, Lima Idemsa, 2006.
- VÁSQUES RÍOS, A. “*Los Derechos Reales*”. LIMA: SAN MARCOS 3RA ED. (2009).