



PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

Esta obra ha sido publicada bajo la licencia Creative Commons
Reconocimiento-No comercial-Compartir bajo la misma licencia 2.5 Perú.

Para ver una copia de dicha licencia, visite
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/pe/>



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
ESCUELA DE GRADUADOS

TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE MAGISTER CON MENCIÓN EN DERECHO
CIVIL

EGRESADO: HÉCTOR ENRIQUE LAMA MORE

LA POSESIÓN Y LA POSESIÓN PRECARIA EN EL DERECHO CIVIL
PERUANO.

El nuevo concepto del precario y la utilidad de su actual regulación en
el derecho civil peruano.

1.- PRESENTACIÓN DEL TRABAJO Y SU JUSTIFICACIÓN, CONFORME AL PLAN
DE TESIS:

1.1. 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. **La presente tesis tiene como uno de sus objetivos, entre otros, demostrar la validez de esta afirmación.**

1.2.- Creo, sin embargo, que 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. **Es también objetivo del presente trabajo, aportar una propuesta normativa que permita corregir tal confusión.**

1.3. Comentando, por ejemplo, sólo algunos de los temas antes indicados, **se presentan algunos casos que ilustran el problema planteado** –sin perjuicio de los que se exponen en el desarrollo del trabajo–, por ejemplo, que el arrendatario nunca deviene en precario frente a su arrendador, aun cuando éste, luego de vencido el plazo contractual, le haya cursado el aviso respectivo solicitándole la devolución del predio, en razón de que, según refieren, su ocupación no fue a título gratuito; otros, sin embargo, han establecido que cursado el citado aviso, el arrendatario deja de serlo y deviene en precario, en razón de que el título que tenía ha fenecido toda vez que, a tenor de lo previsto en el Art. 1704 del actual C.C., lo que puede exigir el arrendador en adelante es la penalidad convenida o en su defecto una prestación igual a lo que fue la renta, de lo que se infiere que a partir de ese momento no existe la contraprestación propia del arrendamiento: **la renta.**

1.4. Así mismo, respecto de la posesión ilegítima y la posesión precaria, diversas resoluciones casatorias, expedidas por la Sala Civil de la Corte Suprema de la República, entre ellas la publicada en el diario oficial El Peruano el 26 de Diciembre de 1999 (Cas. No. 1437-99-Lima), así como las publicadas en el mismo

diario oficial, el 01 de Junio del 2004 (Casación N° 1521-02- Lima) o el 30 de junio del 2005 (Casación N° 870-2003 Huaura) han establecido que, siendo la posesión precaria la que se ejerce sin título alguno o el que tenía ha fenecido, no resulta ser precario quien posee con título ilegítimo, concluyendo que la posesión precaria es distinta de la posesión ilegítima. Esta distinción, hecha en la referida ejecutoria, ha traído diversas preocupaciones entre Magistrados y Abogados en general, pues se abre la posibilidad de que el demandado, acusado de ser ocupante precario en un proceso de desalojo, le oponga válidamente al demandante, que cuenta con título de propiedad vigente, un título posesorio sustentado en un documento obtenido en forma manifiestamente irregular, fraudulenta o maliciosa. La conclusión arribada en la citada Ejecutoria no es compartida por el comentarista de la Revista No. 19 de "Diálogo con la Jurisprudencia", editada por Gaceta Jurídica, correspondiente al mes de Abril del 2000¹, quien al analizar ésta, señala que dentro de la definición, por él establecida, de la posesión ilegítima se encuentra contenido el concepto de la posesión precaria, en otras palabras, define a ésta como una variante de aquella; sustenta su comentario en una cita a Jorge Avendaño extraída de su obra "Derechos reales"-1990-Pág. 136. Este tema ha sido objeto de debate por Vocales Superiores Civiles de diversas Cortes Superiores de la República, reunidos en el último Pleno Jurisdiccional Civil en la ciudad de Tacna, cuyo resultado comentaremos mas adelante.

Los Magistrados, preocupados por las diversas respuestas dadas por lo Órganos jurisdiccionales respecto de los casos antes mencionados, los han sometido a debates nacionales a través de los Plenos Jurisdiccionales Civiles que se vienen realizando cada año en el Poder Judicial, con el objeto de uniformizar criterios jurisprudenciales.

¹ GACETA JURIDICA, "Diálogo con la Jurisprudencia-actualidad, análisis y crítica jurisprudencial", Revista mensual. Año 6. Número 19. Abril 2000. Pag. 148. El comentarista, analizando la Resolución Casatoria No. 1437-99-Lima, cita al Profesor universitario Jorge Avendaño Valdez (que es también citado por la referida ejecutoria en su tercer considerando), para indicar que, según el citado Profesor universitario, "el Art. 911 del C.C. que recoge el concepto de la denominada "posesión precaria", definiéndola como aquella posesión que se ejerce sin título alguno con título fenecido, en realidad se esta refiriendo a la posesión ilegítima" (sic).

1.5. La regulación normativa de la posesión precaria, con las

limitaciones antes indicadas, y la precisión de algunos conceptos en materia obligacional y contractual incluidos en el actual Código Civil peruano, como es el caso del arrendamiento, la posesión ilegítima, la tradición fáctica y la tácita para los efectos de la adquisición de la posesión², la posesión mediata e inmediata, la resolución contractual, entre otros, ha traído consigo una vasta discusión en el foro respecto de este tema, existiendo en la actualidad diversidad de opiniones, muchas de ellas opuestas entre sí, respecto de la inclusión, en la definición normativa del precario, de algunas situaciones que hasta hace algunos años eran, jurídicamente, imposibles de imaginar.

Finalmente, como se puede apreciar, **el presente trabajo aspira** a contribuir al debate sobre este interesante tema, que por ser de palpitante actualidad requiere de un momento de seria reflexión.

2.- FORMULACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN DEL PROBLEMA.-

2.1.- Por otro lado, aun cuando la definición de **la posesión precaria** se encuentra ya establecida en la norma sustantiva, existen, como es lógico, diversas interpretaciones o conceptos que se sostienen, en el Foro, respecto de esta variedad en la forma de poseer bienes, y se expresan cuando, frente a determinados casos presentados en sede judicial o fuera de él, se formulan las siguientes preguntas:

- ¿Ha sido correcta la incorporación de la definición del precario en la norma sustantiva civil?.
- ¿Es válida la definición de precario que se consigna en el artículo 911 del Código Civil?

² **Art. 900 del C.C.:** La posesión se adquiere por la tradición, salvo los casos de adquisición originaria que establece la Ley.

Art. 901 C.C.: La tradición se realiza mediante la entrega del bien a quien debe recibirlo o a la persona designada por él o por la ley y con las formalidades que ésta establece.

Art. 902 del C.C.: La tradición se considera realizada: 1.- Cuando cambia el título posesorio de quien esta poseyendo. 2.- cuando se transfiere el bien que esta en poder de un tercero. En este caso, la tradición produce efecto en cuanto al tercero solo después que es comunicada por escrito.

- ¿Es la posesión precaria –en el Código Civil- un tipo de posesión diferente de la posesión ilegítima?

- ¿Es precario quien posee un predio con título manifiestamente ilegítimo?,

- ¿Puede el arrendatario devenir en precario respecto de quien fue su arrendador?,

- ¿Es precario quien ocupa un predio, sujeto a régimen de copropiedad, a mérito de un arrendamiento celebrado solo con uno de los copropietarios sin que los otros hayan prestado su consentimiento?,

- ¿Es precario el arrendatario de quien enajenó el predio que ocupa, respecto del adquirente, si el arrendamiento no se encontraba inscrito y éste no se comprometió a respetarlo?,

- ¿Es precario el comprador, que ocupa el predio a raíz de la compra-venta, cuando se ha resuelto dicho contrato?,

- ¿Es precario el vendedor que ocupa el predio objeto de compra-venta y que no entregó físicamente al comprador?,

2.2.- Frente a estas interrogantes, Magistrados, Abogados que ejercen patrocinio y Profesores universitarios en general, dan respuestas distintas. En sede judicial, Magistrados de todas las instancias han expresado, en sus resoluciones, diversas respuestas frente a las acciones de desalojo en las que se atribuyen a los demandados la condición de precarios, ubicándolos en algunos de los casos expuestos en el párrafo precedente.

Estas preguntas, y algunas otras, serán objeto de desarrollo, análisis y respuesta, en el presente trabajo, lo que me permitirá fijar posición y aportar al debate en el Foro, respecto a la solución de conflictos derivados del ejercicio del Derecho real de Posesión y de Propiedad respecto de bienes, **lo cual constituye también uno de los objetivos de la presente tesis.**

3. DEFINICIÓN DE LA MATERIA GENÉRICA Y ESPECIFICA DONDE SE UBICA EL PROBLEMA A INVESTIGAR

3.1.- Trataremos en el desarrollo del presente trabajo, de abordar el tema, analizando, necesariamente, los diversos conceptos que históricamente han sido atribuidos a la **Poseción en general, como derecho real**, en los diversos Sistemas Jurídicos (Antiguo Derecho germánico y el actual derecho Alemán, el antiguo Derecho Romano, el Derecho francés, el Derecho Español, etc.), y en especial su evolución en el derecho civil peruano y el de algunos países latinoamericanos. Abordaremos, como es lógico e inevitable, el histórico debate entre Savigny y Ihering, respecto del concepto asumido por cada uno de ellos con relación a **la Poseción**.

3.2.- Será también objeto de verificación en este trabajo, la influencia de las teorías (objetiva y subjetiva) de la posesión en los sistemas legales adoptados en los diversos países, en la actualidad.

3.3.- Así mismo, formará parte de la presente investigación un breve esbozo acerca de la evolución histórica de la figura jurídica del precario, desde su aparición en el derecho romano, su regulación en los diversos Sistemas Jurídicos y en especial en el derecho civil peruano; expresando, por supuesto, los conceptos que, a nuestro juicio, son los acertados.

3.4.- Serán abordados algunos de los casos que en la actualidad son objeto de controversia en el foro, pretendiendo con ello contribuir al esclarecimiento de este importante tema del derecho civil peruano. Para ello será objeto de **análisis crítico la diversa Jurisprudencia** expedida por el Supremo Tribunal peruano que, vía casación, ha expedido pronunciamiento sobre lo que es materia del presente trabajo.

3.5.- Será objeto de análisis la histórica evolución legislativa del **Derecho posesorio**, así como de la normatividad relativa **al precario**, en el Perú. Para ello

serán consultados los diversos juristas peruanos como Toribio Pacheco, Gustavo Ángel Cornejo, Jorge Eugenio Castañeda, Jorge Avendaño, entre otros.

Verificaremos, dentro del análisis precitado, la influencia en nuestro país de las teorías existentes sobre la posesión, y, por supuesto, abordaremos una objetiva crítica a la actual regulación normativa en materia del derecho posesorio en general, y de la posesión precaria en particular.

Finalmente, serán absueltas, en forma analítica, cada una de las interrogantes expuestas líneas arriba, exponiéndose los fundamentos que motivan la posición adoptada por el autor de estas líneas.

4.- INDICE

1. INTRODUCCIÓN.
2. ANTECEDENTES NORMATIVOS EN NUESTRO PAÍS ACERCA DEL PRECARIO
3. LA POSESIÓN. REFERENCIAS HISTÓRICAS. TEORÍAS Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO CIVIL PERUANO. ADQUISICIÓN Y CLASES DE POSESIÓN.
 - 3.1. ETIMOLOGÍA Y ORIGEN DE LA POSESIÓN
 - 3.2. TEORÍAS EN TORNO A LA POSESIÓN.
 - 3.2.1. POSICIÓN. UNA VARIEDAD DE LA TEORÍA OBJETIVA.
 - 3.3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA POSESIÓN
 - 3.3.1. LA POSESIÓN EN EL PERU ES UN DERECHO SUBJETIVO

- 3.4. LA DETENTACIÓN Y LA POSESIÓN.
 - 3.4.1. POSICIÓN FRENTE A LA DETENTACIÓN
- 3.5. POSESIÓN MEDIATA Y POSESIÓN INMEDIATA.
- 3.6. LA ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN Y SU LEGITIMIDAD
 - 3.6.1. TRADICIÓN FÁCTICA O MATERIAL.
 - 3.6.2. TRADICIÓN TÁCITA.
- 3.7. LA POSESIÓN EN EL DERECHO CIVIL PERUANO ACTUAL.
RESUMEN
4. EL PRECARIO.
 - 4.1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN EN ROMA DEL PRECARIO
 - 4.2. EVOLUCIÓN DEL *PRECARIUM* EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO
 - 4.3. EVOLUCIÓN EN EL PERÚ.
5. LA POSESIÓN ILEGÍTIMA Y LA POSESIÓN PRECARIA.
 - 5.1. LA POSESIÓN ILEGÍTIMA EN EL PERÚ Y EN EL DERECHO COMPARADO.
 - 5.2. ALGUNOS COMENTARIOS ACERCA DE LA POSESIÓN ILEGÍTIMA EN OTROS PAÍSES.
 - 5.2.1. ANALISIS DE LA POSESIÓN ILEGÍTIMA EN EL PERÚ.
 - 5.2.1.1. POSESIÓN DE BUENA Y MALA FE

5.3. LA POSESIÓN PRECARIA EN EL DERECHO CIVIL PERUANO.

- 5.3.1. DIVERSOS PUNTOS DE VISTA SOBRE EL PRECARIO EN LA DOCTRINA CONTEMPORÁNEA.**
- 5.3.2. POSESIÓN PRECARIA EN NUESTRO PAÍS Y SU VÍNCULO CON LA POSESIÓN ILEGÍTIMA**
- 5.3.3. ¿ES NECESARIA LA REGULACIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 911 DEL ACTUAL CODIGO CIVIL PERUANO?.**
- 5.3.4. ¿ES LA POSESIÓN PRECARIA UNA VARIEDAD DE POSESIÓN ILEGÍTIMA?**
- 5.3.5. ¿ES PRECARIO QUIEN POSEE UN BIEN CON TÍTULO MANIFIESTAMENTE ILEGÍTIMO?.**
 - 5.3.5.1. EL TÍTULO POSESORIO Y LOS ACTOS O NEGOCIOS JURIDICOS NULOS.**
 - 5.3.5.2. EL TÍTULO POSESORIO Y EL ACTO JURÍDICO**
- 5.3.6. JURISPRUDENCIA SOBRE POSESIÓN PRECARIA Y POSESIÓN ILEGÍTIMA**

6. EL ARRENDAMIENTO Y LA POSESIÓN PRECARIA.

- 6.1. EL ARRENDADOR QUE PONE FIN AL ARRENDAMIENTO.**
 - 6.1.1. JURISPRUDENCIA SOBRE LA POSESIÓN PRECARIA Y EL ARRENDAMIENTO**
- 6.2. COMENTARIO A LA JURISPRUDENCIA EXPEDIDA SOBRE ÉSTA MATERIA**
 - 6.2.1. LEGITIMIDAD PARA LOGRAR LA RESTITUCIÓN DEL BIEN**

6.3. EL QUE POSEE UN BIEN INDIVISO SOBRE LA BASE DE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO EN LA QUE NO INTERVINIERON TODOS LOS CONDÓMINOS

6.3.1. LA LEGITIMACIÓN DEL COPROPIETARIO

6.4. EL ARRENDAMIENTO DE QUIEN ENAJENÓ EL PREDIO ARRENDADO, RESPECTO DEL ADQUIENTE.

6.4.1. DERECHO DEL ADQUIRIENTE A LA RESTITUCIÓN DEL BIEN CONDUCTIDO POR UN TERCERO.

6.4.2. JURISPRUDENCIA SOBRE ESTA MATERIA.

7. LA COMPRA VENTA Y LA POSESIÓN PRECARIA.

7.1. EL VENDEDOR QUE CONDUCE EL PREDIO ENAJENADO, QUE NO ENTREGÓ FÍSICAMENTE DICHO BIEN AL COMPRADOR.

7.1.1 LEGITIMACIÓN DEL NBUEVO DUEÑO EN LA ACCIÓN DEL DESALOJO.

7.2. LA POSESIÓN DEL BIEN POR EL COMPRADOR LUEGO DE RESUELTA LA COMPRA VENTA.

7.2.1. RESOLUCIÓN CONTRACTUAL EXTRAJUDICIAL ARBITRARIA O ABUSIVA.

7.2.2 PÉRDIDA DEL TÍTULO DE PROPIEDAD POR EFECTO DE LAS RESOLUCIÓN CONTRACTUAL.

7.2.3 ACCIÓN DEL DESALOJO POR QUIEN FUE EL VENDEDOR.

7.3. ALGUNA JURISPRUDENCIA SOBRE ÉSTE TEMA.

8. SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA REFERIDA A DIVERSAS SITUACIONES PROCESALES QUE SE PRESENTAN EN LA POSESIÓN PRECARIA.
 - 8.1. LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LA DEMANDA DE DESALOJO POR PRECARIO
 - 8.2. POSESIÓN PRECARIA Y LA PROPIEDAD DE LA FÁBRICA LEVANTADA SOBRE TERRENO
 - 8.3. CUANDO EL DEMANDADO ALEGA HABER ADQUIRIDO POR PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE UN BIEN MATERIA DE DESALOJO.
 - 8.4. CUANDO EL DEMANDADO ALEGA MEJOR DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE EL BIEN MATERIA DE DESALOJO.
 - 8.5. CUANDO EL DEMANDADO SE OPONE ALEGANDO LA EXISTENCIA DE UNA DEMANDA DE NULIDAD COMTRA LOS DEMANDANTES
 - 8.6. SOBRE LA APLICACIÓN INDEBIDFA DEL ARTÍCULO 911 DEL CÓDIGO.
 - 8.7. OTROS TEMAS RELATIVOS AL POSEEDOR PRECARIO
 9. CONCLUSIONES.
 10. REFLEXIONES FINALES.
-

PERUANO.

El nuevo concepto del precario y la utilidad de su actual regulación en el derecho civil peruano.**1.- INTRODUCCIÓN**

Existe en nuestro país, desde hace ya algunos años, un intenso e interesante debate respecto del tema de la **posesión precaria** en el Derecho Civil peruano. La controversia es el resultado de la existencia de **diversos conceptos** que se sostienen, en el Foro, respecto de esta variedad en la forma de poseer bienes, expresamente regulada en nuestra norma sustantiva civil; algunos sostienen, como analizaremos mas adelante, que la definición que el actual Código Civil establece sobre el precario, es una en el sentido “vulgar”, pues según se indica, el verdadero concepto de este tipo de posesión es el que se fijó en el derecho romano de la época de Justiniano, es decir la ejerce quien a ruego, recibe un bien de manos de su propietario, a título gratuito y revocable en cualquier momento. Este punto de vista llega a sostener que el concepto “científico” o “jurídico” -no vulgar- del precario se encuentra en la llamada “posesión temporal” producida entre la posesión mediata y la posesión inmediata; ésta posición pretende reivindicar la definición del “precario” por su etimología o por el uso que se le dio hace cerca de 1,600 años, sin atender al nuevo significado atribuido por el uso del que ha sido objeto por las personas a lo largo de todo ese periodo, en especial por la jurisprudencia interna en los últimos 50 años. Otros sostienen que la regulación de la posesión precaria en el Código Civil resulta innecesaria, es decir que no debió ser incluida en dicha norma sustantiva, y que por tal razón debería ser expulsada del mismo, máxime si no constituye un nuevo tipo de posesión pues, refieren sería una variedad de posesión ilegítima.

Por su parte hay quienes señalan, junto con la jurisprudencia producida por las Sala Civil de la Corte Suprema, que la posesión precaria es distinta de la

posesión ilegítima, en razón de que en la primera el poseedor carece de título -sea por que nunca lo tuvo o por que el que tenía feneció- y en la segunda, el poseedor, según se indica, tendría título -aunque ilegítimo-; ésta posición no advierte, como relataremos en detalle mas adelante, que nuestra norma sustantiva civil ha vinculado la existencia de título posesorio sólo al supuesto de la posesión ilegítima de buena fe, conforme se aprecia del texto del artículo 906 del Código Civil³, mas no así con la posesión ilegítima de mala fe, respecto del cual no se aprecia referencia a la necesaria existencia de algún título; es éste último caso, la doctrina, jurisprudencia y derecho comparado, han señalado que la posesión ilegítima de mala fe es aquella que se ejerce sin título alguno o con pleno conocimiento de la invalidez de su título posesorio.

No obstante, es oportuno referir que en nuestro medio no existe mayor debate o discusión respecto de la afirmación de que, en la actualidad, el precario es siempre un poseedor y no un detentador u ocupante -como sostiene hasta ahora un sector de la doctrina contemporánea, en especial europea-; en todo caso no se ha expresado, en nuestro medio, de modo público una opinión contraria a la referida afirmación.

Hasta hace poco en nuestro país se sostenía -lo que hasta ahora se sostiene en muchas legislaciones contemporáneas, en especial aquellas con influencia de la teoría savigniana de la posesión- que el precario no era poseedor en razón de que “reconocía en otro la propiedad” -para Savigny sólo es poseedor quien tiene un bien con *animus domini*, es decir, sin reconocer en otro la propiedad- , pues en virtud del concepto clásico, es precario aquel que recibe -a ruego- el bien a título gratuito de su propietario, quien., como se ha indicado, podía revocar su decisión en cualquier momento.

Como lo expondremos mas adelante con mas detalle, en nuestro país a raíz de la inclusión de la figura -de origen germánico- de la posesión temporal, mediata

³ Código Civil – 1984: Artículo 906: “La posesión ilegítima es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida

e inmediata en el código civil de 1936 -artículo 825-, con evidente influencia de la teoría objetiva de la posesión de Ihering, quedó establecido que el ocupante precario, en su versión clásica, –es decir, aquel que recibió del dueño el bien que ocupa- pasó de detentador a poseedor inmediato y el dueño poseedor mediato, así lo reconoce el maestro sanmarquino Jorge Eugenio Castañeda⁴. Sin embargo tal punto de vista ha sido superado en la actualidad con la definición de precario contenida en el artículo 911 del Código Civil de 1984, según el cual la posesión es precaria cuando se ejerce sin título; obviamente al carecer de título el precario no será posible la identificación de un poseedor mediato, pues éste solo puede existir jurídicamente en virtud del título que le concedió al poseedor inmediato, lo que no sucede en el caso del precario, precisamente, por ausencia del mismo.

En sede judicial, Magistrados de todas las instancias han expresado, en sus resoluciones, diversas respuestas frente a las acciones de desalojo en las que se atribuyen a los demandados la condición de precarios, ubicándose en algunos de los supuestos referidos en los párrafos precedentes.

Similar controversia existe frente a otras situaciones expresadas en las interrogantes referidas en la presentación del presente trabajo, y que comentaremos con mayor profundidad más adelante.

Los Magistrados, preocupados por las diversas respuestas dadas por lo Órganos jurisdiccionales respecto de los casos antes mencionados, los han sometido a debates nacionales a través de los Plenos Jurisdiccionales Civiles⁵ que se

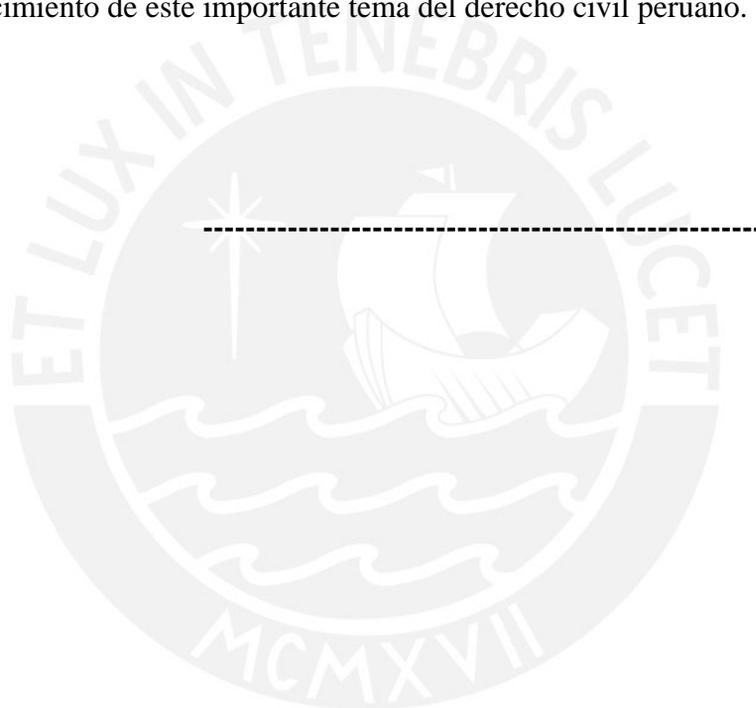
su título.”

⁴ CASTAÑEDA, Jorge Eugenio... **“Los Derechos Reales”**. Talleres Gráficos P.L. Villanueva. Perú. 1973. Tomo I. Cuarta Edición. Pág. 111. Refirió el maestro sanmarquino, en aquella época -año 1973- , que el artículo 825 del Código Civil de 1936, que regulaba la posesión mediata y la inmediata, como posesión temporal, constituía una expresión de la doctrina posesoria de Ihering; refirió además que por ello : *“los tenedores o poseedores precarios son ahora poseedores inmediatos, es decir verdaderos poseedores (.....); poseen temporalmente a virtud de un derecho otorgado por el dueño, que viene a ser el poseedor mediato”*. Sin embargo, como se ha indicado, con la inclusión de la definición de precario en el artículo 911 del C.C. de 1984, al carecer de título, el precario no reconoce en otro la propiedad.

⁵ **Los Plenos Jurisdiccionales Civiles**, fueron eventos de discusión y debate, convocados por la entonces, Comisión Ejecutiva del Poder Judicial cada año, a la que concurren Vocales Superiores Civiles de todos los Distritos Judiciales de la República, con el objeto de uniformizar criterios,

realizaron cada año -entre 1997 y el 2000- en el Poder Judicial, con el objeto de uniformizar criterios jurisprudenciales.

El presente trabajo aspira contribuir al debate sobre este interesante tema, que por ser de palpitante actualidad requiere de un momento de seria reflexión. Trataremos en las siguientes líneas de abordar el tema, analizando los diversos conceptos atribuidos a la posesión en general como derecho real, así como al precario en particular; expresando, por supuesto, los conceptos que, a nuestro juicio, son los acertados. Abordaremos algunos de los casos que en la actualidad son objeto de controversia en el foro, pretendiendo con ello contribuir al esclarecimiento de este importante tema del derecho civil peruano.



respecto de casos que conocen los diversos Órganos Jurisdiccionales, en donde se hayan dado respuestas diversas o contradictorias. El Primer Pleno Jurisdiccional Civil se realizó en la Ciudad de Trujillo en 1997, el Segundo se llevó adelante en la ciudad Piura, en Agosto de 1998, el Tercero se realizó en la ciudad de Cuzco, en Septiembre de 1999 y el último se llevó adelante en la Ciudad de Tacna, en Agosto del 2000. Los tres últimos plenos Jurisdiccionales Civiles han tenido como tema de agenda la mayoría de las interrogantes expresadas al iniciar el presente trabajo. En cada caso, luego de los debates respectivos, sometida a votación las interrogantes, en la mayoría de los casos las respuestas han sido afirmativas, sin embargo los resultados han sido, regularmente, reñidos. Cada una de ellas serán objeto de comentario mas adelante.

2.- ANTECEDENTES NORMATIVOS EN NUESTRO PAÍS ACERCA DEL PRECARIO.

Con anterioridad a la entrada en vigencia del actual Código Civil (Nov. 1984), la posesión precaria solo se encontraba prevista en nuestra norma adjetiva civil (C. de P. C⁶. y D. L. 21938⁷) como causal para interponer la acción de "desahucio"; sin embargo no se estableció normativamente una definición o concepto de la misma. El Código Civil de 1936 no reguló expresamente la posesión precaria, ni se estableció definición alguna al respecto.

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 pagada⁸, o la acción del que se adjudico un predio en remate judicial contra el ocupante, aun cuando éste haya venido pagando renta a su anterior propietario⁹; 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

⁶ **Código de Procedimientos Civiles.** Artículo 970: “..... (segundo párrafo) *Hay también acción de desahucio para recuperar bienes inmuebles que usa otra persona de modo precario y sin pagar pensión.*”

⁷ **El Decreto Ley N° 21938**, del 20 de septiembre de 1977. estableció el denominado “Régimen del contrato de locación-conducción de casa habitación”; el inciso b) del artículo 14 de dicha norma señaló que la acción de desahucio procedía “*si el predio es ocupado por otra persona de modo precario*”:

⁸ **En Revista de Jurisprudencia Peruana** (Rev. J. P.) del año 1957, página 956 : “*Es ocupante precario el acreedor anticrético que continúa ocupando el bien después de cancelada la deuda.*” Jurisprudencia tomada de **GUZMAN FERRER, Fernando...** “Código de procedimientos civiles”. Cuarta edición. Cultural Cuzco S.A., editores, Lima Perú 1982 Tomo II, Pág 1011.

⁹ **En Revista de Jurisprudencia Peruana** (Rev. J. P.) del año 1953, página 1256 : “*El que adquiere un inmueble en remate público, puede demandar la desocupación por ocupación precaria, aunque el demandado haya pagado arrendamientos al administrador judicial que cesó en el cargo.*” Año 1953, pág. 466 : “*Quien adquiere un inmueble urbano, en subasta pública, tiene derecho para interponer la acción de desahucio por ocupación precaria contra quién posee el bien en virtud de un contrato de promesa de venta que consta de documento privado, aunque el ocupante acredite haber pagado parte del precio.*” Ibidem; página 1011

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 vía¹⁰.

En la actualidad nuestra norma sustantiva civil ha establecido de modo expreso el concepto de la posesión precaria, conforme se aprecia del **Art. 911 del Código Civil vigente**¹¹. Aun con las limitaciones propias de una deficiente regulación normativa, es válido reconocer, sin embargo, que el establecimiento del concepto antes indicado, ha permitido un tratamiento mas preciso a esta forma de poseer bienes y ha posibilitado la ampliación de su espectro a otras instituciones del derecho civil peruano que hasta entonces permanecían al margen de este tipo de posesión.

No comparto, por ello, la opinión de que el Art. 911 del Código Civil peruano no tiene justificación. Por el contrario, la rica experiencia judicial en materia de acciones restitutorias de la posesión, como la acción de desalojo¹², que reflejan los conflictos originados en el déficit de viviendas, crecimiento distorsionado de las ciudades y las graves dificultades económicas que atraviesan grandes sectores sociales del país, permite apreciar la necesidad de una regulación normativa sobre aquella variedad de posesión que se ejerce perjudicando directamente el derecho del titular del bien, esto es, de su propietario; máxime si en nuestro país la jurisprudencia, que si bien ha evolucionado en términos generales en

¹⁰ **En Anales Judiciales de Corte Suprema de la República**; año 1948, pág. 141 y 143; año 1958, pág. 62; año 1965, pág. 104 : “ *El comprador de un inmueble que no ha entrado en posesión de él, carece de derecho para interponer demanda de desahucio por ocupación precaria contra los vendedores. Debe iniciar la acción rescisoria o pedir la entrega en la vía ordinaria o sumaria, según el valor del bien*”.

Publicada en “El Peruano” el 15 de mayo de 1981 : “*No es ocupante precario quien entro en posesión del inmueble mediante contrato de compra-venta celebrado con la demandante, aunque éste fue declarado nulo, si en juicio de la materia se ordenó al vendedor la devolución del precio recibido, lo que no hizo, y se nombró al demandante depositario del mismo*”. *Ibiden*; página 1010.

¹¹ **Art. 911 del C. C.**: *La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido.*

¹² El texto del **Art. 585 del Código Procesal Civil** peruano, que regula el “**procedimiento**” en materia del **desalojo**, precisa: “La restitución de un predio se tramita con arreglo a lo dispuesto para el proceso sumarísimo y a las precisiones en este Subcapítulo”. El Subcapítulo a que se refiere esta norma es el **Subcapítulo 4° (desalojo), del Capítulo II (disposiciones especiales), del Título III (proceso sumarísimo), de la Sección Quinta (procesos contenciosos) del Código Procesal Civil.**

forma positiva, sin embargo, ha sido muchas veces contradictoria. Se puede afirmar que con la mencionada regulación normativa, se ha proporcionado al propietario de un predio una mejor posibilidad de lograr la restitución de la posesión del mismo, vía la acción del desalojo, de quien lo conduce sin que le asista derecho alguno para ello.

Esta regulación normativa, con las limitaciones antes indicadas, y la precisión de algunos conceptos en materia obligacional y contractual incluidos en el actual Código Civil peruano, como es el caso del arrendamiento, la posesión ilegítima, la tradición fáctica y la tácita para los efectos de la adquisición de la posesión¹³, la posesión mediata e inmediata¹⁴, la resolución contractual, entre otros, ha traído consigo una vasta discusión en el foro respecto de este tema, existiendo en la actualidad diversidad de opiniones, muchas de ellas opuestas entre sí, respecto de la inclusión, en definición normativa del precario, de algunas situaciones que hasta hace algunos años eran, jurídicamente, imposibles de imaginar.

¹³ **Art. 900 del C.C.:** *La posesión se adquiere por la tradición, salvo los casos de adquisición originaria que establece la Ley.*

Art. 901 C.C.: *La tradición se realiza mediante la entrega del bien a quien debe recibirlo o a la persona designada por él o por la ley y con las formalidades que ésta establece.*

Art. 902 del C.C.: *La tradición se considera realizada: 1.- Cuando cambia el título posesorio de quien esta poseyendo. 2.- cuando se transfiere el bien que esta en poder de un tercero. En este caso, la tradición produce efecto en cuanto al tercero solo después que es comunicada por escrito.*

¹⁴ **Art. 905 del C.C.:** *“Es poseedor inmediato el poseedor temporal en virtud de un título. Corresponde la posesión mediata a quien confirió el título”*

3.- LA POSESIÓN. REFERENCIAS HISTÓRICAS. TEORÍAS Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO CIVIL PERUANO. ADQUISICIÓN Y CLASES DE POSESIÓN

Sólo con el objeto de abordar cómodamente el tema que es materia de preocupación, expondremos una breve referencia histórica sobre el concepto de la posesión, posteriormente lo haremos con el precario, a efecto de verificar su evolución a lo largo de la historia y su actual estado en el derecho civil vigente.

3.1.- Etimología y origen.-

Es uniforme en la doctrina el reconocimiento de que, respecto de la etimología de la voz *possessio*, no existe uniformidad de criterio, pues, según indica Peña Guzmán, los autores discrepan sobre el sentido que se pretende hacer derivar de ella¹⁵. Tal apreciación se ve corroborada cuando Russomanno¹⁶ al referirse a la posesión por su etimología hace uso de la voz *possidere*, y señala que ésta proviene del sufijo *sedere* (sentarse) y del prefijo *pos*, que aunque es dudoso, posiblemente, provenga de la palabra *pot*, raíz de *posse* (poder), que significa asentarse, asentamiento, señorío.

Se trata en realidad –como refiere Messineo–, de un instituto antiquísimo como la manifestación del *poder de hecho* que el hombre ejerce sobre las cosas¹⁷; acertadamente refiere el citado autor italiano, que se trata de un poder no disociable con la idea misma del sujeto, pues no existe uno que no ejerza un poder sobre las cosas; por ello se puede afirmar que es anterior a la propiedad, en la medida que el ejercicio de tal poder puede no tener su origen en la titularidad del derecho.

¹⁵ PEÑA GUZMAN, Luís Alberto... “**Derecho Civil. Derechos Reales**”. Primera reimpresión de la primera edición. Tipografía Editora Argentina. Buenos Aires. 1975. Tomo I. Pág. 185.

¹⁶ RUSSOMANNO, Mario C. ...“**La posesión en los principales Códigos Civiles contemporáneos**”. ABELEDO-PERROT. Buenos Aires. Argentina. Pág. 9

¹⁷ MESSINEO, Francesco. “**Manual de derecho civil y comercial**”. Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1954. Buenos Aires. Argentina. Pag. 202.

Laquis¹⁸ refiere que en la Roma antigua el vínculo del hombre con las cosas

fue eminentemente posesorio; citando a Francesca Bozza, refiere que dicha vinculación no reclamaba empleo de trabajo y dinero, pues la actividad era pastoril y no requería ostentación de propiedad; y podía pacer su rebaño cuando quería. La relación de la posesión con el carácter pastoril, citado, se explica porque esa relación se manifestaba con el *ager publicus*; a raíz de ello se constituyeron las primeras *posesiones*, al que de muy antiguo se le designaba con el término *pascua* (latín: pasto, prado, destinado a pastar).

Algunos autores no le prestan mucha importancia al origen etimológico de las palabras, en éste caso, de la posesión. Comentando sobre la etimología de la posesión Hernández Gil¹⁹ refiere que las preocupaciones por el origen etimológico de las palabras que designan instituciones jurídicas, han caído en desuso; ello en razón de que el lenguaje es para el derecho casi todo menos servilismo etimológico; agrega que el proceso histórico cultural de las instituciones es tan rico y profuso que difícilmente se atiende a unos puros moldes lingüísticos. No obstante reconocer que todo lenguaje es el resultado de consensos colectivos inconscientes, el citado autor español, hace referencia a dos etimologías muy divulgadas de la palabra posesión : **a)** Una de ellas es la palabra *possessio* (*possidere, possideo, possessum*) que deriva de la voz *positio pedium* que equivale a insistencia o “ponimiento de pies”, como lo refieren Las Partidas de Alonso el Sabio; y **b)** la otra señala que procede de la palabra *sedere* que equivale a sentarse o asentarse, establecerse en una cosa determinada; ésta última se ve reforzada por el significado del prefijo *pos*. Se aprecia que ambas dotan a la posesión de un significado predominantemente físico o material, es decir, vinculado a la idea de contacto físico con la cosa.

¹⁸ LAQUIS, Manuel Antonio... “**Derechos reales. Parte General-Posección-Protección posesoria**”. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1975. Pág. 142. Laquis señala que el *ager publicus* estaba constituido principalmente por tierras conquistadas al enemigo. Sobrevvenida la dominación etrusca, subsistió aún mucho tiempo después de ella, y su utilización común para el pastoreo, se denominó asimismo “*possessio*”

¹⁹ HERNÁNDEZ GIL, Antonio... “**La posesión**”. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1980. Primera Edición. Pág. 28 y 29. Refiere el citado autor español, que BONFANTE se ha opuesto decididamente a la tendencia dominante; y señala que resulta inexacto traducir “*possessio*” por posesión. Indica que las fuentes literarias romanas demuestran que la palabra *possessio* no se le atribuía un significado material, sino mas bien el sentido jurídico del poder, señorío o dominación.

Con similar razonamiento, Jorge Musto²⁰ señala que el prefijo o partícula *po* unido a la palabra *sedere* (sentarse) le otorga mas fuerza al significado de ésta última; así la palabra *possidere* significa insistir en sentarse, volver a sentarse o establecerse en un lugar; reiterando lo expuesto por Russomanno, este autor refiere que algunos señalan la posibilidad que el prefijo *pos* provenga de *pot* o *poli* derivada del sánscrito y que significa señor, amo o jefe; de lo que se concluye que, en tales términos poseer significa sentirse señor.

Comentando su origen romano, Castañeda²¹ señala que una edición de las Pandectas, conocida con el nombre de Vulgata contiene un texto de Paulo según el cual la posesión vendría a ser “tenencia de pies” o insistencia. Esta referencia romana guarda similitud con la noción española que se reconoce en las Partidas de Alonso el sabio (Partida III, tit. 30. ley 1); ésta noción contiene dos expresiones, una de ellas alude a la “*Posesión tanto quiere decir como ponimiento de pies*”; y la otra que literalmente señala “*Segun dixeron los sabios antiguos es tenencia derecha que ha ome en las cosas corporales con ayuda del cuerpo e del entendimiento*”; es evidente, como lo refiere el maestro sanmarquino, que éstas definiciones han sido abandonas.

Las fuentes romanas, como se ha indicado líneas arriba, no son uniformes, pues, como lo reconoce Castañeda²², existe otra edición de las Pandectas, de procedencia florentina, donde aparece la posesión con el significado de asentarse, fijarse, instalarse sobre la cosa. Tal apreciación resulta coincidente con la que expone Rossomanno, citado líneas arriba. Para corroborar lo disperso de las fuentes romanas, Bonfante al comentar los textos romanos señala que la traducción más exacta de *possessio* sería la de señorío, dominación, que son las palabras que, según

Alejandro “señor del mundo” es un *orbis posesor*. Ovidio exalta la figura de un dios como poseedor de la tierra y los mares. Estamos frente a un primer paso de la espiritualización de la posesión:

²⁰ MUSTO, Néstor Jorge... “**Derechos Reales**”. Rubinzal y Culzoni S.C.C., Editores- Santa Fe. Tomo I. Pág 109. Citando al autor español Vallet de Goytisolo, refiere que la posesión parece que etimológicamente deriva de las palabras *post sedere*, o sea, “después de estar sentado”, significado que presupone una noción de tiempo.

²¹ CASTAÑEDA, Jorge Eugenio... Op.Cit. Pág. 90.

²² CASTAÑEDA, Jorge Eugenio... Op.Cit. Pág. 90-91

indica, representan precisamente una relación de hecho equivalente a la plenitud del dominio. Como lo ha señalado Jorge Musto, Bonfante refiere que algunos “glotólogos” aseguran que morfológica y fonéticamente era probable la vieja etimología de *potis* o *pote sedeo*, por lo que concepto genuino de la posesión no vendría del débil *sedere*, que solo significa sentarse, sino de la enérgica afirmación “me siento como señor”.

Comentando la extensión progresiva de la idea de posesión, refiere Planiol, los jurisconsultos romanos, solo conocieron la posesión en su aplicación más perfecta; es el caso de una persona que detenta una cosa, de una manera actual y exclusiva, pudiendo servirse de ella y de ser el caso consumirla o destruirla; se trata de la posesión como poder físico, lo que permitía establecer que la posesión solo era posible respecto de bienes corpóreos –*possessio rei*- . Con el tiempo se conoció que era posible ejercer de hecho –poseer-, sobre una cosa, un derecho de servidumbre, lo que pasó a ser la llamada *possessio iuris* o *quasi-possessio*²³.

Por su parte, Eugene Petit precisa que en el derecho romano se definía a **la posesión** como el hecho de tener en su poder una cosa corporal, reteniéndola materialmente, con la voluntad de poseerla y disponer de ella como lo haría un propietario²⁴. Refiere el autor que los romanos consideraron que para poseer se requieren dos elementos: uno de ellos es el de tener el bien físicamente en su poder –*corpus*-, y el segundo el “*ánimus domini*”, es decir la intención de conducirse como dueño; consideraban que estos elementos los reunía no solo el propietario, sino también el que adquirió el bien a “non domino”, e incluso el propio ladrón, que retiene la cosa robada con el objeto de disponer de él como si fuera dueño. Perdidos estos dos elementos cesa la posesión. Tal es el caso, por ejemplo, el del poseedor de una casa que, habiéndola enajenado, se queda a título de inquilino, en cuyo caso ya no posee y solo será instrumento de posesión de otro. De ello se puede concluir que en el derecho romano la posesión se pierde no necesariamente cuando otro lo

²³ PLANIOL Marcel. “**Tratado elemental de derecho civil – Los bienes**”. Editorial José M. Cajica Jr. Mexico. Pág. 95.

²⁴ PETIT, Eugene... “**Tratado Elemental de Derecho Romano**”. Traducido de la novena edición francesa por don José Fernández Gonzáles. 14^o edición. Editorial Porrúa. México 1998. Pág. 238.

adquiera, sino cuando ya no se quiere tener el bien, esto es, carece de *animus domini*²⁵.

Como se puede apreciar los romanos consideraban la posesión estrechamente vinculada al ejercicio del derecho de propiedad. Sin embargo, algunas corrientes de esa época han considerado **la posesión** como un hecho que, aun cuando no era ejercida por su propietario, se encontraba protegida por el Derecho, produciendo efectos jurídicos. Existió entonces una discrepancia entre los jurisconsultos romanos, de modo que mientras Paulo (Paulo, L. I, & 3, D.) consideraba a la posesión como un hecho, Papiniano (Papiniano, L. 49, & 1, D.)²⁶ sostenía la opinión contraria, esto es, la consideraba como un derecho. Esta discrepancia se ha mantenido, con sus matices, durante la época de los glosadores, así el glosador Olivart se adhirió a la primera de las opiniones antes citadas, mientras que Bartolo lo hacía a la segunda²⁷.

Las dificultades para establecer un concepto uniforme sobre la posesión han sido cada vez mayores. Peña Guzmán ha señalado que éstas –dificultades- existen para explicar como se configuró la posesión en Roma, ello se debe, refiere, a la carencia de documentos auténticos que pudieran servir para fundamentar un conocimiento decisivo sobre el particular, lo que ha dado lugar a la aparición de diversas teorías. Doctrinariamente, señala el citado profesor argentino, se admite en opinión casi unánime que desde la crítica que Ihering hizo de la teoría de la posesión de Savigny –producida durante el siglo XIX, y que comentaremos mas adelante-, se ha enseñoreado en la doctrina la mas horrible confusión y el mas agudo desconcierto, no existiendo sobre los problemas fundamentales soluciones consagradas ni aun admitidas por una razonable mayoría²⁸.

Se conoce que Ihering llegó a señalar que la posesión es la institución molusco, es decir blanda y flexible, en el sentido que no opone la resistencia a las

²⁵ Ibidem, Pág. 242.

²⁶ Ibidem, Pág. 239.

²⁷ DIEZ-PICAZO, Luís... "**Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial**". Volumen Segundo. Editorial Tecnos S.A.. 1986. España.

ideas que se introducen en ella, que la que oponen otras instituciones, como la propiedad y la obligación.

Similar apreciación tiene sobre esta materia José Galiano, quien señaló que la posesión es una de las materia mas difíciles y abstrusas del derecho civil; agrega sin embargo que desde los primeros tiempos del derecho romano, la posesión ha sido reconocida y amprada como una de las instituciones del derecho civil, y hasta nuestros días nadie a puesto en duda la necesidad jurídica de protegerla²⁹.

Las gravísimas dificultades en materia de posesión, fueron advertidas desde 1853 por Andrés Bello, quien señaló que ésta provienen de la inexactitud del lenguaje, al comentar el artículo 830 del proyecto de Código Civil de 1853, en Chile. Sobre éste tema el profesor chileno Victorio Pescio, citando a Antonio Butera –profesor de la Universidad de Roma, autor de la obra “Il Codice Civile Italiano”- precisa que en materia de posesión todo es controvertido; su índole, su génesis, sus fundamentos, sus especies, constituyen el tormento mas grande de la historia y de la doctrina³⁰

Con relación al fenómeno posesorio, Russomanno³¹ ha señalado que las fuentes romanas se refieren a éste en forma inconexa y, a veces, confusa; por ello concluye, resulta difícil encerrar esas normas en el marco estrecho de una doctrina; citando a Robert von Mayr, precisa que es muy difícil o quizá imposible, reducir las fuentes a una concepción armónica de la posesión.

²⁸ PEÑA GUZMAN, Luís Alberto...Op. Cit. Pág. 187.

²⁹ GALIANO, José... “**De las cosas. La posesión y las acciones posesorias**”. Jesús Menéndez e hijo. Libreros editores. Buenos Aires. Argentina. 1923. Pág. 41

³⁰ PESCIO V. Victorio. “**Manual de Derecho Civil**” Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile 1958. Pong. 167.

³¹ RUSSOMANNO, Mario C. Op. Cit. Pág. 9.

Desde el punto de vista del derecho francés Josserand señala que la posesión, por lo menos cuando se la opone a la propiedad, consiste en un poder físico, en la dominación ejercida sobre una cosa, al que le denomina *possessio rei*³².

3.1.1.- La posesión en el derecho germánico.

Comentario especial merece –en esta materia- el modelo jurídico germánico, que a diferencia del individualismo romano, tenía raigambre colectivista, se conoció, en asuntos de derechos reales, la "**Gewere**", que según José Manuel Pérez-Prendes Muñoz-Arraco³³, constituye uno de sus fundamentos básicos. Otro de los fundamentos básicos de los derechos reales germánicos fue la radical distinción entre los bienes inmuebles y muebles, constituida por la necesidad de establecer con precisión que la propiedad de la tierra (inmueble) correspondía a los grupos (familias o Sippen-asociación familiar-) y la propiedad del utillaje y armas (muebles) a los individuos.

Refiriéndose a la palabra **Gewere**, el citado autor señala que su significado esta referido al **acto público de guardar, vigilar, retener algún bien**. Aludiendo a este concepto, precisa además que el derecho germánico, regido inicialmente por el principio de materialidad, no concibe un puro derecho abstracto si éste no se encuentra directamente conectado a actos visibles perceptibles a los sentidos; es por ello que quien custodia, retiene y domina un bien, y se presenta ante todos en forma pública, es considerado como revestido jurídicamente del derecho a tal bien, sin que se entre en consideraciones internas del sujeto, en el sentido que posea ánimo o,

³² JOSSERAND, Louis... "Derecho Civil – La propiedad y los otros derechos reales y principales". Ediciones Jurídicas Europa-América; Bosch y Cía. – Editores. Buenos Aires. 1952. Tomo I, Volumen III. Pág. 55.

³³ PEREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, José Manuel, "**Interpretación Histórica del Derecho**". Editado por Servicio Publicaciones Facultad Derecho. Universidad Complutense Madrid. Laxes, SL, Fotocomposición. Ediciones. España. 1996. Pag. 303. El autor, refiriéndose a la Gewere, que es uno de fundamentos básicos del régimen germánico de derechos sobre las cosas, señala que su concepto original evolucionó, superándose progresivamente el principio de materialidad que regía en el derecho germánico, indicando que: "La Gewere puede ser tanto "corporal", es decir la forma jurídica de los derechos reales (pues quien disfruta o domina materialmente una cosa es considerado como titular del derecho sobre ella), como "ideal" en cuanto representa ella misma un derecho, ya que al ser una situación transmisible por negocios o sentencias y heredable produce efectos jurídicos propios con independencia del señorío corporal efectivo sobre la cosa misma." (sic)

como lo indica, posibilidades de asumir ese derecho. Sin embargo a este concepto se le agregó la legitimidad jurídica de la acción de tenencia de la cosa; se dotaba así, refiere el autor, al concepto de la **Gewere** una pluralidad de matices, pues reunía el hecho y el derecho. La evolución del concepto trajo consigo el rompimiento progresivo del principio de materialidad, pues se llegó a aceptar la llamada **Gewere corporal**, esto es, como un hecho, y la **Gewere ideal** entendida como un derecho. Se presentan también, en esta evolución las posturas intermedias de las **Gewere inmediata** y la **Gewere mediata**, que se refieren, por ejemplo a quien cultiva un fundo y adquiere directamente los frutos naturales y el dueño de la misma tierra cedida temporalmente para su explotación agrícola, respectivamente.

Precisamente, ésta característica de la **Gewere germánica**, que distingue poderes de hecho que se ejercen sobre cosas, tanto en el sentido **material** como el **ideal**, es lo que lo diferenciaba de la *possessio romana*³⁴. Esta figura del derecho germánico antiguo nos acerca a la idea de la conocida posesión mediata y la posesión inmediata regulada en muchos códigos civiles contemporáneos.

Ahondando en el concepto antes descrito, el autor alemán Wolff³⁵, refiere que la "**Gewere**" del derecho medieval alemán es, al igual que el hecho en la posesión en el moderno derecho, y por lo regular, un puro señorío de hecho sobre la cosa. El derecho alemán no distingue entre posesión jurídica y detentación: tiene también "**Gewere**" el que carezca de *animus dominantis*.

En el derecho germánico se conocía de otra categoría, a la que se le denominaba **Rechtgewere** (*gewere jurídica*). Hernández Gil³⁶ señala que a esta figura se le reconocía como justa; ésta era apoyada en un título que, aún careciendo

³⁴ VALECIA ZEA, Arturo. "**La Posesión**" Editorial Temis Bogotá. 1968. Pág. 106

³⁵ WOLFF, Martín. "**Derecho de cosas**", Décima revisión efectuada por Martin Wolff y Ludwig Raiser. Volumen primero -Posesión, derecho inmobiliario, propiedad-. Tercera edición. Bosh, Casa Editorial. Barcelona.1971. Pag. 34. Este autor precisa que : "La "**Gewere**" sobre un inmueble se transmite al adquirente no solo mediante la entrega, sino también mediante el consentimiento formal de transmisión y aquel a quien se le despoje por la fuerza del señorío no pierde por esto la "**Gewere**". Suele llamarse ahora "**Gewere ideal**" (*idealle Gewere*) a la situación del que tiene la "**Gewere**" sin señorío de hecho o "**Gewere corporal**" (*leibliche Gewere*)".

³⁶ HERNÁNDEZ GIL, Antonio.. Op Cit. Pág. 82

de validez, engendraba una apariencia sin que fuere necesaria la prueba ni la exhibición del título; en caso de impugnación judicial era suficiente la afirmación del mismo y el juramento respectivo; tal derecho podía obtenerse también con el transcurso del tiempo; para ello se requería el transcurso de un año y un día; algunos refieren que se trata del antecedente inmediato de la posesión de un año y día, recogida en la legislación civil española.

En ambos sistemas jurídicos –el de origen romano como el germánico-, guardando las distancias, el señorío o la potestad inmediata que se ejerce sobre las cosas y la posibilidad de ejercer derecho subjetivo sobre ellas, esto es, el reconocimiento de la posesión como señorío de hecho y la posesión como derecho, se ha arribado luego de una natural evolución de los conceptos, concordante, evidentemente al desarrollo social y económico de los sistemas sociales.

3.2.- Teorías en torno a la Posesión:

La controversia entre la teoría objetiva de la posesión y la subjetiva -que la concibe como la concurrencia de dos elementos: *corpus* y *ánimus*-, se han mantenido durante la era de la codificación y con posterioridad a ella.

No existe discusión cuando el que detenta el bien es el titular del derecho, esto es, su propietario, pues, en este caso, el poder del que esta investido éste le otorga, de por sí, el derecho correspondiente, para usar, disfrutar, enajenar, e incluso para ejercer no solo acciones defensivas (interdictales) de la posesión, sino además las acciones restitutorias, así como, de ser el caso, las acciones ofensivas, como es el caso de las reivindicatorias. En realidad la discusión se abre cuando quien se encuentra en contacto directo con el bien es persona distinta a su titular; en este caso se dice que el nudo propietario, tiene el derecho a la posesión del bien que le pertenece y que se encuentra en poder de otro..

Ortolan³⁷ -con gran dosis de la teoría savigniana de la posesión- expresaba,

ya en el siglo XIX, su convencimiento que en esta materia, las controversias suscitadas –así como los errores que ella se han cometido- proceden de que se comúnmente se han confundido los dos tipos de posesiones, a saber: la posesión puramente física, independiente de todo derecho y la posesión tal como la ley la considera; refiere que es preciso distinguir entre ambas, y que el error ha consistido –en su opinión- trasladando a una lo que le pertenecía a la otra.

En esto Savigny es mas directo que Ortolan y llama las cosas por su nombre; a lo que éste denomina “*posesión física*” aquel le llama *detentación o tenencia* y a lo que el profesor Ortolan llama “*posesión legal*”, el primero la define como simplemente *posesión* en el sentido estricto; así también a lo que Ortolan denomina “*hecho e intención*” que configuran los elementos de la posesión que él denomina *posesión ante la ley o legal*, Savigny denomina “*corpus y animus domini*”. Por ello cabe precisar que, al igual que Savigny, Ortolan sostiene que el arrendatario, el que recibe a préstamo, y el mandatario, aunque tengan las cosas corporalmente, no adquiere la posesión de ella, pues sus intenciones son de tenerla para el dueño.

Ihering, en el ataque frontal a la teoría –reinante en esa época- que expuso Savigny, señaló de modo didáctico en su obra “*La voluntad en la Posesión, con la crítica del método jurídico reinante*”³⁸, la diferencia entre su teoría y la de Savigny, tomando como referencia la relación de la tenencia y de la posesión, según ambas teorías; se formula la siguiente pregunta: ¿Qué le falta a la simple tenencia para constituir la posesión?. Refiere que según la teoría reinante -la de Savigny-, el

³⁷ ORTOLAN M... “**Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano**”. Quinta edición revisada y aumentada. Tomo I, Libros I y II de la Instituta. Madrid, Librería de D. Leocadio López, Editor. 1884. En la Pág. 302. Distinguiendo las dos posesiones, precisa: “*La posesión física, hecha abstracción de todo derecho, no es mas que un hecho, cual es la detentación u ocupación real de una cosa. La intención del detentador y la de los demás para nada entra en ella: basta el hecho para que haya posesión física... Este hecho no deja sin embargo de tener influjo en el derecho. Pero no es esto lo que se entiende ordinariamente en la ley por posesión propiamente dicha (possessio). La posesión ante la ley –precisa el profesor Ortolan- es no solo un hecho, sino también un derecho, y en la que entra por mucho la intención de las partes. La detentación corporal de una cosa puede no tener lugar: “possessio non tantum corporis possidere; sed juris est”. Se expresa por estas palabras (...) simplemente possidere. Dos elementos componen esta posesión legal: el hecho y la intención*”

³⁸ IHERING, Rodolfo von... “**La voluntad en la posesión, con la crítica del método jurídico reinante**”. Versión española de Adolfo Posada. Segunda parte de la teoría de la posesión. Madrid Imprenta de la Revista de Legislación.1910. Pág. 59 y 60.

animus rem sibi habendi o animus domini; la voluntad del tenedor no tiende a poseer la cosa para sí, sino para el señor o dueño de la posesión; según esta teoría la diferencia entre la posesión y la tenencia descansa en una calificación de la voluntad de poseer; según la teoría del profesor de Goettinga, la importancia de la voluntad para la doctrina de la posesión, estriba por entero entre la distinción hecha entre la relación posesoria en su sentido lato, y la simple relación de lugar. Explica que la distinción entre posesión y tenencia no se funda en la voluntad de poseer, pues en uno y otro caso existe el *corpus* y el *animus*, y si el primero tiene, no la posesión sino la simple tenencia, el fundamento de ésta está, según la teoría objetiva, en el hecho que, por motivos prácticos, el derecho –la ley- en ciertas relaciones ha quitado los efectos de la posesión³⁹; Ihering, para exponer de modo gráfico la diferencia entre su teoría y la teoría reinante en su época, simuló una famosa expresión algebraica; la expuso de la siguiente manera:

- para la **teoría subjetiva** la fórmula sería:

$$x = a + \alpha + c$$

$$y = a + c$$

- y para la **teoría objetiva** será :

$$x = a + c$$

$$y = a + c - n$$

Donde *x* es posesión, *y* es tenencia, *c* es el corpus, *a* es el animus, *α* es el elemento *domini*, y *n* que sería la disposición legal que niega la posesión en ciertas relaciones. Como se puede apreciar, comparativamente, lo que para Savigny es simple tenencia, para la teoría objetiva es posesión. Para Ihering la tenencia cuenta con los mismos elementos que la posesión, tanto en el *corpus* como en el *animus*, pero no es posesión en razón de que una disposición del derecho -de la ley- así lo dispone para determinadas relaciones.

En este debate, refieren los tratadistas españoles Diez-Picazo y Gullon⁴⁰, Savigny ha considerado a la posesión como el resultado de la concurrencia de dos

³⁹ IHERING, Rodolfo von... Ibidem Pág. 22.

elementos: el *animus* y el *corpus*, precisando que el *corpus* no es solo la mera tenencia material de la cosa, sino la posibilidad física de ejercer una influencia inmediata en ella así como la de excluir la influencia de terceros; respecto del *animus*, a quien considera como el elemento espiritual, señala que es la voluntad de tener la cosa para sí y como dueño (*animus domini*). Dentro de esta teoría, refieren dichos autores, Savigny considera que el *animus* es la condición precisa de la posesión, de lo contrario solo habría detentación. Así, dentro de esta teoría, el inquilino, que no cuenta con *ánimus domini*, no es poseedor.

Por otro lado, distinguiéndose de la opinión glosada, Rudolf von Ihering sostiene que para que nazca la posesión y se aparte de la mera tenencia, no es necesario la yuxtaposición del *corpus* y el *animus*, como lo indica Savigny, toda vez que éste se encuentra encerrado en aquel, como lo son entre sí la palabra y el pensamiento, esto es, en el *corpus* toma cuerpo la voluntad de poseer (*animus*). En este histórico debate, Ihering ha señalado que no puede ni debe hacerse ninguna distinción entre poseedores y detentadores fundándose sobre el "animus", pues, según refería, unos y otros están movidos por la misma intención: el *animus tenendi*. Los Mazeaud, explicando la teoría objetiva sostenida por Ihering, señalan que la distinción entre ambas categorías de ocupantes: poseedores y no poseedores, debe hacerse *objetivamente*: en principio, el derecho le concede a todo ocupante los efectos de la posesión, no cabe negarlos sino a título excepcional, por razón de una *causa detentionis*, es decir, por una razón derivada del contrato que una al detentador con el propietario⁴¹.

En el fondo, la teoría objetiva de la posesión, sostenida por Ihering, busca la protección de la propiedad, pues considera que **la posesión**, en su noción originaria, no es otra cosa que "la propiedad en la defensiva". Ihering, citado por Jorge

⁴⁰ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. "**SISTEMA DE DERECHO CIVIL**". Volumen III, Quinta edición. Editorial Tecnos S.A..1995. España, Pag. 103.

⁴¹ MAZEAUD Henri y León, MAZEAUD Jean. "**Lecciones de Derecho Civil**", Parte Segunda, Volumen IV. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1960. Pag. 140.

Avendaño en su obra "Derechos Reales"⁴², sostiene que para asegurar la protección de la propiedad, es absolutamente necesario que la sola "exterioridad" de la propiedad, es decir, la posesión, esté respetada y protegida; las acciones posesorias, refiere Ihering, representan medios defensivos de la propiedad; la *rei vindicatio* es el medio ofensivo; agrega que, si esta protección defensiva de la propiedad, no menos absoluta en su esfera que la protección ofensiva, en el sentido que ella es acordada contra cualquiera que turbe la propiedad en su relación, es independiente de la "prueba" de la propiedad, resulta necesariamente que el no propietario que posee goza igualmente del beneficio de esta protección; concluye precisando que para proteger al propietario como poseedor se debe proteger al poseedor de una manera absoluta.

¿Porque se protege la posesión?⁴³, se pregunta Jhering cuando expone los fundamentos de la protección posesoria; nadie formula tal pregunta para la propiedad, insiste; intentando dar una respuesta el autor de la teoría objetiva de la posesión, detecta que en esta materia no existe uniformidad de criterios, no obstante procede a realizar una clasificación de las diferentes teorías que justifican tal protección; identifica dos grupos, un sector de juristas que consideran que tal defensa no tiene fundamento en la posesión misma, sino en consideraciones, instituciones o preceptos jurídicos extraños a ella, al que le denominó "teorías relativas"⁴⁴; en éstas se ubico él, junto con Savigny, Rudorff, Thibaut, entre otros; el otro grupo le denominó "teorías absolutas" en razón de que éstas sostenían que la posesión era protegida por si misma y por ella misma, dentro de las cuales ubicó a Gans, Puchta, Bruns y Stahl. Es famosa la teoría de Jhering que da sustento a la respuesta de la pregunta formulada líneas arriba; señala que "*la protección de la posesión, como exterioridad de la propiedad, es un complemento necesario de la*

⁴² AVENDAÑO V. Jorge. "**Derechos Reales**" Materiales de enseñanza para el estudio del Libro V del Código Civil en la Facultad de Derecho. PUCP. Segunda Edición. 1990. Pág. 114

⁴³ IHERING, Rodolfo von.. "**Teoría de la Posesión –Fundamento de la protección posesoria**". Obra presentada por Adolfo Posada. Madrid Imprenta de la revista de Legislación. 1982. Pág 1. Refiere que la protección a la posesión resulta a primera vista un poco extraña y contradictoria, pues, en algunos casos implica además la protección de los bandidos y ladrones

⁴⁴ Ibidem, Pág. 4

protección de la propiedad, una facilitación de la prueba a favor del propietario, la cual aprovecha también el no propietario”⁴⁵.

Tal fundamento de la protección posesoria fue criticado en su momento por diversos juristas; para ello, refiere Galiano⁴⁶, citaron a Ulpianus, uno de los más grandes jurisconsultos romanos, quien sostuvo que “nada hay de común entre la propiedad y la posesión” *–nihil commune habet proprietas cum possessione–*; y exponiendo los motivos de una de las acciones posesorias dijo que “nada tiene que ver la posesión con la propiedad, siempre está separadas una de otra”. El jurisconsulto alemán responde que ésta opinión de Ulpianus, debe explicarse de la siguiente manera: que al decir que nada tiene en común la posesión con la propiedad, solo se quiere establecer una independencia práctica entre el juicio posesorio y el petitorio para facilitar la prueba de la propiedad; señala que la posesión, así considerada, adquiere frente a la propiedad, una completa independencia; agrega, lo que se alega incluso en nuestros días, que no se puede discutir la propiedad en el juicio posesorio; concluye estableciendo que esa es la razón, el motivo de la creación de la protección posesoria; es decir, se protege la propiedad sin entrar a demostrar el derecho de propiedad.

Además de las teorías expuestas por Savigny y Jhering, autores de **las teorías subjetiva y objetiva de la posesión**, respectivamente; que constituyen referentes básicos en la evolución del derecho posesorio contemporáneo, la doctrina ha identificado otras teorías; entre ellas tenemos la denominada **Teoría de los glosadores**⁴⁷; refiere Russomanno que ésta teoría sostenía que para adquirir la posesión era necesario entablar contacto físico con la cosa; es decir asir con la mano la cosa mueble o poner los pies en el inmueble. A ésta conclusión se llega de la definición etimológica de *possessio* que Paulo (D. 41.2.1 pr.) atribuye a Labeón, y que indica “*naturalmente es tenida por el que está en ella*” (*naturaliter tenetur ab*

⁴⁵ Ibidem, Pág. 57

⁴⁶ GALIANO, José.. Op. Cit. Pág. 55

⁴⁷ RUSSOMANNO, Mario C. Op. Cit. Pág. 18. Refiere este autor que es posible que en la época primitiva la teoría de los glosadores, fuese la aplicable, sin embargo, numerosos textos del Digesto demuestran que ese excesivo rigorismo, había sido ya morigerado en la época clásica. .

eo qui el insistit). Es posible que de esa frase los glosadores –y con ellos los tratadistas anteriores a Savigny-, hicieran un principio general y elaboraran la teoría citada líneas arriba. Sin embargo, en la época clásica, al parecer, el citado principio fue abandonado, pues Paulo señala (D. 41.2.1.21) que “*no es necesario tomar la posesión corporalmente y con la mano, sino que también se toma con la vista y la intención*”.

Se reconoce también en la doctrina la **teoría expuesta por Raymundo Saleilles**⁴⁸, quien refiere que lo que constituye el *corpus* posesorio, es un conjunto de hechos susceptibles de descubrir una relación permanente de apropiación económica, un vínculo de explotación de la cosa puesta al servicio del individuo entre aquel a quien dichos hechos se refieren y las cosas que éstos tienen por objeto. La teoría de Saleilles⁴⁹ difiere de la de Savigny, en que no se requiere de un acto de aprehensión realizado o a punto de realizarse; y de la de Jhering en razón de que para éste el *corpus* es la manifestación de un vínculo jurídico –exterioridad de la propiedad-, mientras que para Saleilles el *corpus* es la exteriorización de un vínculo de subordinación, disfrute y explotación económicos de la cosa.

Además, refiere Saleilles, -citado esta vez por Hernández Gil⁵⁰- la posesión no puede ser concebida como exteriorización de la propiedad; la doctrina del jurisconsulto francés sostiene de modo concluyente la prioridad histórica de la posesión respecto de la propiedad y la independencia científica jurídica; señala: “*La teoría propuesta por mí arranca de la independencia de la posesión respecto a la propiedad desde el punto de vista histórico y llega a la independencia doctrinal. La posesión no se inventa para servir de baluarte a la propiedad: fue anterior a*

⁴⁸ Nació en Beaune en 1855, y falleció en 1912. Raymond Saleilles fue de familia acomodada, de terratenientes y viticultores. Estudió Leyes en la Universidad de París, donde posteriormente fue profesor. Guardando distancia sobre lo expuesto por Jhering, es identificado como una de las variantes de la teoría objetiva que éste impulsó. Comentarios hechos por el editor de su obra “**La posesión de bienes muebles. Estudios de derecho alemán y derecho francés**”. Librería General de Victoriano Suarez. 1927. Madrid España. Pág. 2.

⁴⁹ RUSSOMANNO, Mario C. Op. Cit. Pág. 25.

⁵⁰ HERNÁNDEZ GIL, Antonio... “**La función social de la posesión**” (ensayo de teorización sociológica jurídica). Libro de bolsillo. Alianza Editorial. Madrid. 1969. Pág. 56-57.

ella y una vez constituida la propiedad, sirvió indudablemente para ampliar sus bases, para consolidarla allí donde existía y parecía legítima..” .

Aún con tal distinción Saleilles es considerado una posición dentro de la teoría objetiva de la posesión, pues sostiene que para ser considerado poseedor no se requiere tener *animus domini*, sino un *animus* distinto, que él le ha denominado *animus possidendi* y que constituye un elemento diferenciado del *corpus*. Éste jurista francés declaró ser partidario de la teoría objetiva de Jhering, no obstante, tomando distancia de él, sostuvo que se aparta de dicha teoría en lo siguiente: el acto en que consiste el *animus* no es el simple acto de tenencia y disfrute de la cosa, es el acto de señorío, que debe ser tal que implique que no hay renuncia a éste señorío, y por consiguiente existe un *animus possidendi* distinto de la voluntad de retener y gozar la cosa, y distinto también del *animus detinendi* que alude el profesor de Goettinga⁵¹.

Estableciendo diferencias con la teoría de Savigny, Saleilles señala que éste *animus possidendi* no es un *animus domini* –de la teoría subjetiva de la posesión–, en realidad, la voluntad de obrar como dueño y no con el propósito de titularse como propietario (*animus rem sibi habendi*). Para Rossomanno⁵², la teoría del *animus possidendi* de Saleilles es parecida en lo fundamental, con ciertas diferencias, a la *animus domini* de Savigny.

Muchos juristas –al igual que Saleilles– han intentado tomar distancia de las teorías de Savigny y Jhering, pretendiendo con ello aparecer como una tercera posición o teorías distintas. Así por ejemplo el autor argentino López de Zavalía⁵³, cuando se refiere al poder o potestad que la persona ejerce sobre las cosas le denomina “**Señorío fáctico**”; en el análisis de esta figura encuentra dos dificultades, una esta referida al léxico usado por el legislador, y la otra es el que denomina “lastre del criterio de autoridad”; refiere que es clásico referirse a las

⁵¹ RUSSOMANNO, Mario C. Op. Cit. Pág. 31

⁵² RUSSOMANNO, Mario C. Op. Cit. Pág. 32

⁵³ LOPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J.... “**Derechos Reales**”. Tomo I. Zavalía Editor. Buenos Aires-Argentina. Pág. 279-280.

encontradas opiniones de Savigny y de Jhering; si bien es necesario referirse a ellas, sin embargo resulta nocivo someterse a uno de ellos en una suerte de vasallaje intelectual. Dentro de ésta tesis –señorío fáctico-, el citado autor argentino identifica cinco tipos de fenómeno, a saber: posesión, cuasiposesión, tenencia fuerte, tenencia débil y detentación; las tres primeras llaman especialmente la atención porque presentan un punto común de interés: las acciones señoriales. Atendiendo al objeto del presente trabajo, limitaremos nuestro análisis al concepto que él tiene del señorío fáctico al que denomina posesión; diremos, respeto de éste autor, que para él la posesión es la condición de hecho de la efectividad económica de aquellas facultades de la propiedad que suponen un actuar material sobre la cosa⁵⁴.

El histórico debate sobre la posesión, acontecido en la segunda mitad del siglo XIX, tuvo impacto internacional en materia posesoria; muchos países en el mundo que tuvieron sus respectivos códigos civiles durante el siglo XIX, se adhirieron, en materia posesoria a la teoría expuesta por Friedrich Carl von Savigny⁵⁵ Es por todos conocida la influencia que ejerció la teoría del *animus* de Savigny en los Códigos civiles latinoamericanos promulgados en dicho periodo, siguiendo en este tema la línea adoptada por el CODE francés de 1804; en el caso de nuestro país con el primer Código Civil promulgado en 1852 por Rufino Echenique..

Sin embargo tal influencia quedó reducida en parte en nuestro continente americano en siglo XX; en este nuevo periodo creció la influencia del jurista alemán Rudolf von Ihering⁵⁶. y su teoría objetiva de la posesión, la que fue asumida

⁵⁴ LOPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J, Op. Cit. Pag. 283

⁵⁵ LAQUIS, Manuel Antonio... Op. Cit. Pág. 173. Refiere el autor argentino que Savigny nació en Frankfurt el 21 de febrero de 1779. De familia aristocrática y calvinista de Lorena, tuvo que ser llevado al Palatinado, debido a los conflictos religiosos de la época; su padre se convirtió al luteranismo. A los 11 años de edad perdió a sus padres, hermanos y hermanas. Escribió su obra “*tratado de la posesión*”, en seis semanas, a los 24 años de edad en 1803, ello determino su incorporación al mundo jurídico de su tiempo, conquistando amplia aprobación, como provocando polémica que ha trascendido a su muerte.

⁵⁶ LAQUIS, Manuel Antonio... Op. Cit. Pág. 202. Refiere que Jhering nació en Aurich el 22 de agosto de 1818, su pensamiento fue opuesto al de Savigny. Citando a Larenz, el autor argentino refiere que en el desarrollo de la teoría jurídica del método no ha habido ningún pensador jurídico, junto a Savigny, que haya alcanzado tanta importancia como Jhering. Abierto a las más distintas

en el Código Civil alemán de 1900; un claro ejemplo de ello es nuestro Código Civil de 1936, promulgada por Oscar R. Benavides y el actual, vigente desde 1984 promulgada por Belaunde; sigue en esta ruta el Código Civil de México⁵⁷ y el de Brasil. Arturo Valecia Zea⁵⁸, en una importante obra sobre “la posesión”, sostiene que éstos tres códigos civiles latinoamericanos superaron definitivamente el viejo concepto de la *possessio* de los romanos. Insiste el citado autor que, con la excepción hecha de Brasil, Perú y Mexico –que tienen, como es evidente, marcada influencia de la teoría objetiva del profesor de Goettinga-, el resto de los Códigos Civiles latinoamericanos sigue la concepción clásica romana, sostenida por creador de la Escuela Histórica del derecho; así tenemos al Código de Vélez Sarsfield, en Argentina, el de Andrés Bello en Chile –que fue adoptado casi literalmente en el Código Civil Colombiano-, el de Venezuela, entre otros, que siguen esta misma línea acerca de la posesión

3.2.1.- Nuestra posición: la posesión en el Perú esta regulada como una variedad de la teoría objetiva.-

De las teorías expuestas se advierte que la de Jhering⁵⁹ es la que mas se aproxima a la necesidad de priorizar la seguridad jurídica y con ello impedir que quienes conduzcan bienes –legítima o ilegítimamente- con interés propio y satisfaciendo su propia necesidad dando al bien una finalidad económica para su propio beneficio –de vivienda, alojamiento, negocio, etc.- no sean privados –o

sugerencias, hubo pocos que fueran testigos más concientes que él, del desgarramiento intelectual del siglo XIX.

⁵⁷ GALINDO GARFIAS Ignacio. “**Algunas consideraciones sobre la posesión en el Código Civil peruano**” Ponencia presentada en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 9 al 11 de Agosto de 1985; publicado en el Libro de ponencias “El Código Civil Peruano y el sistema jurídico latinoamericano”. Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima Perú 1986Pág. 307. Siguiendo la misma línea que los Códigos Civiles peruano y brasilero, el Código Civil mexicano, para el Distrito Federal, establece en su artículo 790 que “*es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho, salvo lo dispuesto en el artículo 793. Posee un derecho el que goza de él*”.

⁵⁸ VALECIA ZEA, Arturo. Obra citada. Pág. 97.

⁵⁹ En la **CASACIÓN N° 877-2003 La Merced/Junín**, publicada en el diario Oficial El Peruano el 30 de junio de 2005 –Boletín Sentencias de Casación (Pág. 14348)-, la Sala Civil de la Corte Suprema señaló: “*Que el artículo 896 del Código Civil define a la posesión como el ejercicio fáctico de uno de los poderes inherentes a la propiedad independientemente del *ánimus domini* de quien lo ejerza; en ese sentido, según la Teoría de la Posesión de Ihering a la que se afilia nuestro Código Sustantivo, en la posesión hay una relación de hecho establecida entre la persona y el bien para su utilización económica, no requiriéndose del *ánimus*”.*

amenazados de privación- del bien, sino hasta que el órgano jurisdiccional decida a quien le corresponde legítimamente dicha conducción. Cualquier alteración fáctica, de origen privado, de ese estado de cosas, puede ser rechazada extrajudicialmente por el poseedor; o a través de los interdictos o acciones posesorias, según sea el caso. Por ello, en nuestro sistema patrimonial, será poseedor no solo quien reconoce en otro la propiedad, como es el caso de arrendatario, el comodatario, el usufructuario, etc, sino además quien no reconozca en otro la propiedad, como lo es el actual precario -Art. 911 del C.C.-, el usurpador, el ladrón, quien se considere propietario del bien, sin serlo realmente, entre otros. Todos ellos conducen el bien ejerciendo de hecho atributos que le corresponden al propietario.

En realidad de lo que se trata es de mantener el estado de cosas posesorio, en tanto no exista pronunciamiento judicial sobre la validez de tal ejercicio fáctico, sin considerar para ello si subyace o no algún derecho que justifique dicho ejercicio; Creo que la posesión debe ser protegida *per se*, es decir, por sí misma, desligada de otras determinaciones; dentro de ésta idea Hernández Gil⁶⁰ sostiene que la facticidad de la posesión estriba, tanto como en consistir en un hecho, en ser suficiente el hecho para tener ingreso en la significación jurídica; refiere el jurista español que la posesión se muestra así en su pureza; no requiere inquirir un porqué más allá del mostrado por ella misma.

Quien conduzca un bien en interés de otro, o siguiendo instrucciones suyas, no es poseedor; será un detentador. Sin embargo ello solo será posible determinar cuando siendo intimado como poseedor proporcione información que quien posee es persona distinta; ello es así pues en realidad el detentador aparece fácticamente como un poseedor. Si es emplazado judicialmente un tenedor a efecto de que restituya o entregue el bien que conduce, éste deberá proceder haciendo uso de lo que se conoce como llamamiento posesorio⁶¹, indicando al juez que él no es el

⁶⁰ HERNÁNDEZ GIL, Antonio.. Op Cit. Pág. 34-35. Refiriéndose a la independencia de la posesión como institución jurídica, el autor español indica, ésta consiste en lo opuesto, en afirmarse por sí; la situación, en cuanto dada, es objeto de tutela dirigida a mantenerla.

⁶¹ Ver Art. 105 del Código Procesal Civil

poseedor y proporcionando información del verdadero poseedor –nombre completo y dirección- a efecto de que sea éste el emplazado con la demanda.

Sobre este tema, sigo la teoría sostenida por Raymundo Saleilles, precisada líneas arriba, es la que de mejor manera aborda el problema posesorio, esbozando una idea mas completa sobre esta figura del derecho real; en realidad para ser poseedor no se requiere obrar en interés propio –no en interés ajeno-, utilizar el bien para satisfacer sus propias necesidades, sea de uso o de disfrute, asignando al bien una utilidad económica; para ello no se requiere contar con título posesorios justificativo, es suficiente que esto se verifique de modo objetivo, es decir fáctico; no cuenta el poseedor con un *animus* de detentación –como lo sostiene Jhering-, sino un *animus possidendi*, como refiere Saleilles.

3.3. Naturaleza jurídica de la posesión.-

Ha formado parte del histórico debate sobre la posesión si ésta es un simple **hecho** o en realidad constituye un **derecho**. Aún cuando pareciera que ésta discusión ha sido superada, es bueno comentarla en ésta oportunidad, en razón de que existen en la actualidad algunos Códigos Civiles que no la incluyen dentro de los derechos reales; y otros como el español, usan la palabra posesión para asignarla incluso al detentador, bajo la denominación “posesión natural”; es decir, una “posesión” sin efecto jurídico. Veamos.

Savigny, autor de la teoría subjetiva de la posesión, sostuvo de modo reiterado que “*la posesión no pertenece a la categoría de los derechos reales*”⁶²; refiere, sin embargo, la cuestión de saber el derecho local que le es aplicable, se coloca aquí más convenientemente que en ningún otro lugar; establece que la posesión es por su naturaleza una relación puramente de hecho.

⁶² SAVIGNY, Friedrich Carl de... “**Sistema del Derecho Romano Actual**”. Segunda edición. Madrid. Centro Editorial de Góngora. Tomo Sexto. Pág. 323.

No obstante, el promotor de la Escuela Histórica del Derecho, ha admitido en diversas oportunidades que la posesión si bien por sí misma es un hecho; por sus consecuencias se asemeja a un derecho⁶³. Sostuvo Savigny que en efecto, la posesión no es en principio mas que un simple hecho, su existencia es por ella misma, independiente de todas las reglas que el derecho civil ha establecido para la adquisición o pérdida de derechos; dentro de éste concepto, la posesión no puede ser objeto de una transmisión propiamente dicha; dicho en otras palabras, un poseedor no puede jamás como tal, ser llamado el sucesor del poseedor anterior.

Messineo refiere que en la posesión se prescinde de la titularidad del derecho que se ejercita, puesto que la posesión como tal puede carecer del título justificativo; sostiene además, que aún sin título la posesión tiene relevancia para el derecho, sin embargo ello no excluye tampoco que, además del hecho de la posesión, exista un título como fundamento de la posesión misma, en este caso la posesión es manifestación derivada de otro poder, esto es, la que emana del título. En este caso, precisa el citado jurista, debe tenerse presente que si el título de posesión deriva del título del derecho subjetivo, no forma un todo único con él, de tal manera que si, por ejemplo, alguien posee como arrendatario, el título de posesión esta en el arrendamiento; otra cosa es, sin embargo, que éste sea arrendatario, lo cual puede suceder antes que empiece la posesión⁶⁴.

Comentando la histórica controversia doctrinaria antes indicada, Messineo ha señalado que la antigua disputa de que si la posesión es un hecho o derecho subjetivo, se resuelve que la misma nace como una relación de hecho (aprehensión, o entrega, o uso), pero apenas nacida, se convierte en una relación de derecho (aunque sea tendencialmente temporal), en cuanto es inmediatamente productora de efectos jurídicos; concluyendo en definitiva que la *posesión es un derecho subjetivo*, o sea una potestad, como cualquier otro derecho subjetivo.

⁶³ LAQUIS, Manuel Antonio... Op. Cit. Pág. 198.

⁶⁴ MESSINEO Francesco. Obra citada . Pag. 204

Esta forma de ver la posesión había sido ya esbozada por Savigny, luego de una evolución de su pensamiento en esta materia⁶⁵, Savigny llegó a sostener finalmente, refiere el autor glosado, a partir de la sexta edición de su obra "Tratado de la Posesión", que **la posesión no solo es un hecho, es además un derecho, por las consecuencias legales que de ella derivan**, estableciendo que la posesión entra en la esfera del Derecho no solamente en razón de sus efectos, sino por su propia naturaleza como causa determinante de los mismos.

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

Como se ha indicado, es opinión mayoritaria en la doctrina que la posesión es un derecho, y que por tal razón tenga pocos contradictores; Borda⁶⁶ ha señalado –pese a la influencia de Savigny en Código de Vélez Sársfield– que la posesión es un derecho real, porque reúne todos los caracteres de tal: relación directa con la cosa, acción *erga omnes*, falta de sujeto pasivo determinado.

Peña Guzmán⁶⁷ refiere que la doctrina argentina esta dispersa en esta materia; señala que Raymundo Salvat llega a establecer que el Código Civil argentino, a tenor de los términos generales de sus disposiciones referentes al tema, ha considerado a la posesión como un derecho real, equiparándolo a la propiedad.

⁶⁵ DIEZ-PICAZO, Luis. Obra citada, Pag. 465.

⁶⁶ BORDA, Guillermo A. ... "Manual de Derechos reales". Cuarta edición. Editorial Perrot. Buenos Aires. Argentina. Pág. 34.

⁶⁷ PEÑA GUZMAN, Luis Alberto...Op. Cit. Pág. 194. Comentando el tema citado, éste jurista argentino ha señalado que Molinario resta importancia a la polémica que existió entre Savigny i Ihering, pues el Codificador argentino, en esencia se mantuvo fiel al derecho patrio, aceptando algunas modificaciones del derecho francés; sostiene Molinario que la posesión tal como él la definió, es una relación abstracta y por ello resulta imposible estudiar su naturaleza jurídica como si se tratara de una relación concreta.

Refiriéndose a Héctor Lafaille, señala que éste jurista entiende que en la doctrina actual prevalece la tendencia de considerar la posesión como un derecho real, sin importar que no haya sido incluido en la lista prevista en el artículo 2513 del Código de Dalmacio Vélez Sársfield; señala el profesor de la Universidad de Tucumán, que en ésta tendencia se agrupan Martínez, Galiano, Ovejero, Llerena, Cortés, Ibargure, Arias y Valiente Noailles.

En la doctrina opuesta, es decir, quienes consideran que la posesión es un hecho, se ubican, señala Peña Guzmán, Machado, Fornus, Pizarro, Dassen y Allende; este grupo concluye que tal posición es consecuencia del lugar que ocupa la posesión en la legislación argentina, pues como se sabe Vélez en esta parte a seguido a Savigny paso a paso, por lo que debe entenderse que la misma es un estado de hecho defendido por el derecho y no el derecho propiamente dicho.

Refiere, finalmente Peña Guzmán, que la jurisprudencia de los tribunales argentinos no se ha mostrado uniforme –ni categórica ni concorde- cuando se ha tocado éste tema, habiéndose inclinado más bien a considerar a la posesión como un hecho⁶⁸.

Por su parte, en el mismo Argentina, López de Zavalía⁶⁹ sostiene que la posesión es *factum possessionis*, y precisa que la palabra posesión debe ser reservado para designar un hecho, es decir, como una especie de señorío; no obstante, sostiene el citado jurista, existe diferencia entre “posesión” –que designa a un hecho-, por un lado y “derecho a la posesión”, “derecho a poseer” y “derecho de posesión”, por otro lado, los que aluden a poderes jurídicos. En esto López de Zavalía en realidad, sigue a Barbero, como se apreciará en las siguientes líneas.

La referida distinción se encuentra también –aunque desde distinta perspectiva- en la obra citada de Messineo; éste autor refiere que desde antiguo se distingue entre el “derecho de posesión” –*ius possessionis*- del “derecho a la

⁶⁸ Ibidem, Pág. 196.

posesión” –*ius possidendi*-⁷⁰; en el primer caso se esta frente a una posesión considerada *en si misma*, en cuanto considerada como ejercicio efectivo, independientemente de que en la base de tal posesión exista un fundamento o título; mientras que en el otro caso estamos frente a *la potestad de tener la posesión*, en este supuesto existe un título, a ella puede corresponder o no una posesión efectiva; como es obvio, en éste último caso la potestad se origina en cualidad de titular del respectivo derecho.

Algunos autores sostienen, en esencia, que la posesión es un hecho, pero que se le debe proteger por sus efectos. Así tenemos, por ejemplo, al profesor español Puig Brutau, quien sostiene que la discusión de si la posesión es un hecho o un derecho, se supera del siguiente modo: es un hecho en cuanto se refiere al señorío efectivo sobre una cosa, con independencia de la causa o fundamento jurídico de ese poder o dominación, pero es un derecho en la medida que la ley regula consecuencias jurídicas del hecho de la posesión⁷¹. Tal opinión es en esencia similar a la formulada por Savigny, pues considera que a la posesión es un hecho, pero que se protege por sus consecuencias jurídicas; sin considerar que se trata, en realidad, de un derecho real por sí mismo.

Igual criterio adopta el profesor italiano Domenico Barbero, quien en principio no concibe a la posesión como un derecho real, y sostiene que tal figura es simplemente un *hecho jurídico*; sostiene que hablar de la “posesión” como un “derecho” es confundir con el “derecho”, relación, la “tutela jurídica del hecho”; refiere que cuando se dice que, por ejemplo: “el poseedor, solo por ser poseedor,

⁶⁹ LOPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. “**Derechos reales**”. Tomo I. Zavalía Editor. 1989. Buenos Aires Argentina. Pág. 299 – 300.

⁷⁰ MESSINEO Francesco. Obra citada . Pag. 203. Sobre este tema agrega que “el derecho *de poseer*” –*ius possissionis*- como poder autónomo, es, respecto del hecho de la posesión, un *posterius* y algo adquirido, ejemplo *possideo* que significa “tengo derecho a continuar poseyendo”; en cambio el “derecho *a la posesión*” –*ius possidendi*- es un *prius* y un algo originario, es decir, siendo titular del derecho puedo tener la posesión.

⁷¹ PUIG BRUTAU, José.... “**Fundamentos de Derecho Civil**”. Tomo III, Volumen I. Cuarta edición. BOSCH. Casa Editorial S.A.. Barcelona1994. Pág. 40.

tiene derecho a imponer a todos una determinada conducta, es decir tiene un derecho subjetivo”, se cae precisamente en ese equívoco⁷².

El que el citado autor sostenga que la “posesión” es un hecho y no un “derecho subjetivo”, no quiere decir que considere que tal situación fáctica carezca de tutela, no obstante, refiere, ésta tutela “posesoria”, que constituye en esencia la tutela de un hecho jurídico en sí, es decir, de “la posesión” como tal, prescindiendo de la indagación de si acompaña a la titularidad o va separada de ella, es de fácil intuición. La tutela “posesoria” a que refiere éste autor, no es protección a la posesión como *ius*, sino como *factum*; la tutela posesoria atañe exclusivamente al *factum possessionis*, no al *ius possidendi*, que en tanto no se encuentre acompañado del *factum* es tutelado, por el contrario, con la acción reivindicatoria⁷³

Para Marcel Planiol –quien sigue en esto a Savigny- , en el derecho francés, la posesión es un estado de hecho y no una institución jurídica⁷⁴; insiste el profesor honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad de París, la posesión es un hecho, lo único que hay de jurídico y de institución –en la posesión-, son los medios empleados por la ley para proteger este hecho o para destruirlo; como la vida del hombre, agrega, el hecho de la posesión es generalmente protegido por la Ley, pero no siempre; así mismo, citando al Código Civil refiere que la posesión consiste en detentar una cosa de manera exclusiva y efectuar en ella los mismos actos materiales de uso y de goce como si uno fuera su propietario;

La influencia de Savigny en esta materia se ha mantenido no solo en el derecho francés, sino además en la doctrina española; se reconoce que aun se observa como actual la vieja discusión de las escuelas acerca de si la posesión es un

⁷² BARBERO, Doménico. “**Sistema del derecho privado**”. Tomo I. -Introducción parte preliminar y parte general-. Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Traducción a la Sexta edición. 1967. Pag. 379. El autor aborda el tema de los derechos reales en el Tomo II de su obra; en dicha parte no menciona la figura de la posesión, pues no considera que ésta sea una figura que forme parte de los derechos reales: por el contrario, considera que se está frente a un “hecho jurídico” mas, como otros hechos jurídicos, como lo son “el transcurso del tiempo”, el acto jurídico, el negocio jurídico, entre otros; por ello estudia la posesión dentro del capítulo IV del Tomo I, bajo el título EL HECHO JURIDICO.

⁷³ Ibidem Pag. 381.

hecho o un derecho; Carmelo de Diego Lora⁷⁵, -citando a Clemente de Diego- sostiene que la naturaleza de la posesión dependerá del “carácter del derecho que imita. Si imita a uno real, será real; si de obligación será de obligación” para concluir afirmando que como en el derecho español rigurosamente la posesión solo es aplicable a la propiedad y a los derechos reales, claro es que “solo esta investidura y carácter puede tomar la posesión”; esta teoría no reconoce a la posesión como un derecho por si misma, sino por imitación a otro derecho.

Opinión distinta, a la expuesta en los párrafos precedentes, es la del jurista español Hernández Gil⁷⁶, quien identifica a la posesión como un derecho real, y que debe ser protegida *per se*, es decir por si misma; éste sostiene que el señorío del poseedor -como dice von Tuhr- no encuentra protección solamente mientras subsiste el hecho, sino que el poseedor, como los demás titulares de derechos reales, tiene a su disposición instrumentos jurídicos para recobrar su señorío cuando lo haya perdido. Agrega el citado jurista español, que, como cualquier otro derecho real, la posesión funda un deber general de abstención, el que alcanza incluso al propietario, pues el poseedor esta protegido incluso contra los actos arbitrarios del propietario; finaliza señalando que solo cuando éste actúa por las vías legales y demuestra su mejor derecho, cede la posesión ante la propiedad.

Hernández Gil refiere que algunos juristas, como García-Valdecasas, en su obra “la posesión” de 1953, se adhirieron a la teoría savigniana; le siguen Dasen y Vera Villalobos, entre otros.

3.3.1.- La Posesión en el Perú es un derecho subjetivo.-

Podemos concluir, según lo expuesto, que en nuestro país, según el Art. 896 del C.C., predomina el concepto de la posesión como un *derecho subjetivo*, pues si bien establece que **"la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes**

⁷⁴ PLANIOL, Marcel, Obra citada. Pag. 95.

⁷⁵ DE DIEGO LORA, Carmelo... “**La posesión y los procesos posesorios**”. Volumen I. Ediciones Rialp S.A. Madrid. 1962. Pág. 75.

⁷⁶ HERNÁNDEZ GIL, Antonio... “**La Posesión**”. Op. Cit. Pág. 56.

inherentes a la propiedad", sin embargo, de un estudio sistemático de la Ley sustantiva peruana, se aprecia la influencia de la teoría objetiva de Ihering, al establecer la existencia de la llamada posesión mediata y la inmediata de origen germánico, en virtud del cual se reconoce la calidad de poseedor a quien tenga un bien para sí, aun cuando no cuente con *animus domini* (arrendatario, comodatario, etc.) reduciendo la figura de la *detentación o mera tenencia* (no-posesión) solo al caso de quien posee en relación de dependencia de otro (*servidor de la posesión*).

Dentro de ésta idea, a nadie se le ocurriría, en nuestro país, pensar o sostener que quien tiene una "casa de playa" que ocupa solo los meses de verano (Enero a Marzo de cada año), pierde la posesión por el hecho de no tener contacto con ella durante los otros nueve meses del año; en este caso, resulta válido establecer que aquel sólo perderá la posesión cuando otro individuo con interés propio, y para satisfacer su propia necesidad acceda físicamente al bien sin su autorización, produciéndose un despojo de la posesión, en cuyo caso le corresponderá ejercitar el derecho subjetivo que le asiste, a través de la defensa posesoria, en la forma de acción interdictal, u otra de naturaleza posesoria.

Es evidente que ésta última forma de apreciar *la posesión*, esto es, la de considerarla como un *derecho subjetivo*, es la más idónea, razón por la cual es la que ha sido aceptada mayoritariamente por la doctrina y los sistemas legales existentes. Sin embargo, considero que es válido rescatar, del concepto de la teoría subjetiva de la posesión sostenida por Savigny, los elementos *corpus* y *animus*, solo en cuanto sea la expresión de la titularidad de un derecho reconocido en la ley, es decir: tener el bien (*corpus*), esto es detentarlo por si o a través de otro, y el ánimo (*ánimus*) de tenerlo para sí, sea como dueño o en virtud de cualquier otro título entregado por otra persona o por voluntad propia (Ejm.: el arrendatario, el usufructuario, etc). De ello se puede concluir fácilmente que quien tiene un bien, no para sí, sino por encargo o por instrucciones de otro, no es poseedor.

No obstante es bueno precisar que la influencia de Savigny, en este tema, subsiste no solo en un buen sector de la doctrina –como se ha indicado- sino además

en no muy pocos sistemas legislativos contemporáneos, donde la posesión no figura regulado entre los derechos reales, sino identificado como un hecho con efectos jurídicos.

Insisto, en este tema suscribo, como lo he indicado líneas arriba, la tesis expuesta por Hernández Gil, en el sentido que la posesión es un derecho real, que debe ser protegida –en principio– por si misma –*per se*–; es en esencia un derecho subjetivo. En todo caso, acreditada su ilicitud corresponde al órgano jurisdiccional disponer el cese de ésta, entregando el bien a su titular o al que con arreglo a derecho le corresponde.

3.4.- La detentación y la posesión.-

Dentro de la evolución antes indicada, la doctrina ha reconocido de modo uniforme la distinción entre la detentación de un bien y la posesión propiamente dicha. En el primer caso se ejercita un mero poder de hecho sobre un bien determinado, sin que exista, acompañado el *animus possidendi*, esto es, sin la intención de afirmarse o atribuirse para si el derecho real que él ejercita⁷⁷. En este caso, el detentador es portador de un título que se encuentra subordinado a otro de mayor poder.

Inicialmente los glosadores identificaron la "posesión natural" con la simple detentación, y la diferenciaron de la llamada "posesión civil" a quien la consideraban la verdadera posesión; sin embargo, refiere Diez-Picazo⁷⁸, posteriormente el glosador Bartolo, distingue la posesión (natural y civil) de la simple detentación, precisando que la posesión será civil cuando es idónea para producir efectos civiles respecto del verdadero dueño, y será natural cuando es idónea para producir un efecto civil de algún derecho separado del dominio (Ejm. El usufructuario o feudatario). Esta distinción subsiste en el Derecho positivo español (Art. 340 del C.C. español).

⁷⁷ MESSINEO, Francesco, Obra citada. Pag. 214.

⁷⁸ DIEZ-PICAZO, Luis. obra citada. Pag. 468.

Por otro lado, siguiendo la teoría subjetiva de la posesión, sostenida en Francia por Domat y Pothier, los redactores del CODE (1804), coincidiendo con la sostenida por Savigny en sus trabajos publicados en 1803, establecieron, refieren los Mazeaud, que para que exista **posesión** es necesario el *animus domini*. Por ello el Derecho positivo francés, le niega los efectos de la posesión a la simple **detentación**, estableciendo que el poseedor se comporta como dueño de la cosa, sin embargo los detentadores ejercen esa dominación sin ser propietarios ni titulares de otro derecho real; así, dentro de este concepto, en el derecho francés, **el inquilino, el arrendatario rural**, que tienen dominación de la cosa arrendada, **no son poseedores**⁷⁹.

Creo necesario establecer, para los efectos del presente trabajo, que corresponde considerar que existe **posesión** (civil o natural, como dirían los españoles) cuando existe voluntad de poseer para sí *-ius possidendi-*, sea con voluntad dominial, esto es, como dueño, o sin serlo, desconociendo su derecho (Ejm. el precario) o con simple voluntad posesoria, vale decir con *animus possessionis*, que Messineo le denomina "el derecho de poseer", como es el caso del arrendatario, usufructuario, comodatario, entre otros. Ello significa reconocer a la posesión como un interés jurídicamente protegido (**derecho subjetivo**) que permite el ejercicio de las acciones de defensa posesoria, aun cuando el poseedor no sea propietario del bien. Por otro lado, consideraremos que existirá simple **detentación o tenencia** cuando se ejerce un poder de hecho sobre un bien, pero éste no se ejerce para sí, sino para otro, siguiendo sus instrucciones u ordenes; en este último caso, es

⁷⁹ MAZEAUD Henri y Leon, MAZEAUD Jean., obra citada. Pag. 130. Los autores, siguiendo la teoría subjetiva de la posesión, precisan en la obra glosada, que los elementos constitutivos de la posesión son el *corpus* y el *animus*. Respecto de éste último, señalan que el mismo obedece, en el derecho francés, a las siguientes reglas: **1°**. El *animus domini*, se presume que existe siempre, por lo tanto, se presume que todo ocupante, hasta la prueba en contrario, es poseedor y no detentador. **2°**. El *animus* se aprecia *in abstracto*, por referencia a un ocupante típico que se encontrara en la misma situación que el ocupante efectivo. **3°**. Se presume que se conserva, en el curso de la ocupación, el *animus* que tenía en un principio. **4°**. Esa presunción se destruye ante la prueba de una modificación de título proveniente de un tercero o resultante de una contradicción manifiesta con los derechos del propietario. Los autores concluyen precisando lo siguiente: mientras que el *corpus* puede ser adquirido y ejercido por medio de otro, el *animus* debe existir en la persona del poseedor, no se admite excepción salvo para el *infans* y el loco (Pag. 128).

evidente que no existe posesión, en consecuencia el detentador no puede ejercitar la defensa posesoria interdictal.

Siguiendo a Messineo diremos, que será detentador, por ejemplo, quien tiene el poder sobre el bien en interés de otro o por razones de servicio, como es el caso del guardián, el empleado domestico, el contratista, artesano u operario que detenta los materiales que se han entregado para incorporados o elaborarlos en interés del contratante. Así mismo, es **detentador**, por definición: el depositario, el gerente del Almacén general de depósito, el porteador terrestre o marítimo, en razón de que la detentación constituye un medio para dar cumplimiento a una obligación frente a otra persona; sin embargo en estos casos solo por ley se les puede otorgare facultades que le son propias del dueño, a efecto de defender el bien que tienen a su cargo, frente a quienes –terceros o el propio deudor, generalmente dueño- que pretendan el despojo arbitrario, confiriéndole la potestad de ejercer las acciones posesorias, interdictales e incluso las reivindicatorias.

Singular enfoque hace Barbero, cuando trata de distinguir la posesión de la detentación⁸⁰; precisa que sería un equívoco creer que la “posesión”, por el hecho de significar *ejercicio de hecho del contenido de un derecho*, exigiera indefectiblemente la detentación material del objeto; si eso fuere así, refiere el profesor italiano, no sería admisible mas de una “posesión” en cuanto a una misma cosa, ya que una “detentación” excluye simultáneamente otra “detentación”; precisa que la posesión y detentación son independientes, pueden estar separadas. Precisa que el detentador no ejercita sobre la cosa poder alguno como de propio derecho, sino que ejercita en ella el contenido de un derecho ajeno y que reconoce por tal.

3.4.1. Nuestra posición frente a la detentación.-

En nuestro país se ha definido con precisión el concepto de **detentación** y ha quebrado en definitiva cualquier discusión sobre el tema, reduciendo esta figura solo al "**servidor de la posesión**", pues se ha establecido de modo expreso en el

Art. 897 del actual Código Civil que *"no es poseedor quien, encontrándose en relación de dependencia respecto a otro, conserva la posesión en nombre de éste y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas"*.

Y siguiendo la lógica de nuestro ordenamiento jurídico sustantivo civil, se puede decir que **la posesión es un derecho por sí mismo**, pues el poseedor ejerce señorío directo sobre la cosa, sea en razón de que nos fue entregada, o simplemente por que la tomamos; se distingue de la **detentación o simple tenencia**, en razón de que en ésta no se posee para sí, sino para otro.

Apreciaremos con mayor claridad la **posesión como un derecho real** –a diferencia de la detentación o tenencia– cuando, no existiendo el poder efectivo y directo sobre la cosa, se adquiere en virtud de un acto jurídico que la Ley la habilita, como el caso del propietario que adquiere un bien que es ocupado por un tercero, o con la entrega del documento que contiene el derecho de recoger los bienes que han sido objeto de transporte, viaje o se encuentran en Almacenes Generales. Creo que resulta válido afirmar que, en nuestro país, también existe **posesión como derecho**, respecto del comprador de un bien, cuando el vendedor que tiene el bien vendido no lo entrega, en virtud de lo establecido en el Inc. 2 del Art. 902 del C.C. vigente. Manuel Albaladejo⁸¹ refiere que la **posesión mediata** es uno de los casos de adquisición de la **posesión como derecho**.

Es preciso señalar, no obstante, que el tenedor o detentador, que posee el bien en interés ajeno, al no ser poseedor no puede ejercer la defensa posesoria que la ley prevé para los poseedores, lo que en muchos casos resulta un contrasentido; es el caso del guardián que no se encuentra habilitado para ejercer la defensa posesoria extrajudicial cuando existe intento de despojo por terceros del bien que esta cuidando; el sistema debe proporcionar a éste tipo de detentadores la posibilidad de ejercer la defensa posesoria en nombre del poseedor, siempre que éste le autorice.

⁸⁰ BARBERO, Doménico. Obra citada. Pág.. 385

3.5.- Posesión inmediata y posesión mediata.-

Otra distinción, importante que permite abordar cómodamente el tema objeto de este trabajo, es la posesión mediata y la inmediata, recogida del Derecho Alemán en el que Ihering ejerció gran influencia.

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

Se ha sostenido por Vallet de Goytisolo, que la distinción de la llamada posesión mediata y la inmediata solo se justifica en el derecho alemán, más no en el Derecho español u otros de similar estructura. Refiere el mencionado jurista, citado por Diez-Picazo en la obra glosada, que la anotada distinción resulta imprescindible en el Derecho alemán, dada la naturaleza horizontalmente unitaria de la posesión germánica, pues el propietario que no detenta el bien que el pertenece no lo poseería. En nuestro Derecho, insiste el citado autor, no se requiere de la distinción de la posesión mediata para que el propietario que no detenta el bien, no lo posea o no pueda ejercer sobre él derechos posesorios, por ello es más sencillo distinguir entre el poseedor de dominio de una cosa y el poseedor material de la misma, que en definitiva solo posee efectivamente ciertas facultades de ésta; precisa que ésta es la tradicional distinción que se ha hecho siempre entre nosotros: *la possessio iuris* y *la possessio facti*.

⁸¹ALBALADEJO Manuel. "Derecho Civil" Tomo III, Derecho de Bienes, Volumen Primero. Octava Edición. José María Bosch Editor S.A. Barcelona 1994. Pag. 82

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

La posesión mediata, refiere el jurista alemán Wolff, es la que se tiene por mediación de la posesión de otro: entre el poseedor mediato y la cosa media aquel que -en contraposición del servidor de la posesión- tiene la posesión misma; refiere que éste es el mediador posesorio o sub-poseedor; el poseedor mediato es el poseedor superior; indica que al que posee sin mediador posesorio, se le llama poseedor inmediato⁸².

Éste tipo de posesión temporal fue incorporada por primera vez a nuestro sistema de derecho civil patrimonial en el Código Civil de 1936 –artículo 825-; comentando ésta figura, Castañeda⁸³ refiere que se trata de una reforma de fondo –no estuvo prevista en el Código Civil de 1852-; señala que ésta disposición emana de la doctrina de Jhering. Castañeda identifica al precarista en el concepto clásico – el que recibe el bien en forma gratuita de su dueño, a ruego, y revocable en cualquier momento- por ello concluye que en base a ésta figura el precario paso a ser de un simple detentador a un verdadero poseedor, ubicándolo como poseedor inmediato y al dueño que entregó el bien, como poseedor mediato.

Es oportuno establecer, como lo señala Castañeda⁸⁴, que en esta figura no importa que el derecho en virtud del cual posee el poseedor inmediato, sea inválido,

⁸² WOLFF, Martin. **Obra citada** -nota No. 10-. Pág. 55. Este autor refiere que el poseedor mediato tendrá una pretensión de entrega del bien contra el mediador, cuando exista una relación jurídica con éste. Refiere sin embargo que no toda pretensión de entrega es adecuada para constituir una posesión superior.

⁸³ CASTAÑEDA, Jorge Eugenio... Op.Cit. Pág. 111

⁸⁴ Ibidem, Pág. 113-114

es decir, nulo o anulable. Sostiene el maestro sanmarquino que la posesión inmediata –antes detentación- nunca es un hecho irregular, contrario a derecho, la posesión inmediata nace de la existencia de ese título; agrega que el poseedor inmediato o precario de una cosa detiene el bien en virtud de un título regular. Cabe insistir que en este caso la identidad que realiza Castañeda de precario con poseedor inmediato, es en razón del concepto clásico que tiene del precario; lo que obviamente no se encuentra vigente en el actual Código Civil peruano.

El jurista peruano, Eleodoro Romero⁸⁵, comentando éste tipo de posesión señala que los derechos del poseedor mediato e inmediato no son semejantes, sino que son posesiones diferentes; en efecto el poseedor inmediato –como el caso del arrendamiento- no podrá usucapir el bien que ocupa; lo que no sucederá en el caso del poseedor mediato que no es propietario del bien.

Comentando este fenómeno, al que le denomina, de la concurrencia horizontal de posesiones, Hernández Gil⁸⁶ señala que el proceso de espiritualización de la posesión tiene como una de sus manifestaciones la extensión de la posesión a los derechos, y para los ordenamientos jurídicos de predominante inspiración germánica, por el reconocimiento de dos posesiones horizontalmente concurrentes, denominadas la posesión mediata y la posesión inmediata.

En esta figura, no se requiere estar en contacto físico con la cosa para ser considerado verdadero poseedor, se trata del ejercicio de un derecho posesorio a través de otro, quien a su vez también es un verdadero poseedor. Dos poseedores respecto de un mismo bien, pero en lugares y situaciones distintas. Hernández Gil reconoce que no encaja en el ordenamiento jurídico español la mediación posesoria; pretender introducirla en dicho ordenamiento enfrentaría muchos obstáculos, los que serían difíciles de superar, máxime si en el Código Civil español, la interpretación se ha convertido en una actividad preceptivamente reglada; señala, no

⁸⁵ ROMERO ROMAÑA, Eleodoro... **“Derecho Civil. Los derechos reales”**. Segunda edición aumentada. Lima Perú. Pág. 78.

⁸⁶ HERNÁNDEZ GIL, Antonio... **“La Posesión”**. Op. Cit. Pág. 134.

obstante, que la jurisprudencia española a proporcionado acogida favorable a ésta dual categoría posesoria. (Posesión inmediata y posesión mediata)⁸⁷

Este fenómeno posesorio se ha reconocido de modo expreso en el Art. 905 del actual Código Civil que a la letra señala: "**es poseedor inmediato el poseedor temporal en virtud de un título. Corresponde la posesión mediata a quien confirió el título**". Esta norma, originaria del Derecho alemán, resulta útil en el Derecho peruano, pues permite establecer con nítida precisión los derechos posesorios de quien no detenta físicamente el bien por habérselo entregado a otro, *no interesa en este caso, si la relación jurídica interna entre ambos no resulta válida, existirá siempre el citado desdoblamiento de las posesiones*. Esta afirmación resulta relevante para las conclusiones que se arriban en el presente trabajo, por ello coincidimos con lo referido por el Profesor universitario Max Arias-Schreiber Pezet⁸⁸ al comentar la citada norma legal.

En esta materia, es necesario señalar que la relación jurídica existente entre el poseedor mediato y el inmediato no tiene que, necesariamente, haber nacido entre ambos, pues a través de la transmisión de los derechos reales, de propiedad o posesión, la posesión mediata puede ser adquirida por persona distinta a la que originalmente tenía la condición de poseedor superior; es el caso de quien adquirió la propiedad de un predio ocupado por un tercero, inquilino del enajenante: aquí el nuevo dueño resulta ser el poseedor mediato desde que se le comunica al tercero de la enajenación.

Es el caso, también, del que recibió el predio de su propietario y sin autorización lo arrendó a un tercero: éste último resulta ser mediador de la posesión -poseedor inmediato-, no-solo respecto de quien recibió el bien, sino incluso del propietario, quien es en realidad un poseedor superior -poseedor mediato-,

⁸⁷ Ibidem, Pág. 143.

⁸⁸ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, "**Exégesis del Código Civil Peruano de 1984**" Tomo IV. Ediciones Gaceta Jurídica. Lima 1998. Pág. 140. Este autor, citando a Enneccerus-Kipp-Wolff, señala: "no es requisito indispensable que la relación jurídica sea válida para que se presente la posesión en su doble carácter de mediata e inmediata. Así ha quedado claramente establecido en la doctrina germánica".(sic).

asistiéndole a éste, evidentemente, la pretensión de entrega -restitución- del bien de su propiedad.

No esta demás insistir que el título en virtud del cual el poseedor inmediato tiene el bien, deba ser necesariamente un título legítimo; para que exista éste tipo de posesión temporal -posesión mediata e inmediata- no es indispensable que el vínculo jurídico existente entre ambos poseedores este arreglada a derecho, es decir, que quien entregó la posesión del bien se encuentre autorizado por su titular para ello; es suficiente que entre ellos exista un nexo obligacional, aun cuando éste no resulte válido para el verdadero titular del derecho. Creo que éste nexo obligacional puede surgir como consecuencia de una manifestación de voluntad expresa entre las partes, como de una tácita.

3.6.-La adquisición de la posesión y su legitimidad.-

Atención especial corresponde dar al modo adquirir la posesión. Ello en razón de que nuestra norma sustantiva civil solo regula la forma como se adquiere la posesión cuando ésta se encuentra arreglada a derecho, esto es, cuando estamos frente a la posesión legítima⁸⁹ –o posesión regular como se indica en el Código de Andrés Bello-; sin embargo resulta importante tener presente que existen también diversas maneras de adquirir la posesión en general, incluida en ella a la posesión ilegítima o contraria a derecho, entre la que se ubica –en nuestro derecho civil actual-, entre otras, la posesión precaria.

Efectivamente, en nuestro sistema jurídico, además del caso de quien **adquiere originariamente la posesión** conforme a ley, la *posesión legítima* es la que ejerce el propietario del bien, o la que ejerce quien de él la recibió válidamente **-la tradición-**, sea en forma directa o por interpósita persona. También es *legítima*

⁸⁹ Cuando nuestra norma sustantiva civil establece que la posesión se adquiere por la tradición -salvo los casos de adquisición originaria-, establece también en su **artículo 901** que: “*La tradición se realiza mediante la entrega del bien a quien debe recibirlo o a la persona designada por él o por la ley y con las formalidades que ésta establece*”; en realidad no esta regulando la forma como se adquiere la posesión en general; esta estableciendo una forma de adquisición de una clase específica de posesión, esto es, **la posesión legítima**.

la posesión que se ejerce por disposición emanada de la Ley y siguiendo la forma prescrita en ésta. *Esta es la posesión arreglada a derecho*⁹⁰. Es preciso distinguir, sin embargo, que en este caso **se adquiere válidamente la posesión por la vía de los hechos**, esto es, proveniente, por ejemplo, de la **tradición fáctica** de quien cuenta con título -es el caso de la *posesión inmediata*-, adquisición originaria, entre otros; o **como derecho o espiritualizada**, proveniente, entre otros, de la **tradición tácita**, que constituye en realidad una variante de la *posesión mediata*.

Como precisaremos con mas detalle mas adelante, se puede establecer -de lo ahora expuesto- que si se recibe un bien de quien no es titular del derecho o no cuenta con la autorización de éste o de la ley para la entrega, o se produce ésta sin que se cumpla con las formalidades que para ello establece la ley, y además ejerce sobre dicho bien alguna potestad en interés propio, será, sin lugar a dudas un poseedor, pero su posesión no será legítima.

Con relación a la adquisición originaria de la posesión, podremos decir que en nuestro derecho civil, se ha regulado **la adquisición originaria de la propiedad pero respecto de bienes muebles** a través de la llamada apropiación⁹¹, de ello se puede establecer que mediante la **aprehensión** de un bien mueble que no pertenece a nadie -*res nullius*-, como es el caso de las piedras, conchas u otras análogas que se encuentren en ríos o mares -además de los animales adquiridos por caza y pesca, hallazgo de objetos perdidos, de tesoros, entre otros-, **se adquiere originariamente la propiedad y además, por supuesto, la posesión justa o legítima;**

Por otro lado, respecto de los **bienes inmuebles** no existe en nuestro Código Civil regulación expresa en materia de adquisición originaria de propiedad, a la que se le conoce como **ocupación**, en razón de que los inmuebles que no pertenecen a particulares son del Estado; por ello, cuando, sin ser propietarios, se accede a la tenencia del bien inmueble en forma directa, esto es, sin que medie entrega de nadie, con el objeto de servirnos directamente de él o aprovechando para nosotros

⁹⁰ El **Art. 900 del Código Civil vigente** señala : "*La posesión se adquiere por la tradición, salvo los casos de adquisición originaria que establece la Ley*"

sus beneficios, **tendremos –en tal caso- la posesión del bien**, sin embargo ésta **no será una posesión legítima** o justa, por el contrario, será ilegítima, injusta o ilícita, independientemente de la buena o mala fe del poseedor. El Dr. Manuel Sánchez-Palacios refiere que *“En realidad los invasores de terrenos, sea de propiedad privada o pública, cometen un acto ilícito y son usurpadores”*⁹² Este **poseedor ilegítimo** podrá, sin embargo, adquirir el bien por prescripción, si el propietario no ejercita los derechos que la Ley le reconoce, y si aquél, comportándose como propietario, posee el bien en forma pública, pacífica y continua por el plazo que establece la Ley.

3.6.1.- Tradición fáctica o material.-

Por otro lado, conforme esta indicado, la posesión de adquiere también por la **tradición**. Sin embargo, en esta materia, es preciso establecer que **existirá posesión legítima**, cuando –como precisa nuestra norma sustantiva- el bien se entrega a quien debe recibirlo o a la persona por él designada o por la Ley y con las formalidades que ésta establece⁹³. Corresponde en este punto apreciar, que la no aplicación de las reglas antes citadas, traerá consigo una **posesión ilegítima o injusta**. Por ello, si quien entrega el bien no es el propietario y no se encuentra facultado para realizar tal acto, quien lo recibe no poseerá válidamente el bien, habrá entonces una **posesión ilegítima**, aún cuando éste actúe de buena fe, esto es, crea, por error o por ignorancia, en la legitimidad de su posesión. Es el caso de la posesión que ejerce el inquilino de un predio, que lo recibió de quien haciéndose pasar como propietario del bien alquilado, no-solo no lo era, sino que además no contaba con su autorización. Por otro lado, si quien recibe el bien no es la persona que corresponde, según el convenio o la ley, o se infringe las formalidades establecidas en ésta, **no podrá ser considerado poseedor legítimo**.

⁹¹ Art. 929 del Código Civil

⁹² SANCHEZ-PALACIOS PAIVA, Manuel. “El ocupante precario – Doctrina y jurisprudencia casatoria”. Ediciones Legales Iberoamericana EIRL Asociación No Hay Derecho. Pág. 99

⁹³ Texto del Art. 901 del Código Civil.

En resumen, como se ha indicado anteriormente, se puede adquirir la **posesión –ilegítima-** de modo *unilateral*, es decir, por iniciativa propia cuando de modo directo se toma en su poder el bien ajeno con el objeto de satisfacer un interés propio. Se adquirirá también la posesión –ilegítima- de modo *bilateral*, cuando se recibe el bien de otra persona, sin que a éste le asista derecho sobre el bien o no se encuentre autorizado por su titular o por la ley para producir tal entrega, o cuando estando autorizado por la ley no sigue la forma establecida por ésta.

Se puede afirmar que, en ambos casos -unilateral o bilateral-, aun con los defectos anotados, existirá posesión; pero, en esas condiciones, el poseedor, careciendo de título válido para poseer el bien, estará expuesto a perder la posesión por su propietario o por quien tenga mejor derecho a poseer, vía la acción restitutoria de la posesión o la reivindicatoria, según sea el caso.

3.6.2.- Tradición tácita.-

Es la que da origen a la posesión conocida en un sector de la doctrina, como espiritualizada; se dice también que este tipo de tradición da origen una **posesión como derecho**, constituyéndose, en realidad como se ha indicado, en una variante de **posesión mediata**, que habilita al poseedor la acción restitutoria de la posesión, vale decir, acceder, por la vía del desalojo, a la posesión directa del bien, esto es, sin mediador de la posesión.

En este caso, la norma positiva establece que se entenderá realizada la tradición cuando: **a)** cambia el título posesorio de quien está poseyendo, y **b)** se transfiere el bien que está en poder de un tercero. En este caso, refiere la norma, la tradición produce efecto en cuanto al tercero solo desde que es comunicada por escrito⁹⁴. Conforme aparece de la glosa -pie de página- el Código Civil derogado preveía, en el primer caso, una situación distinta, que pasaremos a analizar.

⁹⁴ Texto del **Art. 902 del Código Civil vigente**. El **Art. 845 del Código Civil de 1936**, tiene el siguiente texto: "La tradición se considera realizada: **1.-** Para quien esta poseyendo el bien por título

Efectivamente, el texto del inciso, 1° del Art. 845 del Código Civil de 1936, solo preveía la llamada *traditio brevi manu*, en la medida que la **tradición** solo se producía respecto de quien esta poseyendo el bien, y se produce cuando cambia su título posesorio; es el caso del poseedor precario o el *poseedor immediato* -el arrendatario, el depositario o el comodatario, entre otros-, que adquieren la propiedad del bien en virtud de un negocio jurídico celebrado con su propietario, como una compra-venta, donación o permuta. En este caso, refiere Jorge Eugenio Castañeda, por razones de interés práctico se elimina la tradición material, que importaría que el tenedor entregue la cosa al enajenante para que éste se lo volviera a entregar⁹⁵.

Sin embargo, el nuevo texto, previsto en el Inc. 1° del Art. 902 del actual Código Civil, al establecer que se entiende producida la **tradición** *cuando cambia el título posesorio de quien viene poseyendo*, se incluye no solo la *traditio brevi manu*, antes comentada, sino incluso la conocida figura del **constituto posesorio**. Efectivamente, en la norma actual se admite la posibilidad que la tradición se considera realizada respecto de quien adquiere un bien, cuando el enajenante de dicho bien, que lo posee directamente, deja de ser propietario pero mantiene la posesión del mismo. En este caso el adquirente adquirió la posesión por haberse producido a su favor la tradición, sin embargo dicha posesión es de derecho, vale decir es una **posesión mediata**, mientras que el enajenante, cuyo título posesorio ha cambiado, mantendrá la **posesión inmediata** del bien solo hasta que el adquirente se lo permita. En este caso, la tradición opera de una manera ficticia o espiritualizada.

Resulta lógico establecer, conforme a lo expuesto, que, en tal caso, si el enajenante o ex-propietario no entregara el bien al nuevo dueño, éste tiene expedito su derecho a la acción restitutoria de la posesión (desalojo), no será necesario, por ello, hacer uso de la acción reivindicatoria o de entrega de bien, pues siendo ya

distinto, y 2.- Si se transfiere el bien que está en poder de un tercero. En este caso la transmisión produce efecto en cuanto al tercero, sólo desde que es informado."

poseedor (aunque mediato) bastará con la acción de desalojo para lograr apartar al ex-dueño de la posesión de bien.

Por otro lado, respecto a la norma contenida en el Inc. 2° del citado Art. 902 del actual Código Civil, se presenta en este caso también la figura de la *traditio brevi manu*, sin embargo, en ésta se presenta en una situación compleja, pues intervienen tres sujetos: el enajenante, el adquirente y el tercero poseedor directo o inmediato del bien.

Así, por ejemplo, si Juan adquiere en propiedad un bien de Pedro, pero dicho bien se encuentra en poder de Julio porque existe con él un contrato de arrendamiento, entonces respecto de éste último la tradición se produce desde que le es comunicada por escrito la enajenación; sin embargo, se puede establecer, como lo reconoce Arias-Schreiber, que independientemente de la comunicación al tercero, se ha producido la tradición entre los dos primeros⁹⁵; tal tradición habrá transmitido una *posesión mediata*. En este caso, es evidente que el adquirente no requiere hacer uso de la acción reivindicatoria para acceder a la directa posesión del bien, pues, encontrándose ya en posesión de éste (*posesión mediata*) bastará la acción restitutoria de desalojo.

3.7.- La posesión en el derecho civil peruano actual y su antecedente inmediato. Resumen

Como se ha indicado líneas arriba, en materia posesoria nuestro país se afilió, desde 1936, a la **teoría objetiva de la posesión** sostenida por Rudolf von Ihering, apartándose, desde ese momento, de la influencia de Savigny y su teoría del *animus*, presente en el Código Civil peruano de 1852. La actual norma Sustantiva Civil ha mantenido los conceptos básicos que, en esta materia, tenía el Código Civil

⁹⁵ CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. **Obra citada**. Pag. 145.

⁹⁶ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. **Obra citada**. Pag. 134. El autor refiere que la tradición descrita en el Inc. 2 del Art. 902 del C.C. carece de publicidad y es oculta, por ello la citada norma exige, en resguardo del tercero, que la tradición surtirá efecto respecto de éste, desde la comunicación escrita. Precisa el autor que este requisito es formal y que por lo tanto no habrá tradición en cuanto al tercero, **pero si existirá entre las partes**.

de 1936; sin embargo, es preciso reconocer, en el actual Código sustantivo existe una mejor técnica legislativa, no-solo por la precisión de los conceptos, sino por que además se aprecia más orden en la exposición normativa.

Así, como sabemos, en el derecho civil peruano se reconoce que *la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad*⁹⁷. No se requiere, en nuestro país, que quien ejerza el señorío directo sobre un bien cuente con *animus domini* para que sea considerado poseedor. Concordando este concepto con el que nuestra norma sustantiva define a la propiedad *-poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien*⁹⁸-, se puede decir, sin lugar a dudas, que será poseedor quien de hecho **use un bien**, esto es, quien se sirva de él, satisfaciendo su deseo o exigencia: entre ellos podemos ubicar, por ejemplo, al arrendatario y en general a quien tiene con el bien un vínculo fáctico, directo e inmediato -poseedor inmediato-; o quien **lo disfrute**, vale decir, quien aproveche sus beneficios, perciba los frutos, como es el caso del arrendador -poseedor mediato-, entre otros; respecto de los poderes jurídicos de disponer y reivindicar un bien, que están reservados para ser ejercidos válidamente por su propietario, si quien los ejerce no es su titular, esto es su dueño, poseerá válidamente el bien en la medida que no lesione el derecho de su titular, de lo contrario su posesión sería **ilegítima**.

Por otro lado, la evolución normativa ha permitido establecer con mayor nitidez *que la posesión de buena fe y la de mala fe constituye una variedad dentro de la posesión ilegítima*. A esta conclusión se arriba del propio texto del Art. 906

⁹⁷ Texto del **Art. 896 del Código Civil vigente**. El **Art. 824 del Código Civil de 1936** señalaba que "Es poseedor el que ejerce de hecho los poderes inherentes a la propiedad o uno o mas de ellos". Es evidente, como se puede apreciar, que el nuevo texto normativo tiene una mejor redacción.

⁹⁸ Texto del **Art. 923 del Código Civil vigente**. El **Art. 850 del Código Civil de 1936** señaló que : "El propietario de un bien tiene derecho a poseerlo, a percibir sus frutos, reivindicarlo y a disponer de él dentro de los límites de la Ley". Al igual que en la glosa anterior, en el presente caso el texto de la actual norma sustantiva es mejor que su antecedente, habiéndose sustituido el "derecho" como el "poder jurídico" y la palabra "poseerlo" por el de "usar", lo cual permite un concepto mas preciso.

del actual Código Civil que, a diferencia del Art. 832 del anterior, permite concluir que la posesión de buena fe solo puede suceder en la posesión ilegítima⁹⁹.

Se mantiene, sin embargo, en la actual norma la alusión hecha en la anterior, respecto de la existencia un título que podría ser invalidado por la presencia de algún vicio que le afecta. Por ello, siguiendo la lógica normativa del Código anterior, el Maestro universitario Jorge Eugenio Castañeda distinguió **la posesión legítima** de la **posesión ilegítima** en función de la existencia o inexistencia de un **título válido**¹⁰⁰. Explicando tal diferencia, señala que: **la posesión legítima** emana de un título, de un derecho real, de un negocio jurídico, que deberá ser válido; y refiriéndose a la **posesión ilegítima** la define como la que carece de título, indicando que es la que se adquiere de quien no tenía derecho a poseer el bien o que carecía de derecho para transmitirlo. Agrega el Maestro universitario, que es preciso distinguir entre el título nulo y el anulable; en el primer caso, señala, la posesión se reputará ilegítima pues tal título es inexistente, mientras que en el segundo caso, la posesión será legítima en tanto no se declare la nulidad del título que la produce, si se ha adquirido el bien de quien no era dueño.

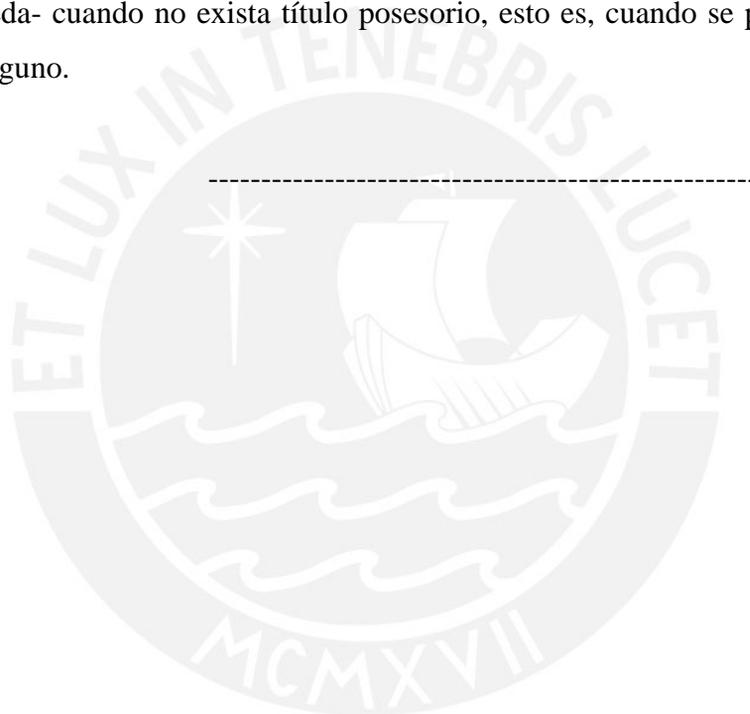
Tal definición no resulta, en la actualidad, ser la más precisa, teniendo en cuenta que el Código Civil vigente ha incorporado de modo expreso, en su Art. 911, el concepto de la **posesión precaria**, aludiendo a la inexistencia del título, sea porque éste nunca existió o por que el que contaba el poseedor feneció. Esta apreciación nos permite señalar que la regulación normativa de la posesión precaria en el actual Código Civil, aun cuando ella resulta necesaria, la misma es defectuosa. Por ello, en materia de legitimidad o ilegitimidad de la posesión, resulta ser más exacto el concepto expuesto por Jorge Avendaño Valdez, en sentido que *"la*

⁹⁹ El texto del **Art. 906 del Código Civil vigente** señala: "La posesión ilegítima es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título". Por su parte el texto del **Art. 832 de Código Civil de 1936** precisaba: "La posesión es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título". Nuevamente, en este caso, la norma actual supera a la anterior, pues llega a una mejor precisión sobre la naturaleza de la posesión de buena fe. Sin embargo mantiene el concepto de la posesión ilegítima aludiendo a un título sujeto a invalidación.

¹⁰⁰ CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. **"Los Derechos Reales"**. Instituciones de Derecho Civil. Tomo I. Cuarta Edición Talleres Gráficos P.L. Villanueva. Lima-Perú. 1973. Pag. 122.

*posesión legítima es la que se conforma con el derecho, mientras que la ilegítima es contraria al derecho*¹⁰¹. Este concepto, más amplio que el anterior, nos permite abordar coherentemente el concepto de precario, ubicándolo como una variedad de posesión ilegítima.

Tomando como referencia el título posesorio, en nuestro sistema jurídico patrimonial vigente, podremos decir sin lugar a dudas que será legítima la posesión cuando el título posesorio sea válido o expedido con arreglo a ley; por el contrario será ilegítima la posesión –de buena o mala fe– no solo cuando se tenga título inválido, ineficaz o expedido contraviniendo la ley, sino además –como lo reconoce Castañeda– cuando no exista título posesorio, esto es, cuando se posea un bien sin título alguno.



¹⁰¹ AVENDAÑO V. Jorge. **Obra citada**. Pag. 131.

4.- EL PRECARIO

4.1.- Origen y evolución en Roma.

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

La palabra *precario*, refieren Colin y Capitant¹⁰², es una expresión romana que en sus primeros momentos designaba un vínculo jurídico, al parecer, nacida de lo que se conocía como *clientela*. Un gran propietario concedía fundos a sus *clientes*, a petición de ellos mismos; quienes cultivaban la tierra y vivían de ella, debiendo restituirla a voluntad del concedente.

El origen de ésta es oscuro, aparece en la Roma antigua; se ha especulado que se estableció a propósito de la explotación del *ager publicus*¹⁰³; refiere Petit que los Patricios romanos hacían a sus *clientes* concesiones esencialmente revocables.

En la Roma antigua, cada familia está colocada bajo la autoridad de un jefe, al que se le denominó *paterfamilias*. Estos *patres* y sus descendientes –que integran las *gentes* de las treinta curias primitivas, forman la clase de los patricios, *patricii*; ellos solos participaban del gobierno del Estado y gozaban de todos los privilegios del ciudadano romano¹⁰⁴.

Señala Eugene Petit¹⁰⁵ que al lado de cada familia patricia se encuentra un cierto número de personas agrupadas, a título de *clientes*, bajo la protección del jefe, que viene a ser su patrón. Se cree que los *clientes* formaban parte de la *gens*; en todo caso, se conoce que la *clientela* crea derechos y deberes; el patrón debe a

¹⁰² COLIN, Ambrosio y CAPITANT H.... “Curso elemental de Derecho Civil – De los bienes y de los derechos reales principales”. Tomo Segundo. Volumen II. Madrid. Instituto Editorial Reus. 1942. Pág. 898. Refieren los citados profesores de la Universidad de París, que precario viene de la palabra *preces*. (Ver Ulpiano I pr. D. de *precario*, XLIII, 26).

¹⁰³ PETIT Eugene. Obra citada. Pag. 426.

¹⁰⁴ *Ibidem*, Pág. 29.

¹⁰⁵ *Ibidem*, Pág. 30.

sus *clientes* socorro y asistencia, toma su defensa en justicia y les concede gratuitamente tierras, a efecto de que vivan de ellas; por su parte el *cliente* debe al patrono respeto y abnegación; asistían a su jefe, siguiéndole a la guerra; entre otras. La existencia de los *clientes* dada de antes de la fundación de Roma, de hecho dicha institución se encontraba ya, en esa época, en la mayor parte de las ciudades de Italia.

Eran *ager publicus* los territorios de las poblaciones vencidas por Roma, que pasaban a ser propiedad del Estado romano; se conoce que una parte de éstas tierras pasaban a incrementar la propiedad privada, apareciendo el *ager privatus*¹⁰⁶. Una parte de éstas tierras eran cultivadas, las que eran enajenadas en beneficio de los particulares; otras, no cultivadas, eran entregadas para su cultivo a cambio de pagar un censo al Estado; ello no los hacía propietarios, solo mantenían la *possessio*, por lo que dichas extensiones de territorio permanecía como *ager publicus*. Éste derecho de ocupación solo era ejercido por los patricios; eran considerables los territorios que eran cultivados por los esclavos o los *clientes*, a quienes hacían concesiones a título esencialmente revocable (*precarium*).

Como se puede apreciar el precario tuvo su origen en el primitivo derecho de *gentes* –derecho común a todos los hombres, ciudadanos y extranjeros–, existiendo mucho antes que el “*ius civile*”¹⁰⁷ –derecho propio de la ciudad, aplicable sólo a los ciudadanos–, ya que el *ius gentium* tuvo principio al mismo tiempo que los hombres¹⁰⁸, idea en la que todos los historiadores coinciden.

¹⁰⁶ Ibidem, Pág. 234.

¹⁰⁷ ORTOLAN M... “**Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano**”. Quinta edición revisada y aumentada. Tomo I, Libros I y II de la Instituta. Madrid, Librería de D. Leocadio López, Editor. 1884. En la Pág. 33 de ésta obra el Profesor Ortolan explica: “Resumiendo cuanto hemos dicho acerca del derecho natural, el derecho de *gentes* y el derecho civil de los romanos, ¿qué definición debe sacarse de todo respecto de cada uno de estos derechos?. **1º El derecho natural** (derecho de los seres animados) es aquel que la naturaleza inspira a todos los animales; **2º el derecho de *gentes*** (derecho de los hombres) es aquella parte del derecho privado que procede de las relaciones y de la razón natural de los hombres, y que es aplicable lo mismo a los extranjeros que a los ciudadanos; y **3º el derecho civil** (derecho de los ciudadanos) es aquella parte del derecho privado que el pueblo ha constituido sólo para sus individuos, y que sólo es aplicable a los ciudadanos.”

¹⁰⁸ MORENO MOCHOLI, Miguel... “**El precario**”. BOSCH, Casa Editorial- Barcelona. España 1951. Pag. 24. Refiere el autor que Gayo señala lo siguiente: “ya que el derecho primitivo de

El origen (del precario) no fue algo exclusivo del Derecho de Roma. Diversos investigadores coinciden en afirmar que se desenvuelve primero en el seno de la clientela, institución prerromana que se refiere no a las “*civitas*” sino a los núcleos que le precedieron, es decir a las “*gentes*”, organismo primitivo no exclusivo de las razas itálicas, latinas, sabinas y celtas, sino también procedente de los etruscos, helenos y eslavos”¹⁰⁹.

La economía más antigua se basa preferentemente en el “*ager públicus*” (propiedad pública); se dice incluso que tuvo mayor importancia que el *ager privatus*; grandes extensiones de territorio eran entregados a los señores ricos en el *ager publicus*; refiere Moreno Mocholi¹¹⁰ que consecuencia de todo esto es, que frente a la idea de lo público y sus pertenencias, solo surge ese denominador común de todos los disfrutes de cosa ajena: el “*precarium*”, única forma de goce por otro en los tiempos primitivos.

El precario pasó a ser desde su nacimiento un importante eje y centro de desplazamientos posesorios, supliendo con un alcance virtualmente exhaustivo, todas las cesiones que en formas y condiciones van dando lugar a lo que por fin llegan a denominarse *derechos reales limitativos de dominio*. Se puede afirmar así que la figura del precario se centra en la concesión, sin pago de renta alguna, pero con el pago de un canon o prestación de análogo tipo que constituye tributo de sujeción y reconocimiento¹¹¹.

Gentes tuvo principio al mismo tiempo que los hombre, es necesario tratar primero de él (D. 41, 1; Gayo, 1).

¹⁰⁹ Ibidem, Pág. 24. Señala el autor que el precario fue una realidad reconocida a posteriori por el Derecho Romano “*otorgándole cierta especial protección*”. Agrega que no falta cierta unanimidad en la apreciación del origen del precario que la mayoría de historiadores articulan con las concesiones *ager publicus*, dentro de las relaciones personales con la *clientela* y, organización social de la *gens*.

¹¹⁰ Ibidem, Pág. 26; Citado por el autor, Iglesias Cubria (Cita N° 27, p. 27) señala que “la concesión del “*precarium*” era perfectamente idéntica, como relación jurídica, a la concesión de la *possessio* del *ager públicus*. Las características de ambas posesiones son las mismas pues tienen idéntica causa: la liberalidad y el goce de ambas es pleno y también perpetuo, en el sentido de que no han sido limitados en el tiempo de antemano, las dos son naturalmente revocables a voluntad del concedente”.

Ihering, citado por Moreno¹¹², establecía –para diferenciarlo de la figura del arriendo- que pese a que en el precario existía una concesión al igual que en el arriendo, e incluso el pago de un canon o tributo, las figuras no eran idénticas, por el contrario se excluyen, ya que éste pago no representaba merced compensatoria u obligación de alguna clase, a lo más era el reconocimiento del “*imperium*” de la entidad otorgante. Así, mientras en el arriendo o la merced de pago era por el disfrute en el seno de las relaciones jurídico-privadas, el canon o prestación análoga del precarista, constituye un tributo de sujeción y reconocimiento, una especie de tasa o prima por la utilización o disfrute de un bien público. Es importante destacar que el precario, por lo menos el antiguo de los clientes, según expone Jörs Kunkel (“*Derecho Privado Romano*”. Traducido por Pietro Castro. Editorial Labor. 1937. Pág. 160) no se distinguía mucho económicamente de la propiedad (...) por lo que no debe extrañar que la posesión fundada en tales derechos de cuasi propiedad fuera equiparada a la posesión en nombre propio”¹¹³.

Junto a la figura del “*ager públicos*”, la *clientela* juega un rol determinante en el origen del precario. *Los clientes* eran extranjeros voluntariamente sometidos o extranjeros acogidos a Roma, bajo la protección de una *gens*, que “*se diferencian de los siervos por no estar sometidos a un derechos de dominio y asimilados a las cosas, y de los extranjeros (hostiles) desprovistos de todos derecho porque gozan de libertad personal aunque no, en los primeros tiempos, de los derechos políticos que competen como ciudadanos a los gentiles*”¹¹⁴.

La *Gens*¹¹⁵ es el tercer elemento que da vida y origen al precario, “*en cuanto ligada a la clientela, relación de tipo personal, con la “gens” organización política*

¹¹¹ Ibidem, Pág. 27.

¹¹² Ibidem, Pág. 29

¹¹³ Ibidem, Pág. 31. Señala el autor que :“*Es así como la concesión de un bien público otorga al concesionario cierta plenitud que implica por lo menos posesión plena que no llega a considerarse como propiedad –de ahí la expresión de Kunkel “cuasi propiedad”- por la posibilidad de la caducidad o revocación*”.

¹¹⁴ Ibidem, Pág. 35.

¹¹⁵ Ibidem, Pág. 39. Expone el autor que: “*La palabra Gens significa en latín pueblo, nación, comunidad política y se emplea con sentido equivalente al de “civitas” especialmente cuando se trata de aglomeraciones de carácter primitivo o un tanto divergentes del tipo clásico de la ciudad. Se es gentil o miembro de la ciudad como se es miembro del Estado o de una comunidad política en*

donde la propiedad estaba centrada en sus jefes que explotaban el “ager públicus” por medio de concesiones revocables, da por resultado el ambiente en que se desarrolló el precario”.

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

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

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

En el Derecho romano se indicaba que existía *precarium* cuando una persona concede a otra la posesión y disfrute gratuito de una cosa, a cargo de

general, esto es, por nacimiento de padre gentil o por agregación directa a la “gens” por voto de los gentiles (cooptatio) o, finalmente, por agregación indirecta cuando se entra a formar parte de un organismo político subordinado a la “gens”.

restituirla a la primera reclamación¹¹⁶. Por ello PETIT considera, en la obra glosada, que el precario ocupó en el Derecho romano un puesto entre los **contratos innominados**.

En el tratamiento doctrinal del **Derecho común**¹¹⁷ se englobó en la misma categoría de negocios jurídicos al precario y al comodato. En el Derecho hispano de la edad media se conocían estas figuras jurídicas como contratos que transmiten el disfrute gratuito de un bien, pudiendo ser éste un mueble, inmueble o semovientes.

4.2.- Evolución del *precarium* en el derecho contemporáneo

Los juristas franceses Planiol y Ripert, siguiendo la lógica de la teoría subjetiva de la posesión, sostenida por Savigny y asumida por el Derecho francés, señalan que quien posee un bien a título de precario no ejerce, en realidad, la verdadera posesión, pues en tal caso, refieren, el derecho no le concede las acciones posesorias y no produce la usucapión. Ello en razón de que el precario no cuenta con uno de los elementos esenciales de la posesión, que es la intención de poseer para sí mismo (*animus*). Esto se explica en razón de que, según los citados juristas, en el Derecho francés, el concepto de precario está referido, como en el antiguo Derecho romano, a un contrato celebrado con el propietario, en virtud del cual conduce el bien a título gratuito, sin *animus domini* y reconociendo el derecho de propiedad de quien le entregó el bien¹¹⁸.

¹¹⁶ PETIT Eugene. Obra citada. Pag. 426. Este autor precisa que el precario se parece al comodatario, en la medida que en ambos casos se recibe el bien a título gratuito, sin embargo, mientras que en éste la cosa prestada se devuelve solo al vencimiento del plazo, en aquel la devolución del bien es exhibible en cualquier momento, esto es, a voluntad del que le entregó, aun cuando haya existido plazo fijo.

¹¹⁷ PEREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, José Manuel. Obra citada. Pág. 951. Este autor precisa que con el nombre de **Derecho común** se designa al sistema jurídico resultante del entrecruce del **Derecho justinianeo**, el **Derecho canónico** y el **Derecho feudal**. Refiere el autor que denomina Sistema Jurídico de la recepción del Derecho común, al que se desarrolla en los territorios hispanos desde el siglo XII y XIII, hasta finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX. Pag. 685.

¹¹⁸ PLANIOL, Marcelo y RIPERT Jorge. "**Tratado Práctico de Derecho Civil Francés**". Tomo III. **Los Bienes** Cultural S.A. Habana. 1946. Pág. 162. Estos juristas sostienen que: "la posesión en precario nunca es un hecho irregular, contrario al derecho, lo que no sucede con la verdadera posesión, que a menudo no lo es, como por ejemplo, en caso de robo o usurpación. Las personas que poseen una cosa en precario la detentan en virtud de un título regular; han celebrado un contrato con el propietario o han sido entregados por la ley o la Justicia..." (sic). Pág. 160.

En nuestro derecho actual, indican Colin y Capitant¹¹⁹, la significación originaria del precario ha cambiado, poseer a título de precario es *detentar* más bien que *poseer*, si se toma ésta palabra en su acepción técnica. Refiere que son detentadores precarios el colono, el depositario, el usufructuario, etc; en efecto éstos últimos poseen por cuenta del arrendador, el depositante y el nudo propietario; agregan, que es posible citar otros muchos detentadores precarios.

Por su parte Josserand¹²⁰, siguiendo el mismo criterio, señala que el *precario*, al igual que el locatario o el arrendatario, es un *mero detentador*, aun cuando detentan la cosa de modo perfectamente correcto y legítimo, en virtud de un título que vale como reconocimiento de la propiedad ajena, esto es, de un contrato otorgado por el propietario del bien; precisa que éstos no poseen por cuenta propia, poseen por cuenta ajena, poseen por cuenta de su propietario.

Salvat¹²¹, razonando conforme al derecho posesorio argentino, sostiene que en la *detención precaria* o a *título precario* de su país, a diferencia de la que se entendía en el derecho romano, si bien existe la obligación de restituir la cosa, esa obligación no esta librada, en cuanto a su exigibilidad, a la voluntad arbitraria del propietario de la cosa, sino de los términos y condiciones de la causa o título que le dio origen. Precisa, sin embargo, que en el derecho argentino la *detención precaria* –a título de precario- no confiere jamás **la posesión**, sino la simple **tenencia**, en consecuencia la ley no le confiere el derecho a las acciones posesorias.

También desde Argentina, con el mismo razonamiento Benedetti, sostiene que en las legislaciones modernas el “*precarium*” –en el sentido que se concebía en el derecho romano- ha desaparecido y solo queda en ellas un resabio terminológico de ésta categoría jurídica; precisa el citado jurista que en el derecho romano, el “*precario*” aunque revocable a voluntad del concedente, era una verdadera

¹¹⁹ COLIN, Ambrosio y CAPITANT H....Op. Cit. Pag. 898.

¹²⁰ JOSSERAND Louis. “**DERECHO CIVIL**” Tomo I, Volumen III –La propiedad y los otros derechos reales y principales- Ediciones Jurídicas Europa-América. Bosch y Cía. Editores. Buenos Aires. 1952. Pag. 56-57.

“*possessio*” frente a terceros, y como tal, hábil para los interdictos posesorios; por el contrario –precisa- en *la concepción del derecho actual la “posesión precaria” es sinónimo de “tenencia”*¹²². En este tema es evidente –como sucede en general en el derecho argentino en materia posesoria- la influencia de la teoría savigniana de la posesión, que reconoce como poseedor solo a quien no reconoce en otro la propiedad; y siendo que el precario –en el sentido clásico o romano- reconoce y respeta la propiedad del bien a favor del concedente carece del “*animus domini*” para ser un verdadero poseedor. Para que desaparezca la “precariedad” –que reconoce en otra persona la propiedad- y surja en su lugar la “posesión” viciosa, es preciso –agrega el citado Jurista- que se *intervierta* el título, es decir que quien tiene el bien abuse de la confianza y no reconozca en otro la propiedad, apareciendo con ello el verdadero poseedor

Cabe señalar que en el Perú, siguiendo el concepto clásico del precario y con gravitante influencia de la *teoría subjetiva de la posesión*, Jorge Eugenio Castañeda¹²³ sostiene que posesión y posesión precaria son situaciones radicalmente distintas, el poseedor precario, refiere, nunca será considerado como poseedor, a no ser que intervenga su título. Expone que son ejemplos de poseedores precarios, en virtud de un derecho personal, el arrendatario, el depositario, el comodatario; agrega que los serán en virtud de un derecho real el usufructuario, el acreedor pignoraticio, el acreedor anticrético. Concluye este insigne jurista peruano, que *poseer a título de precario no es poseer*. Supone poseer por otro; poseer por cuenta de otro; *es poseer como poseedor inmediato*.

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

¹²¹ SALVAT, Raymundo M. Obra citada. Pag. 196-197.

¹²² BENEDETTI, Julio César. “**La posesión – Teoría y práctica de su amparo**”. Editorial Astrea de Alfredo y Recardo Depalma. Buenos Aires. 1979

¹²³ CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Obra citada. Pag. 335.

Para Jorge Musto¹²⁴ la tenencia puede ser precaria o no serlo. La tenencia puede tener origen en un contrato que otorgue un derecho con estabilidad en el tiempo; la precariedad implica precisamente la inestabilidad, o la posibilidad de revocación unilateral y *ad nutum*, por la parte que ha concedido o tolerado la tenencia. Para el citado autor argentino, y para la mayoría de autores argentinos, el precario no es en realidad un poseedor, es un tenedor que conduce el bien por anuencia o concesión de su titular; refiere que cuando se produce abuso de confianza por el tenedor se presenta lo que se conoce como “vicio de precario”.

La misma tendencia doctrinaria –citada en los párrafos precedentes– siguen todas aquellas legislaciones que abordan la teoría subjetiva de la posesión impulsada por Savigny; así lo fue en nuestro país en virtud de la influencia savigniana que tuvo el primer Código Civil de 1852; según Castañeda, Jorge Eugenio, con la incorporación en nuestro Código Civil de 1936 de las ideas posesorias de Jhering, y manteniendo el mismo concepto de precario -expuesto por los romanos de la época de Justiniano-, señala, como lo hemos indicado líneas arriba, que el precario paso de ser un mero detentador -en la teoría savigniana, por reconocer en otro la propiedad- a un verdadero poseedor al considerarlo como *poseedor inmediato*, frente al propietario que se ubicaba en la posición de *poseedor mediato* por haber sido quien le otorgo el bien en virtud de un título: **el de precario**. Similar apreciación se percibe en el Código de Dalmacio Vélez Sarsfield, quien, en ésta materia sigue las pautas posesorias de Savigny.

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

¹²⁴ MUSTO, Néstor Jorge...Op. Cit. Pág. 358-359.

Por otro lado, el concepto originario del precario ha tenido distinta evolución en el Derecho español. El jurista español Manuel Albaladejo¹²⁵, refiriéndose a la posesión precaria, ha señalado que ésta se presenta cuando el que posee un bien sin derecho, esta expuesto de que aquel a quien corresponde la posesión se la pueda reclamar y obtener, en su caso, el correspondiente fallo judicial que obligue a entregarle el bien.

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

Albácar López¹²⁷, Magistrado del Tribunal Supremo Español, y los catedráticos españoles Torres Lana, Rubio Torrano y Cabanillas Mugica, corroboran lo expuesto por Diez-Picazo, y luego de evaluar la jurisprudencia española concluyen que la definición por el Derecho aceptada de la etimología del vocablo “**precario**”, que era en su primera y estricta aceptación préstamo revocable a voluntad del que lo ha hecho, y que aplicado a la posesión significa la mantenida por tolerancia del propietario, se ha transformado en valor jurídico desde que *el numeral 3° del Art. 1565 de la Ley de Ejuiciamientos Civiles* español, permitió ejercitar la acción de desahucio contra cualquier persona que disfrutase o tuviera la

¹²⁵ ALBALADEJO Manuel. Obra citada. Pág. 73

¹²⁶ DIEZ-PICAZO Luis. Obra citada. Pag. 489.

finca rústica o urbana, sin pagar merced y se ha hecho extensiva por la jurisprudencia el **concepto de precario** a cuantos utilizan la posesión de un inmueble **sin tener título** o cuando el que aducen **sea ineficaz** para destruir el de dueño que invoca el actor.

El jurista español Manuel Albaladejo¹²⁸, ha referido una similar opinión, y han sostenido que la **posesión precaria** es la que se ejerce sin derecho y se hace extensiva a todos aquellos que sin pagar renta utilizan la posesión de un inmueble **sin título para ello**, o cuando **sea ineficaz** el invocado para enervar el dominial que ostenta el demandante.

Por su parte, José Luis Lacruz Berdejo¹²⁹, comentando la jurisprudencia española corrobora lo expuesto líneas arriba, pues señala que ésta ha establecido que el concepto de **precarista** no se refiere a la graciosa concesión a su ruego del uso de una cosa mientras lo permite el dueño concedente, en el sentido que a la institución del precario le atribuye el **Digesto**, sino que se extiende a cuantos sin pagar merced utilizan la posesión de un inmueble **sin título** para ello, o cuando **sea ineficaz el invocado** para enervar el dominial que ostente el actor.

4.3.- Evolución en el Perú.

Similar evolución, respecto de la que tuvo en la jurisprudencia española, se produjo en nuestro país, así tenemos que los tribunales peruanos establecieron en los últimos 60 años, que precario es aquel que ocupa un bien sin título alguno y sin pagar renta o merced conductiva¹³⁰.

¹²⁷ ALBACAR LOPEZ, José Luis, TORRES LANA José Angel, RUBIO TORRANO, Enrique y CAVANILLAS MUGICA, Santiago. **"Código Civil"** –Doctrina y Jurisprudencia- Tomo II. Cuarta Edición. Editorial Trivium S.A. Madrid-España. 1995. Pag. 891.

¹²⁸ ALBALADEJO Manuel. **"Derecho Civil"**. Tomo III. Derecho de Bienes, Volumen Primero. Octava Edición. José María Bosch Editor S.A. Barcelona. 1994.. Pag. 73

¹²⁹ LACRUZ BERDEJO, José Luis, y otros. **"Elementos de Derecho Civil"**. Tomo III. Volumen primero Derechos Reales, Posesión propiedad. Tercera edición José María Bosh Editor S.A. Barcelona. 1990. Pag. 99.

¹³⁰ **En Revista de Tribunales** (R. de T.) de 1940, página. 336, se publicó la siguiente jurisprudencia: *"El concepto de uso precario a que se refiere la segunda parte del artículo 970 del Código de*

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

Como es por todos conocido, hasta antes de la entrada en vigencia del actual Código Civil –noviembre de 1984- la regulación de la figura del precario se encontraba regulada de modo puntual en las normas procesales; y como lo hemos reseñado anteriormente; aún en dichas disposiciones procesales - artículo 970, segundo párrafo, del Código de Procedimientos Civiles y artículo 14, inciso b) del

Procedimientos Civiles, es de ocupante sin título alguno, con asentimiento tácito del dueño, sin pagar merced conductiva...”.

En Revista de Jurisprudencia Peruana (Rev. J. P.) del año 1969, página 845; año 1975, página 623: “*Procede el desahucio por ocupación precaria contra el que no tiene título de propiedad, ni prueba que paga alquiler ni tiene vínculo contractual ninguno con el demandante.*”. año 1951 página 1038 : “*Es ocupante precario quien a mérito de una transacción celebrada con el arrendatario, obtuvo la posesión del inmueble y pretendió continuar pagando la renta que dicho arrendatario pagaba al locador.*”. Año 1964, página 1092 : “*Es ocupante precario el que posee un inmueble en virtud de un contrato de promesa de venta cuyo plazo está vencido y no se ha otorgado la escritura de traslación de dominio*”

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

En Revista del Foro (Rev. Del F.) año 1928, página 12 : “*Procede el desahucio por ocupación precaria contra el que ocupa el inmueble sin título alguno. Las consignaciones de dinero hechas por el ocupante y cobradas por el propietario no impiden el ejercicio de la acción*”.

Jurisprudencia tomada de **GUZMAN FERRER, Fernando**... “Código de procedimientos civiles”. Cuarta edición. Cultural Cuzco S.A., editores, Lima Perú 1982 Tomo II, Pág. 999 a 1003.

Decreto Ley 21398, Ley del inquilinato- no se estableció definición alguna de ésta figura, por lo que el concepto se obtuvo de la doctrina y las fuentes romanas.

La inexistencia de una tipificación positiva de la precariedad, y su correspondiente consagración normativa, como lo sostenía la profesora Lucrecia Maisch von Humboldt, dio origen a una jurisprudencia contradictoria y a múltiples polémicas doctrinarias, por ello para terminar con dicha problemática, la citada profesora sanmarquina, incluyó en el proyecto del Código Civil, la definición normativa de la “posesión precaria”, consignando en el artículo 80 del proyecto que *“la posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha caducado”*¹³¹.

Finalmente el legislador tomó la propuesta variando sólo el término “caducado” por un término mucho mas amplio: “fenecido”; así consagró en el artículo 911 del actual Código Civil peruano, la definición de la posesión precaria, bajo el siguiente texto: *“La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido”*.

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

5.- LA POSESION ILEGITIMA Y LA POSESIÓN PRECARIA.

5.1.- La posesión ilegítima en el Perú y en el derecho comparado.-

Una de las clasificaciones, basadas en el origen de la posesión, reconocida en la doctrina y en el derecho positivo, es la referida a la posesión legítima y la posesión ilegítima.

En términos generales, como se ha indicado, podemos establecer que la *posesión legítima*, conocida por algunos autores españoles como *posesión justa*¹³², y –con sus particulares diferencias– en los países bajo la influencia del Código de Andrés Bello como *posesión regular*¹³³, debe entenderse como aquella que se encuentra protegida por el ordenamiento jurídico, o como lo precisa Avendaño¹³⁴, aquella que se ejerce con arreglo a Derecho, resultando ser *ilegítima*, aquella que es ejercida contrario a Derecho. Peña Guzmán¹³⁵, citando a Vélez Sarsfield, sostiene que la posesión es legítima si ella proviene de una relación legalmente constituida y que será ilegítima si la posesión padece de vicio o defecto desde su origen o causa que le diera nacimiento.

¹³¹ MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. “**De los derechos reales – Proyecto para un nuevo Libro Cuarto del Código Civil y exposición de motivos**”. Editorial Desarrollo S.A. Pág. 71.

¹³² DIEZ-PICAZO, Luís. **Op. Cit.** Pág. 483. Es jurista español, comentando el Art. 444 del Código Civil español, respecto al elemento publicidad en la posesión, señala lo siguiente: “Para que la posesión sea justa y, consiguientemente, resulte plenamente protegida por el ordenamiento jurídico, es menester que sea una posesión pública...”

¹³³ PESCIO V. Victorio. Obra citada Pág. 165. Refiere el citado Profesor Chileno que la **posesión regular** es la adquirida sin violencia, ni clandestinidad, con justo título y buena fe. Tal definición no es coincidente respecto de lo que nosotros concebimos como posesión legítima, dada la distinta connotación que en nuestro medio se le atribuye al “justo Título” y a la “buena fe” posesorias.

¹³⁴ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. “**Posesión ilegítima o precaria**”. THEMIS-Revista de Derecho, Segunda Época, No. 4, Pág. 59 a 63. Lima, 1986. Sobre el tema de la posesión legítima y la ilegítima, el citado Prof. Universitario sostiene: “Una primera aproximación sugiere que la posesión legítima es la que se conforma con el derecho, mientras que la ilegítima es la contrarios al derecho.”

¹³⁵ PEÑA GUZMAN, Luís Alberto. **Op. Cit.** Pág. 261. Este autor argentino, profesor de la Universidad de Tucumán, para definir la posesión legítima y la ilegítima, cita al autor del Código Civil argentino, precisando que éste sigue el mismo concepto establecido por Freitas, autor del Código Civil Brasileño..

Así, podremos afirmar que se encuentran dentro de los alcances de la posesión legítima la que ejerce el propietario del bien, o no ejerciéndola éste, aquella que fue recibida de quien se encontraba legalmente apto o legitimado para entregarla, e incluso, podremos agregar a este rubro aquella posesión que es ejercida en forma pública y con tolerancia o aquiescencia del titular del derecho, en tanto éste no le pida o reclame la entrega del bien.

Por el contrario, se ubicarán dentro de la posesión ilegítima, aquella que es ejercida por quien adquiere la posesión de quien no se encuentra apto legalmente para entregarla, esto es, de quien no se encuentra legitimado para transmitir tal derecho, o aquella que se accede en forma directa sin contar con la autorización del titular del derecho. Puede suceder que el poseedor crea en la legitimidad de su adquisición, lo que evidenciará que estaremos frente a un poseedor de buena fe; tenemos, por ejemplo, el caso de quien adquiere la posesión en virtud de un contrato (compra-venta, arrendamiento, comodato, etc.) de quien no tiene la titularidad del derecho o que no se encuentra facultado por éste para realizar tal contrato, pero con la particularidad de que el adquirente de la posesión desconocía tal hecho; se dice que el poseedor, en tal caso, porta un título que contiene un derecho que emana de un acto o negocio jurídico nulo o anulable o ineficaz. Es preciso anotar que tratándose de un acto nulo, la presunción de buena fe acompañará al poseedor en tanto la causal de invalidez no resulten manifiestas o razonablemente evidentes, caso contrario el acto jurídico podría incluso ser declarado inválido por el Juez de oficio, esto es, sin que medie solicitud o demanda alguna, en razón de que en tal caso el agravio al interés público emana por sí mismo del título, sin necesidad de otro elemento adicional, que tenga que ser probado; en cuanto al título anulable, éste continuará surtiendo todos sus efectos en tanto no se declare judicialmente su invalidez.

Por otro lado, la posesión ilegítima será de mala fe, cuando, como hemos indicado, el poseedor tenga certero conocimiento o llegue a descubrir que la posesión que viene ejerciendo es contraria a derecho, sea porque conoce o llegó a

conocer que el título por el cual accedió a la posesión no es válido o porque viene ejerciendo la posesión sin título alguno, o continua ejerciendo la posesión con un título que se ha extinguido, o cuando el título emana de un acto jurídico manifiestamente nulo, es decir, la invalidez resulte ser evidente o manifiesta.

Dentro de este razonamiento, Jorge Eugenio Castañeda¹³⁶ ha señalado acertadamente que la posesión será ilegítima cuando el poseedor *carece de título*, esto es, cuando la posesión se adquiere de quien no tenía derecho a poseer el bien o que carecía derecho para transmitirlo. Refiere el citado autor que **del Art. 832 del Código Civil de 1936** -que regula la buena fe en la posesión-, “*resulta que el poseedor que no tiene título es poseedor de mala fe*”¹³⁷. Tal punto de vista mantiene actualidad y vigencia, en la medida que el **Art. 906 del actual Código Civil** ha recogido esencialmente la regulación normativa de la buena fe posesoria, de lo que podría decirse lo mismo en la actualidad, interpretando a contrario las citadas normas sustantivas.

5.2.- Algunos comentarios acerca de la posesión ilegítima en otros países.-

Salvo Argentina, no se advierte en la mayoría de los países latinoamericanos una regulación normativa referida a la clasificación de la posesión por su origen, esto es, la referida a **la posesión legítima o ilegítima**. Analizaremos algunos Códigos Civiles de nuestro continente americano.

A diferencia de los Códigos Civiles promulgados en nuestro país, en Argentina, Dalmacio Vélez Sársfield incluyó de modo expreso en el **Art. 2355 del Código Civil de ese país**¹³⁸, los conceptos de la posesión legítima y de la ilegítima.

¹³⁶ CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. Cit. Pág. 122 .

¹³⁷ CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Obra citada. Pág. 125

¹³⁸ **Art. 2355 del C.C. argentino** : “*La posesión será legítima, cuando sea el ejercicio de un derecho real, constituido en conformidad con las disposiciones de este código. 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 tenía derecho a poseer la cosa, o no lo tenía para*

Salvat¹³⁹ comentando dicho artículo, se refiere a la **posesión ilegítima** como aquella que se tiene sin título. Señala además el insigne jurista argentino, que al caso de *la falta de título* la Ley (léase Código Civil. argentino) equipara al del título nulo.

Refiriéndose a la palabra título, sostiene que éste debe entenderse para designar al acto jurídico que ha dado nacimiento al derecho, concluyendo que la posesión será ilegítima por falta de título, cuando ella no responde a algunas de las causas que legalmente pueden darle nacimiento, como es el caso de una posesión adquirida en virtud de un acto de usurpación.

Por su parte, Borda¹⁴⁰, refiere que en materia posesoria, Vélez Sarsfield, autor del Código Civil argentino, recibió influencia de Savigny y su famosa teoría subjetiva del *animus domini* en la posesión, al establecer en su Art. 2352 que, el que tiene efectivamente una cosa reconociendo en otro la propiedad, es un simple tenedor. En ello el Código Civil argentino se aparta del nuestro. Es respecto a la clasificación de la posesión por su origen, en donde existe coincidencia con el nuestro, esto es, el referido a la posesión legítima e ilegítima. El mismo autor, comentando el artículo 2355 del Código Civil de su país, ha resaltado la importancia en el sistema legal de su país, de dicha diferenciación, incorporada normativamente en el derecho positivo de su país.

El *Código Civil Chileno* de 1855, conocido como el Código de Andrés Bello, que se afilia claramente a la teoría subjetiva del *animus domini* de Savigny, al igual que su réplica, el *Código Civil Ecuatoriano*¹⁴¹, no regula la posesión legítima o ilegítima, sin embargo establece una clasificación parecida, al referirse a

transmitirla". Por Ley No. 17711 se agregó el siguiente párrafo: "Se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediante boleto de compra-venta".

¹³⁹ SALVAT, Raymundo M. "**Tratado de Derecho Civil argentino**". Derechos reales. Tomo I. Librería y Casa Editora de Jesús Menendez. Bernardo Irigoyen 186. Buenos Aires. 1927. Pág. 32 a 36.

¹⁴⁰ BORDA, Guillermo A. Op. Cit. Pág. 47.

la llamada **posesión regular** o **posesión irregular**. Así el Art. 702 del dicho Código (Art. 736 del actual Código Civil. ecuatoriano), establece que la posesión puede ser regular o irregular. Refiere la citada norma sustantiva que la posesión regular es la que se ejerce con justo título y ha sido adquirida de buena fe; se precisa que continuará siendo regular la posesión aun cuando la buena fe no subsista después de adquirida la posesión.

Ello significa que, en el Derecho civil chileno, así como en el ecuatoriano, según la norma en comento, la buena o mala fe no constituye un requisito para la existencia de la posesión regular o irregular, pues la propia norma civil reconoce que la posesión puede ser regular y de mala fe, como también puede ser de buena fe pero irregular. Lo importante en la posesión regular es el justo título. Para ello el propio legislador establece en el Art. 703 del mismo Código (Art. 737 del actual Código Civil. ecuatoriano), los requisitos para que un título posesorio se considere *justo título*. Por si existiera alguna duda, fija de modo claro, en el Art. 704 del mismo cuerpo legal (Art. 738 del actual Código Civil ecuatoriano), cuando *no hay justo título*. Por ejemplo, señala dicho Código Civil, que *no es justo título*: el falsificado, el conferido de quien no cuenta con facultades para otorgarlo, el que adolece de vicio de nulidad o el meramente putativo, entre otros. Hay en este último caso una cierta similitud con la posesión ilegítima regulada en el derecho civil peruano o argentino.

El Código Civil Colombiano de 1887¹⁴², recoge exactamente los mismos criterios comentados en los dos párrafos anteriores, esto es, reproduce los mismos conceptos fijados en los Códigos Civiles de Chile y Ecuador, referidos a la posesión regular e irregular..

¹⁴¹ **Código Civil** con jurisprudencia y legislación conexas. Selección del Dr. Juan Larrea Holguín. Actualizada, ampliada y reclasificada. Tomo I. Corporación de Estudios y publicaciones. 2000. Ecuador.

¹⁴² **Código Civil** compilado por Jorge Ortega Torres. Décima Edición actualizada. Editorial Temis. Librería Bogotá-Colombia. 1985

Por su parte, el Código Civil Venezolano de 1942, apartado de la influencia del Savigny, establece la posesión de las cosas sin el requisito del *animus domini*. Así quedó fijado en su Art. 771 al señalar que la posesión es la tenencia de una cosa o el goce de un derecho que ejercemos por nosotros mismos o por medio de otras personas. Con este criterio, el derecho civil venezolano se fue al otro extremo y estableció protección legal a la tenencia de una cosa atribuyéndole la calidad de posesión.

El Código Civil de ese país establece en su Art. 772 el concepto de **posesión legítima**, sin embargo lo allí normado no difiere en nada a lo que en nuestro país se conoce como los requisitos para acceder a la propiedad por prescripción. En dicho artículo el codificador ha señalado que la **posesión será legítima** cuando es continua, no interrumpida, pacífica, pública, no equívoca y con intención de tener la cosa como suya. Contrario sensu, resultará **ilegítima la posesión** que se encuentre privada de alguno de los elementos antes citados. Para los efectos de nuestro estudio la definición que el Código venezolano hace de la posesión legítima no resulta muy útil. En realidad se trata de una posesión apta para la usucapión.

Por su parte el Código Civil Brasileiro¹⁴³ vigente, respecto de la naturaleza de la posesión y su definición, tiene una regulación normativa similar a nuestro actual Código Civil, al establecer en su Art. 485 que se “*considera poseedor a todo aquel tiene de hecho el ejercicio, pleno o no, de algunos poderes inherentes al dominio o propiedad*”. Con ello se puede decir que dicho Código, al igual que el nuestro, se afilia a **teoría objetiva de la posesión** expuesta por Rodolfo von Ihering a fines del Siglo XIX. Este Código introduce en su Art. 486 la regulación sobre posesión temporal de bienes, similar a la que nuestro Código conoce como posesión inmediata y mediata, pero le denomina **posesión directa**, que es la ejercida por el usufructuario, el acreedor pignoraticio, el locatario, y la **posesión indirecta** que tiene el que la entregó.

¹⁴³ **Código Civil Brasileiro**. Editora Atlas S.A. Sao Paulo. Brasil. Séptima Edición. 1984

El referido Código, si bien no define de modo expreso lo que entiende por **posesión legítima**, como sucede en nuestro Código, sin embargo en su *Art. 489* reconoce como **posesión justa** aquella posesión que no es violenta, clandestina o precaria. Es evidente que en dicho dispositivo establece la posesión arreglada a derecho, distinguiéndola, de modo implícito, de aquella que es contraria a derecho a la que, siguiendo su propio léxico, se denominaría como una **posesión injusta**; ésta última, según lo expresado anteriormente podríamos identificarla como **posesión ilegítima**.

Respecto a la **posesión de buena fe**, el Código en mención establece, en su *Art. 490*, que ésta se presenta cuando el poseedor ignora el vicio o el obstáculo que le impide la adquisición de la cosa, o del derecho, poseído. Ello significa, evidentemente, que el legislador brasileño considera, como sucede en nuestro país, a la *posesión de buena fe como una variedad de la posesión ilegítima*, sin embargo, a diferencia de lo que establece el *Art. 906* de nuestro Código, no la vincula a la existencia de algún título. Dicha buena fe la pierde el poseedor, según lo refiere el Código Brasileiro, cuando las circunstancias hacen presumir que no ignora que posee indebidamente.

Por otro lado, a diferencia de los Códigos antes mencionados, el Código Civil de la llamada República Oriental de Uruguay promulgado en 1868¹⁴⁴, no hace mención alguna a la posesión legítima ni la ilegítima, tampoco hace referencia alguna a la llamada posesión de buena o de mala fe. Este Código, afiliado por entero a la tradicional *teoría subjetiva de la posesión*¹⁴⁵, de gravitante influencia en los Códigos Civiles promulgados durante el siglo XIX, establece como requisito de la posesión la existencia del *animus domini*, es decir, que la tenencia de un bien solo será posesión cuando se ejerza con ánimo de dueño. La teoría de Savigny se expone en este Código de modo crudo, pues su *Art. 628* niega la calidad de poseedor al arrendatario, comodatario, acreedor prendario, a quienes los califica de

¹⁴⁴ **Código Civil de la República oriental del Uruguay**. Códigos y Leyes de la República Oriental del Uruguay, publicado por A. Barreyro y Ramos, Editor. Montevideo. 1907.

¹⁴⁵ **Art. 621 del C.C. del Uruguay (1868)**: “La posesión es la tenencia de una cosa o el goce de un derecho por nosotros mismos con ánimo de dueños o por otro en nombre nuestro”.

meros tenedores, e incluye en este rubro a quienes poseen en nombre de otro; precisa finalmente que en todos esos casos la posesión es de la persona de quien la cosa tienen.

A modo de resumen podemos establecer que, salvo Argentina de Vélez Sarsfield, y en menor medida, nuestro país y Brasil, no existe en el Derecho positivo de la mayoría de países de nuestro continente americano, una regulación precisa sobre la posesión legítima y la ilegítima, por lo que en esta materia, debemos tomar como referencia los conceptos, hasta ahora vigentes, establecidos en el Código Civil gauchó.

5.2.1.- Análisis de la posesión ilegítima en el Perú.-

Siguiendo en el análisis de la posesión en el Derecho Civil peruano vigente, podremos decir que la posesión ilegítima y la posesión precaria no se encuentran apartadas una respecto de la otra, por el contrario, como veremos, se encuentra estrechamente vinculada en su propia esencia.

5.2.1.1- Posesión de buena y mala fe.-

En la posesión ilegítima, es preciso distinguir, como se ha hecho, entre la posesión de buena fe y la de mala fe. Será de buena fe aquella posesión que se ejerce en virtud de un título que el poseedor considera legítimo, pero que en realidad de encuentra afectado de un vicio que lo invalida. Debemos concluir que nos encontramos, respecto del poseedor, con un título adquirido con error o ignorancia de hecho o de derecho respecto de la existencia de un vicio que lo invalida, conforme se deduce del texto del Art. 906 del Código Civil. Existe, en este caso, el llamado "justo título" o, en su caso, el "título putativo"; en el primer caso entendido como aquel que reúne todas las formalidades que exige la ley, pero su único defecto es que quien lo practica no es el titular del derecho y no se encuentra autorizado para extender el título; y en el segundo caso, se trataría de título inválido –nulo o anulable- adquirido de buena fe por el poseedor. Puede ser el caso de aquel

que adquirió un bien de quién él creía propietario, o del arrendatario que adquirió la posesión pensando que el arrendador era el propietario o persona autorizada por éste o por la ley, pero que, sin embargo, se acreditó después que no lo era. La doctrina ha reconocido de modo uniforme que, en general, se mantendrá la buena fe del poseedor hasta que éste no tome conocimiento, según las circunstancias, de que, quien le transmitió el título no tenía capacidad jurídica para hacerlo. Nuestro Código ha establecido además, en su Art. 907, que, en todo caso, la buena fe dura hasta que el poseedor es emplazado en juicio y la demanda resulta fundada.

Por otro lado, existirá mala fe en la posesión cuando el poseedor del bien conoce perfectamente que no le asiste derecho alguno, que conoce de la ilegitimidad de su título –en caso éste existiera- o que ejerce la posesión sin título alguno, y es conciente que ejerce un poder de hecho sobre dicho bien, en claro perjuicio de su titular.

En este punto se puede formular la siguiente pregunta ¿Quién no tiene título para poseer es necesariamente un poseedor ilegítimo?. El señor Magistrado –Vocal Supremo- Dr. Sanchez-Palacios Paiva refiere que no¹⁴⁶; para ello pone el ejemplo de quien se establece para vivir en un paraje de la Amazonía, en una zona desértica, o en la Laponía, que no cuentan con título pero no por ello se le puede considerar –poseedor- ilegítimo. En este punto creo –con todo respeto- que nuestro querido Magistrado incurre en error, pues cualquier paraje de la Amazonía o cualquier zona desértica que no sea de particulares es del Estado. Para que el ejercicio de tal posesión resulte legítima tendría que ser considerada como una forma originaria de adquisición de la posesión, lo que no es posible dado que tales bienes –inmuebles- son propiedad ajena, esto es, no son *res nuluis*. El hecho que posteriormente la propiedad de tales bienes puedan adquirirse por prescripción -si cumplen con los requisitos previstos en el artículo 950 del C.C.-, no significa que la posesión que ejercen sobre dichos inmuebles antes del cumplimiento de tales requisitos, sea válida o legítima; en estricto estamos en ese caso siempre frente a una posesión contraria a derecho. Por ello es válido afirmar que quien posee sin título siempre

posee de modo ilegítimo. Cosa distinta es que el Estado, llegado el momento, invocando el interés público y social confiera a tales “invasores” el derecho a poseer dichos bienes y en su oportunidad les confiera título posesorio o de propiedad; ello no quiere decir que en su origen la posesión haya sido legítima.

En la calificación de la posesión, es preciso anotar que la buena fe se presume. Sin embargo, si pretendemos aplicar los efectos de la posesión, respecto de la presunción de la propiedad un bien por su poseedor, es preciso señalar que, conforme lo establece el Art. 912 del actual Código Civil, tal presunción no puede ser invocada por el poseedor inmediato respecto del mediato, ni respecto de quien cuenta con título inscrito. Así, no estará beneficiado de la buena fe en la posesión quien pretenda justificar su posesión con el argumento de haber adquirido un bien de quien no aparece en el registro como propietario. En este caso el poseedor no cuenta con título válido oponible al que emana del Registro Público.

Por otro lado, es preciso resaltar que el derecho civil ha evolucionado en nuestro país, en especial en materia posesoria. No existe en los dos últimos Códigos Civiles peruanos la denominada **posesión natural** y la **posesión civil** que se reguló en el *Art. 466 del Código Civil de 1852*¹⁴⁷. Similar distinción se detecta en el Art. 430 del código civil español de 1889, vigente en la actualidad. Así mismo, respecto a los **requisitos de la posesión**, Toribio Pacheco, comentando el *Art. 465 del Código Civil de 1852* estableció dos condiciones: - la tenencia y goce de la cosa, *corpus*, y -el ánimo de conservar para sí, *animus rem sibi habendi*, *animus domini*¹⁴⁸. Según tal comentario, resulta evidente la influencia de **Savigny** en nuestro primer código Civil; sin embargo la teoría subjetiva del *ánimus*, que imperó durante gran parte del siglo XIX, fue abandonada en nuestros dos últimos Códigos Civiles (1936 y 1984), en que el legislador peruano optó por la teoría objetiva de la posesión, sostenida brillantemente por **Rodolfo von Ihering**, estableciendo

¹⁴⁶ SANCHEZ-PALACIOS PAIVA, Manuel. Obra citada. Pág. 95

¹⁴⁷ **Art. 466 del C.C. de 1852:** “Hay posesión natural, por la mera aprehensión corporal de la cosa; la hay civil, por ministerio de la Ley, aun sin dicha aprehensión”.

¹⁴⁸ PACHECO, Toribio. “**Tratado de Derecho Civil**”. Segunda Edición. Tomo II. Imprenta del estado Calle de la Rifa No. 58. Lima. 1872. Pag. 50.

normativamente que la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad¹⁴⁹.

La posesión inmediata y la **posesión mediata**, de raigambre germánica recién aparecen, como ha quedado dicho, en el Código Civil de 1936 y se mantiene en el actual. No existe en el Código Civil de 1952 esta variedad de posesión temporal.

Se ha mantenido de modo uniforme, en los tres Códigos Civiles promulgados en nuestro país, la regulación normativa referida a la **posesión de buena fe y a la de mala fe**. Aunque el legislador no ha establecido en ninguno de ellos una clasificación expresa, sin embargo, se deduce de la normatividad misma, la existencia implícita de una clasificación por el origen, y que se conoce en la doctrina como la **posesión legítima** y la **posesión ilegítima**.

No existe de modo expreso, en ninguno de los citados Códigos, una expresa definición de la **posesión legítima**; sin embargo se ha regulado, como sucede en la mayoría de Códigos Civiles latinoamericanos, **la posesión de buena fe y la de mala fe**, que aun cuando los Códigos de 1852 y de 1936 no señalan de modo expreso que son una sub.-clasificación de **la posesión ilegítima**, se puede inferir ello del propio texto de la norma, como es el caso de los Art. 467 en el primer Código y el Art. 832 en el segundo. En el actual Código Civil, vigente en nuestro país desde 1984, se ha logrado establecer de modo expreso e inequívoco, en el Art. 906, que la **posesión de buena fe** es en realidad una variedad de **posesión ilegítima**.

¹⁴⁹ **Art. 896 del Código Civil peruano (1984)** : “*la posesión es el ejercicio de hecho de uno o mas poderes inherentes a la propiedad*”. **Art. 824 del Código Civil peruano (1936)** : “*Es poseedor el que ejerce de hecho los poderes inherentes a la propiedad o uno o mas de ellos*”. Como se puede apreciar en ninguno de las normas citadas se exige, para considerar la posesión, el requisito del llamado “*animus domini*”, esto es, que tenga un bien con ánimo de dueño; por ello el arrendatario e incluso el precario es considerado, en nuestro país, como poseedor e investido de las facultades que la ley le otorga. Dentro de esta teoría, vigente en nuestro medio, el arrendador también es poseedor, aun cuando no sea el dueño ni se considere como tal. En ese caso el arrendador sería poseedor mediato y el arrendatario vendría a ser el poseedor inmediato.

En nuestra opinión, de los *Art. 900 y 901 del Código Civil vigente*, se puede establecer lo que el legislador ha querido expresar como *posesión legítima*, admitiendo implícitamente que cuando se presentan supuestos distintos a tales dispositivos legales, la posesión deviene en *ilegítima* o no arreglada a derecho.

Aun cuando el legislador de 1984 no la ha definido como tal, debe entenderse que quien adquiere la posesión en tales términos tendrá el ejercicio de una posesión legítima. Debemos partir, además, del supuesto que en *la tradición*, tal como se expone en los citados artículos, quien realiza la entrega es quien se encuentra legitimado para hacerlo, esto es, el titular del derecho o el que se encuentra investido de la facultad legal de efectuar la entrega. Ello es así, en razón de que lo contrario significaría que la entrega se habría producido contraviniendo el derecho, en consecuencia estaríamos frente a una variedad de posesión ilegítima

Sin embargo, pienso que el concepto de posesión restringida solo a los citados artículos del Código Civil, *no resulta válida*, pues, aun cuando el que reciba el bien no sea quien corresponde, por convenio o por la Ley o lo recibe sin las formalidades de ésta, **adquirirá de todas maneras la posesión** del bien si cumple con los requisitos establecidos en el Art.896 del actual Código Civil¹⁵⁰. En realidad si ello sucede, y si el que recibe el bien cumple con los requisitos establecidos en la citada norma del Código Civil, se puede decir que la entrega del bien ha otorgado la posesión a quien lo recepcionó, pero en tal caso estaríamos frente a una de las variedades de la **posesión ilegítima**.

No existe evidencia cierta que permita establecer de modo ineludible, que el legislador haya querido establecer que la *posesión ilegítima este determinada solo* por la existencia de un título inválido, afectado de nulidad o anulabilidad, y que la *inexistencia del título* aparta al poseedor de la condición de poseedor ilegítimo.

Observando la parte pertinente de nuestro Código Civil, se puede establecer, sin lugar a dudas, que el *artículo 906 del mismo*¹⁵¹, que regula la posesión ilegítima de buena fe, resulta ser el único que conecta la existencia del título con la posesión ilegítima. Sin embargo de dicho artículo no se aprecia una restricción al concepto de la posesión ilegítima solo a la que se ejerce con algún título. En él se establece que el poseedor que cree en la legitimidad de su posesión, ejerce una posesión ilegítima de buena fe. *El Art. 907 del mismo Código*, establece que dicha buena fe dura mientras las circunstancias permitan al poseedor creer que posee legítimamente o, en todo caso, hasta que sea citado en juicio, si la demanda resulta fundada. En este caso, el efecto perseguido es que si el poseedor de buena fe es vencido en juicio y es obligado a entregar el bien al demandante, estaría obligado, a partir de la citación con la demanda, a entregar los frutos percibidos o en su defecto a pagar su valor estimado, o en su caso a indemnizar al demandante por la pérdida o deterioro del bien, conforme lo establecen los *Art. 909 y 910 del mismo cuerpo legal*. Antes de la citación con la demanda, el poseedor de buena fe, aun cuando su posesión es ilegítima, hace suyos los frutos, en virtud de lo establecido en el *Art. 908 del citado Código Civil*.

Por su parte, en el caso insistir que el glosado artículo 909 regula la posesión –ilegítima– de mala fe; en él no se aprecia que para el ejercicio de dicha forma de poseer bienes se requiera tener algún tipo de título posesorio. En este caso, es evidente que estaremos frente a una posesión ilegítima de mala fe cuando el poseedor conozca de la ilegitimidad de su título o simplemente carezca de él, como lo hemos referido de modo reiterado líneas arriba.

5.3.- La posesión precaria en el derecho civil peruano.

El actual Código Civil peruano, como se ha indicado, a diferencia de los otros Códigos Civiles del continente americano, y probablemente del mundo, ha

¹⁵⁰ **Art. 896 del Código Civil vigente** : “La posesión es el ejercicio de hecho de uno o mas poderes inherentes a la propiedad”

incorporado una precisa definición de **la posesión precaria**, apartándose de modo claro y concluyente de la tradicional concepción que de él se ha tenido y se tiene en la historia del derecho privado.

Al establecer nuestro Código Civil que *la posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido*, no existe más en nuestro país, desde el 14 de noviembre de 1984 -fecha en que entró en vigencia-, la clásica definición expuesta en la doctrina y el derecho comparado¹⁵², que **reconocía como precario** a quien tenía un bien a título gratuito, que lo había recibido a ruego de su propietario, con la característica de que dicha entrega podía ser revocada en cualquier momento.

El concepto tradicional del *precarium*, que estuvo siempre vinculado al *comodato* –por ser actos gratuitos-, y siempre fue entendido como un *contrato innominado*, esto es, como el resultado de un vínculo obligacional entre el propietario del bien y quien lo recibía, con la característica de que éste no pagaba renta y se obligaba a devolverlo en la primera oportunidad que el propietario lo requería. Producido dicho requerimiento sin que el *precarium* restituya el bien, el propietario tenía expedito su derecho para ejercer la acción restitutoria (desahucio, desalojo, etc) que le permitía recuperar el bien físicamente.

Dos elementos básicos hacen que la **posesión precaria** en el Perú, se distancie ampliamente, en el mismo tema, de la Doctrina civil contemporánea.

El primero de ellos es que la **posesión** para ser tal en nuestro país -desde 1936- así como en Brasil -de Freitas-, en México y en Alemania –BGB-, no se

¹⁵¹ **Art. 906 del Código Civil vigente:** “La posesión ilegítima es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o por error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título”

¹⁵² Sobre la **definición de precario**, PETIT Eugene, en su obra “**Tratado elemental del Derecho Romano**” –14ta. Edición Editorial Porrúa.. México 1968, Pag. 426-, precisa que **el precario** se parece **al comodatario**, en la medida que en ambos casos se recibe el bien a título gratuito, sin embargo, mientras que en éste la cosa prestada se devuelve solo al vencimiento del plazo, en aquel la devolución del bien es exigible en cualquier momento, esto es, a voluntad del que le entregó, aun cuando haya existido plazo fijo.

exige al poseedor que cuente con el *animus domini* –que posea a título de dueño–, basta que acredite que ejerce fácticamente un señorío sobre la cosa o algún poder inherente a la propiedad. Es suficiente para calificar como **poseedor**, y con ello acceder a sus beneficios legales –la defensa interdictal, las presunciones, etc–, tener el bien para sí, para satisfacer un interés propio, normalmente de tipo económico o patrimonial, aun cuando se reconozca en otro la propiedad del bien.

El segundo es que en el Perú de hoy –desde 1984–, **la posesión precaria** de un bien no la ejerce quien tenga algún vínculo contractual u obligacional vigente con el propietario o quien haga sus veces, en virtud del cual tiene el bien a título gratuito y revocable por éste en cualquier momento, como se ha conocido en el derecho romano o en la doctrina reciente. **La posesión precaria** en nuestro país es, como se ha indicado, es la que se ejerce sin título alguno, sea porque nunca se tuvo o porque el que se tenía feneció.

Ello significa, dentro de esta línea, que en nuestro país será **poseedor precario**, por ejemplo: **a)** quien, con o sin violencia, accede físicamente al bien en forma directa, sin autorización de su titular o propietario; **b)** quien, por cualquier razón, habiendo accedido al bien con anuencia de su propietario o titular del derecho o quien haga sus veces, o permanecido en él con su aquiescencia, no lo entrega al primer requerimiento; **c)** quien, habiendo tenido **posesión legítima** en virtud de un título válido, éste fenece por cualquier causa; **d)** quien accedió al bien en virtud de un título jurídicamente inexistente; entre otros.

Resulta justo reconocer, sin embargo, que existe alguna coincidencia entre el concepto de la **posesión precaria** establecida actualmente en el Perú, con el que hasta ahora ha sostenido la doctrina clásica; ella se presenta con posterioridad a la revocación, que es lo que los argentinos denominan *posesión viciosa* por abuso de confianza, que es una variedad de posesión precaria.. Efectivamente, *en el concepto tradicional*, la situación del *precario* con posterioridad a la revocación de la entrega o al primer requerimiento efectuado por su propietario, coincide con lo que, *en el nuevo concepto peruano*, se conoce en la actualidad como *precaria*, entendido en

éste caso como aquel que posee un bien con título fenecido. Sin embargo, es preciso anotar, que tal caso es solo uno de los supuestos de la **posesión precaria** en el Perú, pues como se ha indicado, existen otros casos que entran o se incluyen dentro de este tipo de posesión.

5.3.1.- Diversos puntos de vista sobre el precario, en la doctrina contemporánea.-

Muchos autores, entre ellos quienes coinciden con la **teoría subjetiva de la posesión** expuesta por Savigny en los primeros años del siglo XIX, y que además mantienen del derecho romano el concepto clásico del *precarium*, sostienen que el *precario* es un *mero detentador*, es decir, no ejerce la *posesión*, en razón de que carecen de *ánimus domini*, al reconocer en otro la propiedad del bien que ocupan o tienen físicamente. Así, Planiol y Ripert, dentro de esta lógica, asumida por el Derecho francés, señalan que quien posee un bien a título de **precario** no ejerce, en realidad, la verdadera posesión, pues en tal caso, refieren, el derecho no le concede las acciones posesorias y no produce la usucapión¹⁵³.

Estos juristas –y otros con influencia savigniana- sostienen que la posesión en precario nunca es un hecho irregular, contrario al derecho, lo que no sucede con la verdadera posesión, que a menudo no lo es, como por ejemplo, en caso de robo o usurpación. Las personas que poseen una cosa en precario la detentan en virtud de un título regular; han celebrado un contrato con el propietario o han sido entregados por la ley o la Justicia..

5.3.2.- Posesión precaria en nuestro país y su vínculo con la posesión ilegítima.-

De lo expuesto en el numeral 5 precedente, se puede concluir que no existe dispositivo alguno, en nuestro Código Civil, que establezca una restricción al

¹⁵³ PLANIOL, Marcelo y RIPERT Jorge. "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés". Tomo III. Los Bienes Cultural S.A. Habana. 1946. Pag. 160-162.

concepto de posesión ilegítima limitándola solo a la que se ejerce con un título inválido. Por ello no resulta ser un criterio razonable el que sostiene que la presencia, en el actual *Código Civil peruano*, del Art. 911 es para diferenciar la **posesión ilegítima** de la **posesión precaria**. Una razonable interpretación permitiría establecer que: **la posesión sin título –posesión precaria- es siempre una posesión ilegítima.**

Creo por ello que el Art. 911 del *Código Civil*, que define la **posesión precaria** como la que se ejerce sin título alguno o la que se tenía feneció, expresa de modo claro e incontrovertible *el ejercicio de una posesión contraria a derecho*, en consecuencia debe ser entendida como una **posesión ilegítima de mala fe**, de tal manera que le resulte aplicable también las sanciones previstas en los Art. 909 y 910 del mismo cuerpo legal, y que llegado el momento se le pueda obligar al pago de los frutos, percibidos o dejados de percibir, así como a la indemnización por los daños causados al bien. Señalar que el **poseedor precario** no es un **poseedor ilegítimo de mala fe**, implicaría exonerarlo de tales obligaciones, lo cual no resultaría justo ni equitativo para quienes ejercen la titularidad del bien.

Avendaño¹⁵⁴, comentando precisamente *el Art. 911 del actual C.C. peruano*, que regula la **posesión precaria**, señala que éste se refiere tan solo a la falta de título y a la extinción del mismo. Dentro del primer concepto (*falta de título*) puede comprenderse no solo la ausencia total del mismo sino también a **la existencia de un título nulo**. Agrega este autor peruano, con singular precisión, que se trata evidentemente de casos que dan origen a una posesión ilegítima. Comentando el segundo supuesto del citado artículo (*extinción del título*), el profesor universitario señala como ejemplo el caso del arrendatario cuyo contrato ha vencido y sin embargo se mantiene en la posesión del bien, tal caso, precisa, sería el de un poseedor ilegítimo porque su título ha fenecido.

¹⁵⁴ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. “**Derechos Reales**”. Materiales de enseñanza para el estudio del libro V del Código Civil en la Facultad de Derecho. Segunda Edición, cortegida y aumentada. Pontificia Universidad Católica, 1990. Pag. 137.

Singular –y extraña- posición es aquella que pretende restaurar el clásico concepto del precario, es decir, aquella que se encontraba vigente en Roma de Justiniano. Tal criterio, sostenido por el Notario Gonzáles Barrón¹⁵⁵, quien citando a nuestro amigo y colega Wong Abad, refiere que en sentido estricto “*el precarista no podría ser considerado un poseedor ilegítimo, sino mas bien uno legítimo en cuanto su situación se origina en la licencia del dueño, quien evidentemente no se siente lesionado por esta posesión ajena*”. Refiere el citado autor que el concepto de precario contenido en el artículo 911 es “vulgar”, y que el error consiste en considerar como tal al precario, sin considerar los antecedentes históricos y la naturaleza del proceso de desalojo impropio para acreditar el derecho de propiedad¹⁵⁶. Llega a sostener el citado Notario, dentro de su propia lógica, que en la relación de precariedad existe un precario (poseedor inmediato) y un concedente (poseedor mediato), siendo éste último el que entregó el bien por razones de mera licencia, liberalidad o benevolencia, lo que puede identificarse, precisa, como “título jurídico” o un “título social” según fuere el caso y que puede exigir la restitución del bien en cualquier momento¹⁵⁷.

Tal posición sobre el precario es ajena a nuestra realidad actual, a nuestro ordenamiento jurídico y a la evolución de la jurisprudencia que históricamente han expedido los tribunales peruanos. Constituye en esencia un intento de volver al pasado, lo que obviamente es un enfoque anti histórico, y sin utilidad práctica. El actual concepto sobre precario en nuestro país – “vulgar” según el Notario antes citado- no es, en definitiva, el mismo que existía en Roma. Este punto de vista es “idealista” y tiene escasa proyección social y jurídica.

Es evidente que –siguiendo la lógica de la posición antes citada- considerar al precario en el sentido antiguo implica considerarlo como poseedor inmediato, ello significaría que posee en virtud de un título, lo que obviamente sería contrario al

¹⁵⁵ GONZALES BARRÓN, Gunther. “Curso de Derechos Reales”. Jurista Editores. Lima Perú- 2003. Pág. 253 y 254.

¹⁵⁶ Ibidem. Pág 257 –pie de Pág N° 532-

¹⁵⁷ Ibidem Pág. 260.

texto claro y expreso contenido en la norma positiva, que concibe al precario como aquel que posee sin título alguno.

No existe lugar a dudas que el precario actual carece de nexo obligacional con el titular del derecho del bien que posee. El único vínculo jurídico que emana de la posesión precaria es aquel que se configura entre el precario y la persona a quien el sistema jurídico le reconoce el derecho subjetivo a tener el bien; es en esencia una obligación de tipo legal de entrega o restitución; tal derecho subjetivo –a pedir la entrega o restitución del bien-, le corresponde no solo al propietario, también le puede corresponder al titular de otro derecho -real o contractual- conferido por el propietario o por la ley.

Considerando a la **posesión ilegítima** como aquella que se ejerce sin sujeción a derecho, es evidente que en ésta se encuadra perfectamente la definición de **posesión precaria** establecida en el actual Código Civil peruano, pues, es contrario a derecho poseer un bien sin contar con título alguno, sea por que nunca se tuvo o porque el que se tenía feneció. Es por ello que *constituye un error pretender desligar la posesión ilegítima de la precaria*, haciendo aparecer a ésta última como distinta a la primera.

La posesión precaria siempre es ilegítima¹⁵⁸. Sin embargo, salvo excepciones, se encuentra estrechamente ligada a la posesión de mala fe, así como a la manifiesta invalidez del título que invoca el poseedor.

Nuestro Código Civil establece, como se ha indicado de modo reiterado, en la posesión precaria dos supuestos: **1º) cuando se ejerce sin título alguno**, y **2º) cuando el que se tenía feneció**. Respecto al primer supuesto, es evidente que quien posee sin título alguno posee de mala fe, pues posee contrario a derecho. Así, quien

¹⁵⁸ BORDA, Guillermo A. "**Tratado de Derecho Civil**" Derechos reales. Tomo I. Cuarta edición actualizada y ampliada. Editorial Perrot. Buenos Aires. Argentina. Este autor argentino, comentado el Art. 2355 del Código Civil de su país, señala que en éste se establece que la posesión es **ilegítima cuando se tenga sin título, o por un título nulo o fuere adquirido de un modo insuficiente para adquirir derechos reales, o cuando se adquiriera del que no tenía derecho a poseer la cosa, o no la tenía para transmitirla**. Pag. 57

accede directamente a la posesión de un bien sin contar con la autorización de su titular, es precario. Se encuentra también dentro del primer supuesto, y como tal debe ser considerado precario, quien posee en virtud de un título cuya nulidad sea manifiesta. En este caso, siendo evidente la invalidez del título, debe considerarse como inexistente, pues, presentada esta situación en juicio, el Juez se encuentra facultado, incluso, para declarar su nulidad de oficio, conforme lo autoriza el segundo párrafo del Art. 220 del actual Código Civil.

Así, dentro del citado primer supuesto, el propietario de un bien con derecho inscrito no puede ser vencido en un proceso de desalojo por precario, si el demandado pretende justificar su posesión en un "título" proveniente de una compra-venta otorgada por quien, evidentemente, no es propietario; en este caso, si bien el poseedor habría presentado un "título", la posesión resulta ser manifiestamente ilegítima, en consecuencia tal hecho no cambia su condición de precario.

Por otro lado, respecto al segundo supuesto, relativo al precario señalado líneas arriba, se tiene que en tal caso nos encontramos frente a quien en algún momento mantuvo posesión con título legítimo, pero que, por alguna razón, dicho título feneció. En este caso podremos citar, por ejemplo, aquel poseedor que accedió a la posesión, a título de propietario, de un predio en virtud de una compra-venta otorgada por su anterior propietario; este comprador mantendrá posesión legítima en tanto se encuentre vigente el contrato, pero si éste es resuelto por cualquier causa, el título que justificaba su posesión válida feneció, deviniendo, en adelante la posesión en precaria. También podremos incluir dentro de este rubro el caso de quien posee, de buena fe, en virtud de un título formalmente válido, pero afectado de vicios de anulabilidad; dicho poseedor tendrá posesión válida en tanto no se declare judicialmente su nulidad, sin embargo, declarado nulo el título por efecto de sentencia declarativa, en adelante será precario; en este caso la buena fe del poseedor se mantiene válidamente solo hasta la citación con la demanda.

5.3.3.- ¿Es necesaria la regulación contenida en el artículo 911 del actual Código Civil peruano?

Creo que sí. Veamos. El profesor Avendaño califica, acertadamente, que en los dos supuestos previstos en el citado *Art. 911*, respecto de la **posesión precaria**, constituyen en esencia una **posesión ilegítima**. La crítica de Avendaño a dicho artículo, no hace referencia a que la posesión precaria sea distinta a la posesión ilegítima, sino a que en él no se han incluido otros supuestos de ilegitimidad en la posesión, como sucede en el Código Civil. Argentino.

Sin embargo incurre en error -el profesor Avendaño- cuando refiere que el artículo 911 del actual Código Civil peruano carece de justificación, no solo por incompleta, pues aún cuando ésta sea completa, no tiene sentido definir la posesión ilegítima, pues se sabe -por doctrina y sentido común- que ella ocurre cuando es contraria a derecho¹⁵⁹.

Con dicha apreciación se asume de antemano -inexistiendo la regulación introducida en el citado artículo 911- que la posesión precaria y la ilegítima son sinónimos; lo cual no resultaría exacto, pues, como se reconoce en la mayoría de los países, el precario -según la doctrina clásica- no sería un poseedor ilegítimo, pues trata de una persona que recibió el bien de su propietario, a título gratuito y revocable en cualquier momento; en todo caso estaríamos a la no uniforme jurisprudencia que establecía, en algunos casos que se incurría en precariedad cuando se ocupaba un bien si título alguno y sin pagar renta. En realidad, es precisamente el mencionado artículo 911, el que ha puesto de modo claro el nuevo concepto, que parte de la jurisprudencia -peruana y española- venía asumiendo respecto del precario. Sin la regulación actual del precario, continuaríamos en el esquema propuesto por el maestro Jorge Eugenio Castañeda, en el sentido que el precario es un poseedor inmediato, mientras que el dueño, que le entregó el bien sería poseedor mediato; dentro de ésta idea el precario tendría una posesión arreglada a derecho.

La relación que existe entre posesión ilegítima y la posesión precaria, no es la de sinonimia -como refiere el profesor Avendaño-, sino la de género a especie; pues, la posesión ilegítima puede no ser precaria, pero la posesión precaria siempre es ilegítima.

La aparición del nuevo concepto de precario en nuestra norma sustantiva ha permitido a los titulares de los bienes -en especial de inmuebles- el mejor ejercicio de sus derechos frente a la presencia de personas que conducen dichos bienes sin derecho alguno; aún con lo contradictorio de la jurisprudencia reciente, el balance general arroja un saldo positivo en favor de los mencionados titulares de los bienes, que de modo indebido, son ocupados por otros.

5.3.4.- ¿ Es la posesión precaria una variedad de posesión ilegítima?

Creo que sí. No obstante reiterada jurisprudencia casatoria ha establecido que la posesión precaria es distinta que la posesión ilegítima. Veamos algunas de ellas. **En la Casación N° 1437-99-Lima, de fecha 16 de noviembre de 1999**, La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República, establece que la posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido; y siendo que -refiere la ejecutoria en su cuarto fundamento- el legislador ha hecho una diferenciación entre posesión ilegítima y posesión precaria, en razón de que en la primera existe título, pero que adolece de un defecto formal o de fondo y en la segunda no existe título alguno, se concluye que la posesión ilegítima no puede equipararse con la posesión precaria.

Grave error, pues como hemos indicado líneas arriba, lo que ha hecho el legislador es identificar -en el artículo 906 del Código Civil- a la posesión ilegítima de buena fe con la existencia de un título que el poseedor cree en su legitimidad; sin embargo no se ha previsto nada con relación a la existencia de título cuando regula

¹⁵⁹ AVENADAÑO V. Jorge... Op. Cit. Pag. 59-63.

la posesión ilegítima de mala fe; resulta evidente, como se reconoce en la doctrina y legislación comparada, hay posesión ilegítima no solo cuando se posee con título inválido -que por error el interesado cree en su legitimidad-, sino además cuando se posee sin título alguno o cuando el poseedor conoce, de acuerdo a las circunstancias de la invalidez de su título; éstos últimos son los supuestos de posesión precaria;

Similar apreciación expone la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema en la **CAS. N. 1521-02 Lima**¹⁶⁰; en dicha ejecutoria queda establecido que “(...) *en la posesión ilegítima existe un título pero que adolece de un defecto formal o de fondo y en la posesión precaria no existe título alguno, hecho que conduce a determinar que la posesión ilegítima no puede ser equiparada a la posesión precaria*”. Del texto de la ejecutoria se advierte que la parte demandada adjuntó un documento con el que pretendía justificar la posesión; la Sala Superior consideró que tal documento era “meridianamente ineficaz”.

Nuevo error. En este caso, si el supuesto título que exhibió el demandado era manifiestamente inválido, es decir in oponible al título que portaba el demandante, resulta evidente que la demanda debía ser amparada, pues tal documento no podía ser catalogado como título que justifique la posesión del demandado. Establecer “en frío” que la sola presentación de un documento –abiertamente ilegítimo- no puede ser causa para desestimar la demanda, pues el juez, en aplicación del artículo 200 del C.C. puede declarar de oficio su ineficacia.

Es preciso dejar establecido que resulta correcto el criterio adoptado en diversa jurisprudencia, en el sentido que, en el proceso de desalojo por precario, deba establecerse si el demandado cuenta o no con título, a efecto de verificar si se ubica o no dentro de los alcances del artículo 911 del C.C.; sin embargo, el órgano jurisdiccional debe dejar claramente establecido, en cada caso en particular, si el título que porta el demandado es de aquellos que resultan manifiestamente inválidos y que de ningún modo puede serle opuesto al que porta el demandante; para ello

¹⁶⁰ Publicada en el diario Oficial El Peruano el 01 de junio de 2004, Boletín de Jurisprudencia (Pág.. 12143)

debe advertirse que para formarse convicción sobre la invalidez del “título” del demandado no se requiera de actividad probatoria adicional a la que emana de los propios documentos presentados, de tal manera que a ella se llegue de manera inmediata y directa; ello no ha sucedido en la mayoría de los pronunciamientos expedidos en sede casatoria.

Solo a modo de ilustración expondremos algunos de ellos:

- **CAS. N. 870-2003 Huaura**¹⁶¹ “Que, de conformidad con el artículo novecientos once del Código Civil, en el proceso de desalojo por ocupación precaria, no solo habrá de discutirse la calidad de propietario del accionante, sino también la existencia o no, de título alguno que justifique la posesión ejercida por el demandado, cuya validez no puede ser materia de discusión en el presente proceso (sumarísimo)”.
- **CAS. N. 1926-03 Lima**¹⁶² “que, al respecto, cabe indicar que el poseedor precario es aquel que carece de título que sustente la posesión que viene ejerciendo sobre determinado bien, independientemente si dicho título es uno válido o no, asunto que en todo caso corresponde ser dilucidado en la vía pertinente y no en la presente causa”.
- **CAS. N. 1576-01 LORETO**¹⁶³. “que la acción de desalojo por ocupación precaria procede contra quienes ejercen la posesión de un bien sin mediar título o el que tenía ha fenecido, conforme lo prevé el artículo novecientos once del Código Civil, concordante con el artículo quinientos ochenta y seis del Código Procesal Civil; que dicha posesión puede ser a su vez de buena o de mala fe, la posesión ilegítima de buena fe se da cuando el poseedor cree en su legitimidad al configurarse

¹⁶¹ Fecha de Publicación en el Diario Oficial El Peruano: 30 de junio de 2005, Boletín Sentencias de Casación (Pág. 14345)

¹⁶² Fecha de Publicación en el Diario Oficial El Peruano: 02 de agosto de 2004, boletín Sentencias de Casación (Pág. 12521)

¹⁶³ Fecha de Publicación en el Diario Oficial El Peruano: 01 de junio de 2004, Boletín Sentencias de Casación (Pág. 12521)

algunos de los supuestos del artículo novecientos seis del Código Sustantivo, mientras que, contrario sensu, del numeral acotado, será de mala fe cuando el poseedor tiene plena conciencia respecto de su condición”.

- **CAS. N. 2239-2003 HUANUCO¹⁶⁴**.. “que en consecuencia se evidencia la existencia de un contrato de arrendamiento y el demandado no puede ser considerado como **ocupante precario, pues esa situación se configura por la ausencia absoluta de cualquier circunstancia justificativa del uso y disfrute del bien**, y en este caso, la demandante aceptó el ofrecimiento de pago...”.
- **CAS. N. 2872-2003 UCAYALI¹⁶⁵**. “que, atendiendo a reiterada jurisprudencia y doctrina mayoritaria que sobre el particular existe, en los Procesos sobre desalojo, **el demandante deberá acreditar la propiedad del bien que reclama** y el demandado que posee el bien en virtud a un título que justifica dicha posesión, **que debe precisarse que es poseedor precario, aquel que carece de título que sustente la posesión que viene ejerciendo sobre determinado bien, independientemente si dicho título es uno válido o no**”.
- **CAS. N. 1643-2003 TUMBES¹⁶⁶** “que las instancias de mérito coincidentemente han desestimado la acción incoada arribando a la conclusión de que en autos si bien los demandantes han adquirido, mediante contrato de compra venta celebrado con la Municipalidad de Zarumilla los lotes que reclaman tal como se acredita con sus títulos de propiedad, también es cierto que no han acreditado que hayan ocupado el área sub litis, ya que la existencia de los contratos y títulos de

¹⁶⁴ Fecha de Publicación en el Diario Oficial El Peruano: 03 de mayo del 2005, Boletín Sentencias de Casación. (Pág. 14033)

¹⁶⁵ Fecha de Publicación en el diario Oficial El Peruano: 31 de mayo de 2005, Boletín Sentencia de Casación (Pág.. 14173).

¹⁶⁶ Fecha de Publicación en el Diario Oficial El Peruano: 28 de febrero de 2005, Boletín Sentencias de Casación. (Pág... 13683).

propiedad no los convierten en ocupantes del predio debiendo existir para ello posesión inmediata. la posesión(?); de otro lado, la entidad emplazada ha ocupado el área materia de litis durante años conforme lo ha acreditado con la documentación acompañada en autos, por consiguiente ejerce la posesión con justo título no demostrándose la precariedad de su posesión(?)...que en consecuencia en los procesos sobre desalojo sobre ocupación precaria solo se exige al demandado acreditar su posesión y permanencia en el inmueble en virtud a un título, debiendo entenderse que el concepto de precariedad no se determina únicamente por la falta o fenecimiento de un título sino que para ser considerado como tal debe darse la ausencia absoluta de cualquier circunstancia que justifique el uso y disfrute del bien”.

Comentario: En este caso en particular parecería que la Corte Suprema ha agregado una variedad de posesión precaria, distinta a la prevista en el artículo 911 del C.C., pues considera que el haber poseído por años es una causa que justifica el uso y disfrute del bien, lo cual no se encuentra previsto en norma alguna.

-
- **CAS. N. 864-2003 Cono Norte**¹⁶⁷ Resolución de fecha 13 de agosto de 2003. “Asimismo, para considerarse precario debe darse la ausencia absoluta de cualquier circunstancia que justifique el uso o disfrute del bien por parte de la emplazada; y el título de la posesión no tiene porque constar en documento de fecha cierta o en instrumento público (...) para que se configura la precariedad prevista en el artículo novecientos once del Código Civil deberá tenerse en consideración que el poseedor carezca no solo de título, sino también de la ausencia de cualquier circunstancia por medio de la cual puede advertirse la legitimidad de dicha posesión”.

¹⁶⁷ Fuente: Infobase de Jurisprudencia SPIJ

- **CAS. N. 1911-2003 LAMBAYEQUE**¹⁶⁸ “Por ello, se exige en el proceso, que el accionante acredite plenamente la calidad que ostenta sobre el inmueble, en ese sentido, versando el petitorio de la demanda sobre el desalojo de un inmueble por la causal de ocupación precaria correspondía establecer si los justiciables reunían las condiciones de sujetos activo y pasivo en el desalojo (...), consecuentemente al no cumplirse el presupuesto inicial señalado, esto es, la acreditación del derecho de propiedad de la parte accionante en el desalojo de un inmueble por ocupación precaria, a fin de ejercitar el derecho reclamado, ya no resultaba necesario calificar la condición de precariedad de la parte demandada”.

- **CAS. N. 2622-2003 LIMA**¹⁶⁹. “que, atendiendo a reiterada jurisprudencia y doctrina mayoritaria que sobre el particular existe, en los procesos de desalojo, el demandante deberá acreditar la propiedad del bien que reclama y el demandado que posee el bien en virtud de un título que justifique dicha posesión, extremo éste último que no ha sido probado por los demandados en el presente caso.”

- **CAS. N. 01-2004 CUSCO**¹⁷⁰.. “pues el presente proceso trata sobre desalojo por ocupación precaria en donde el punto en discusión es determinar si la demandada posee o no con título justificante el bien que ocupa, mientras que la demandante debe acreditar su título de propiedad respecto del bien cuya desocupación demanda”.

¹⁶⁸ Fecha de Publicación en el Diario Oficial El Peruano: 28 de febrero de 2005, Boletín Sentencias de Casación (Pág.. 13577)

¹⁶⁹ Fecha de Publicación en el Diario Oficial El Peruano: 31 de enero del 2005, Boletín Sentencias de Casación (Pág. 13450)

¹⁷⁰ Fecha de Publicación en el Diario Oficial El Peruano: 30 de septiembre de 2004, boletín Sentencias de Casación (Pág. 12766).

- CAS. N. 2884-2003 Lima¹⁷¹ “si la parte demandada ostenta un título que justifique su posesión, ésta no puede calificarse de precaria, ya que **lo único que configura la precariedad de la posesión es la carencia absoluta o el fenecimiento de un título, más no la falta de justo título** (...) la precariedad en el uso de bienes inmuebles, a que se refiere dicha norma, no se determina únicamente por la carencia de un título de propiedad, arrendamiento u otro semejante; sino que ésta debe ser entendida como la ausencia absoluta de cualquier circunstancia que permita advertir la legitimidad de la posesión que ostenta el ocupante; en esa amplitud de criterio debe interpretarse la norma contenida en el artículo ciento once del Código Civil (debería decir novecientos once)”.

Es evidente que si el “título” que presenta el demandado –en un proceso de desalojo por precario- es de aquellos que aparenta validez o eficacia legal; es decir, no se advierte de él de modo manifiesto y directo vicio de invalidez, la pretensión debe ser desestimada, pues estaríamos ante un título que puede ser oponible al que porta el demandante, en cuyo caso, resultaría justo y equitativo que la ineficacia o invalidez deba dilucidarse en otro proceso. Ello no sucederá cuando el “título” que presente el demandado sea, de modo evidente, inválido o manifiestamente ilegítimo.

El error de la jurisprudencia antes citada es que no hace esa distinción y de modo llano y simple señala que si el demandado tiene “título”, cualquiera sea éste, sería poseedor ilegítimo y por ello –con un razonamiento elemental- establece, dejará de ser precario

Esta línea jurisprudencial resulta incorrecta, pues dirige a la sociedad un mensaje equivocado; con ella cualquier demandado acusado de poseer un bien sin título alguno –de modo precario- superaría el problema presentando cualquier documento, expedido por cualquier “persona” –fallecida, inexistente o sin derecho

¹⁷¹ Fecha de Publicación en el Diario Oficial El Peruano: 01 de agosto de 2005, Boletín Sentencias de Casación (Pág.. 14406)

de ningún tipo respecto del bien materia del litigio-, y ello será suficiente para detener el proceso de desalojo; en adelante la causal por precario quedaría abrogada por el desuso, pues con tan simple y elemental “solución” -¿consejo?- todos los procesos terminarían con la pretensión de desalojo, por causal de precario, desestimada, pues ante tal situación bastaría que el demandado proceda a “inventar” en el acto su “título” y ello sería suficiente, para vencer a quien, generalmente tiene su derecho inscrito en el Registro de Propiedad Inmueble.

El profesor sanmarquino Torres Vásquez¹⁷², si bien ha dejado correctamente establecido que, en definitiva, nuestro ordenamiento jurídico ha abandonado la concepción romana –o clásica- del *precario*, pues se trata de una posesión que se ejerce sin título –según lo dispuesto en el artículo 911 del C.C.-, sin embargo contradictoriamente ha optado, siguiendo el criterio fijado en la jurisprudencia citada precedentemente, la posición expuesta en ella, en el sentido que existe diferencia entre la posesión ilegítima y la precaria, y que estaríamos ante figuras distintas. Incurre en error nuestro ilustre profesor, pues siendo la posesión ilegítima aquella que se ejerce contrario a derecho –a diferencia de la legítima que se ejerce conforme a derecho-, resulta evidente que dentro de ella se incluyen los supuestos de posesión con título ilegítimo –de buena o mala fe-, sino además aquellos que se ejerce sin título alguno, dentro del cual se incluye, obviamente, al precario en el concepto actual.

5.3.5.- ¿Es precario quien posee un bien con título manifiestamente ilegítimo?

Creo que si. Se trata en realidad de una variedad del asunto abordado líneas arriba. Sobre este tema, los Vocales Superiores civiles de los diferentes Distritos judiciales de la República, reunidos en el **IV Pleno Jurisdiccional Civil** realizado en la ciudad de Tacna a fines de agosto del año 2000, acordaron por unanimidad

¹⁷² TORRES VASQUEZ, Aníbal... “**Posesión precaria**” artículo publicado en la Revista Jurídica del Perú. Año LV; N° 62; Mayo/Junio 2005. Editora Norma Legales S.A.C. Pág. 3 a 25

que *es precario quien posee un bien con título manifiestamente ilegítimo*¹⁷³. Con este acuerdo los Vocales Superiores civiles, concurrentes a dicho evento, establecieron que en el proceso de desalojo por precario, no resulta válida la defensa del demandado sustentada en el argumento que cuenta con un "título" si éste es manifiestamente inválido. Los Vocales Superiores concluyeron, luego de un intenso debate, que la **posesión precaria es una variedad de posesión ilegítima**, y con ello brindan un mensaje positivo a la sociedad, advirtiendo que no será amparada la pretensión del demandado, en un proceso de desalojo por precario, cuando éste "fabrique" un título (por ejemplo una compra-venta fraudulenta, etc.), evidentemente ilegítimo o manifiestamente nulo, con el objeto de oponerlo al de propiedad que acredita el demandante.

El criterio adoptado es perfectamente aplicable al caso del "título", exhibido por los emplazados en procesos de desalojo por precario, que contiene un acto o negocio jurídico manifiestamente nulo. Veamos.

5.3.5.1.- Título posesorio y los actos o negocios jurídicos nulos.-

Tratándose de actos o negocios jurídicos inválidos se reconocen, en la doctrina y en el derecho positivo, dos clases: a) la nulidad absoluta y b) la nulidad relativa. Refiere Vidal Ramírez que la nulidad absoluta es la que se fundamenta en consideraciones de orden público mientras que la nulidad relativa se fundamenta en la protección de intereses privados¹⁷⁴. La primera es el denominado, en nuestro

¹⁷³ Del 23 al 26 de Agosto del año 2000, se realizó en la ciudad de Tacna el **IV Pleno Jurisdiccional Civil** convocado por la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial. En este pleno se abordaron diversos temas de la especialidad civil, entre ellos el tema de la "posesión ilegítima y la posesión precaria", a raíz de la publicación de la **Casación No. 1437-99**- Lima. de fecha 16-11-99, publicada en el diario Oficial El Peruano el día 26 de Diciembre de 1999, en la que se establece que la "posesión ilegítima no puede equipararse con la posesión precaria". El pleno indicado acordó, de modo implícito, lo contrario, pues se llegó a la conclusión de que "la posesión precaria es una variedad de posesión ilegítima."

¹⁷⁴ VIDAL RAMIREZ, Fernando. **"El Acto Jurídico"**. Cuarta Edición. Gaceta Jurídica Editores. Mayo 1998. Lima-Perú. Pag. 496.

actual Código Civil –*Art. 219-*, acto jurídico **nulo**, y la segunda se identifica –*en el Art. 221-* como acto jurídico **anulable**.

La declaración **de oficio** por el juez, de la **nulidad absoluta** del acto jurídico, se sustenta, precisa Vidal Ramírez, en el interés basado en el orden público, sin embargo, dicha nulidad solo es posible *cuando resulte manifiesta*. Por *manifiesta* debe entenderse, en el sentido semántico, cuando se presenta al descubierto, de manera clara y aparente, y frente al cual el juez fácilmente se percata de ella y la declara, sin que nadie se la pida. El citado autor peruano, pone como ejemplo de nulidad absoluta que puede ser declarada **de oficio**, la donación de inmueble en documento privado, cuando debe hacerse por escritura pública bajo sanción de nulidad –*Art. 1625 del C.C.-*.

León Barandiarán¹⁷⁵, sostiene que el acto afectado de **nulidad absoluta**, se reputa como *inexistente, y como tal no puede surtir efecto alguno*. Por ello se puede afirmar que el acto jurídico **nulo** carece de existencia jurídica, no resultando posible jurídicamente su confirmación.

Por otro lado, refiere el citado profesor sanmarquino, la nulidad puede ser pronunciada **por el Juez de oficio**, sin que sea preciso petición de parte, cuando conociendo del acto, repare en el vicio de **nulidad absoluta** que ataca a aquel, si tal vicio es manifiesto, esto es, que aparezca inequívoca e inmediatamente del acto mismo, sin necesidad de otra comprobación. En este caso, León Barandiarán, señala como ejemplo la celebración de una anticresis sin haberse empleado la escritura pública.

Lohmann¹⁷⁶, comentando el texto del segundo párrafo del *Art. 220 del C.C.* peruano, que señala: *“puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta”* refiriéndose a la nulidad de acto jurídico, afirma, acertadamente, que la

¹⁷⁵ LEON BARANDIARAN, José. **“Manual del Acto Jurídico”**. Cuarta Edición. Aumentada y corregida-con notas suplementarias. Grafica Marsom. S.A. Lima-Perú. Pag. 66-67.

¹⁷⁶ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. **“El Negocio Jurídico”**. Librería Studium Editores. Primera edición. Lima-Perú. 1986. Pág. 413.

palabra “*puede*”, consignada en dicho artículo, debe entenderse que la ley le da la posibilidad de declararla si en el curso de un juicio tomara conocimiento de ella. Precisa que en ese caso, poder es sinónimo de posibilidad procesal, pero se traduce como **un deber**, porque el juez no puede permanecer impasible ante un negocio, por ejemplo, inmoral o ilegal. De lo expuesto por este autor peruano, se advierte que la declaración de nulidad de oficio por el juez, cuando ésta es manifiesta, no constituye una facultad del juzgador, sino una obligación.

Por su parte Albaladejo¹⁷⁷, refiriéndose al negocio –acto- **nulo**, sostiene que éste carece inicial y perpetuamente de todo efecto negocial. Precisa además, que la situación jurídica permanece como estaba antes del negocio –acto- jurídico, de tal modo que los interesados o cualquiera pueden seguir comportándose, a tenor de ello, **como si aquel no existiera**. Refiere el catedrático español, que la acción y fallos que declaran la nulidad es este caso son **meramente declarativas**, pues la situación jurídica que existía antes del fallo, continua con posterioridad a él, lo que se ha producido es una simple formalización de la situación pre-existente.. Así mismo, sostiene, que la declaración de nulidad ***puede y debe incluso efectuarse de oficio***, cuando el Juez conoce de los hechos que la provoca.

Por otro lado, refiriéndose al negocio –acto- jurídico **anulable**, que agravia el interés privado, señala que éste es plenamente eficaz, pero, por haberse celebrado con determinados defectos esta amenazado de destrucción. Se trata de un negocio provisionalmente válido. Nuestro Código Civil, señala en su *Art. 222*, que el acto **anulable** será nulo, solo a pedido de parte y desde su celebración, por sentencia que así lo declare, mientras tanto surte efecto y podrá ser objeto de confirmación. Por ello, la sentencia expedida en un proceso de anulabilidad del acto jurídico, es **constitutiva**, pues dicha sentencia crea una nueva situación jurídica distinta a la pre-existente.

¹⁷⁷ ALBALADEJO, Manuel. “**El negocio Jurídico**”. Librería Bosch. Ronda Universidad, 11- Barcelona. 1993. Pag. 412.

Refiriéndose a los caracteres y ulteriores consecuencias del negocio –acto-

nulo, Mesinneo¹⁷⁸ sostiene que por el carácter de *orden público* de la **nulidad** es posible que ésta *sea declarada de oficio por el Juez*, esto es, sin una petición del interesado, siempre que el Juez la advierta sobre la base de los actos y no por efecto de ciencia privada. Señala el citado jurista italiano, que es posible también que se la oponga en cualquier grado de la causa. Ello significa que la declaración de nulidad, de oficio, por el órgano jurisdiccional, puede realizarse en cualquier estado del proceso.

Se puede concluir, de lo expuesto, que si bien la **nulidad** del acto jurídico puede –debe- ser declarada *de oficio por el Juez*, cuando ésta es manifiesta, sin embargo, en muchos casos, cuando la nulidad absoluta no es evidente y cuenta con una apariencia de legalidad o legitimidad, aun cuando pueda considerarse como acto jurídicamente inexistente, como se acepta mayoritariamente en la doctrina, se requiere en tal caso, necesariamente, de la intervención de la parte interesada o del Ministerio Público, a efecto de lograr en sede judicial la declaración formal de invalidez. Quien porte títulos que contengan ésta clase de actos jurídicos –cuya invalidez no es evidente-, no pueden ser considerados –en un proceso de desalojo- como precarios

Sobre este tema, Puig Peña¹⁷⁹ ha señalado con acertado criterio que el viejo criterio de que la nulidad absoluta no precisa de la declaración judicial, es sometido profundamente a revisión en los modernos tiempos, porque, naturalmente, precisa el citado jurista español, desde que se ha producido un principio de acto ha existido un título; a tenido lugar, reitera, la apariencia jurídica en mayor o menor sentido; se produce en la vida, insiste, un estado que hay que destruir y nunca por la vía privada, ya que nadie puede tomarse la justicia por su mano.

¹⁷⁸ MESSINEO, Francesco. “Manual de Derecho Civil y Comercial”. Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa-América. Edición argentina. Buenos Aires. 1954. Pag. 492.

¹⁷⁹ PUIG PEÑA, Federico. “Tratado de Derecho Civil Español”. Tomo I. Parte General. Volumen II. Los actos jurídicos. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1958. nota la pie de la Pág. 693.

Tal criterio, aplicable a los actos nulos, es aplicable, con mayor razón a los **actos jurídicos anulables**, que como se conoce, aun con sus defectos, surten efectos jurídicos válidos desde su nacimiento y el sistema jurídico reconoce su existencia, en tanto no exista sentencia que declare su invalidez. El juez no puede desconocer oficiosamente su existencia jurídica, y solo declarará su inexistencia desde su nacimiento, a pedido de parte interesada y en sentencia expedida en un proceso en forma.

5.3.5.2.- Título posesorio y acto jurídico.-

Salvat, en la obra citada anteriormente –Pág.33-, sostiene que la palabra **título** se emplea en el derecho para designar, sea el **acto jurídico** que ha dado nacimiento al derecho, la causa de él, sea el documento que lo constata o sirve de prueba de su existencia.

Por su parte, Avendaño¹⁸⁰, comentando el título aludido tanto en la posesión legítima como en la ilegítima, ha sostenido similar punto de vista, señalando que la palabra **título** está empleada en términos del **acto jurídico** que ha dado nacimiento al derecho, es decir, la causa de la posesión.

Toribio Pacheco¹⁸¹, refiriéndose al **título** con el que se ejerce la posesión, señala que entiende en tal caso por **título**, un hecho capaz de producir efectos civiles, *o la causa de un derecho verdadero o aparente*.

Los comentarios expuestos, corroboran lo que en la doctrina se sostiene de modo pacífico, que en materia de la posesión de bienes el título posesorio constituye el derecho que emana del acto jurídico que le da nacimiento, la causa del derecho, que puede ser o no verdadero, esto es, puede o no ser lícito; puede constar o no en un documento, ello dependerá de la existencia o no de alguna formalidad especial impuesta en la ley como requisito de validez del acto jurídico.

¹⁸⁰ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. Obra citada. Pág. 136.

¹⁸¹ PACHECO, Toribio. Obra citada. Tomo III. Pag. 71.

La **posesión legítima** será aquella que se ejerce en virtud de un **título legítimo** o jurídicamente válido, por eso dicha posesión se considera arreglada a derecho; ello dependerá de la validez jurídica del **acto** que le da origen. Así, el **acto jurídico** que cumple con los requisitos exigidos por el sistema jurídico, otorgará al poseedor un **título legítimo**.

Por el contrario, **un acto jurídico nulo o anulable** dará origen a un **título ilegítimo**, y quien ejerce la posesión en virtud de ese título ejercerá una **posesión ilegítima**, esto es, una posesión contraria a derecho. Sin embargo, en este último caso, **la posesión será de buena fe** si el poseedor cree en la legitimidad de su título, en cuyo caso el poseedor podrá hacer suyos los frutos. Será **poseedor de mala fe** quien conozca de la ilegitimidad del título o ejerza la posesión sin título alguno o con un título que emane de un acto jurídico manifiestamente nulo, en cuyo caso deberá restituir los frutos percibidos o los que se dejaron de percibir, y en su caso la respectiva indemnización por el deterioro o pérdida del bien.

Siendo la **posesión precaria**, en nuestro país, la que se ejerce sin título, sea porque nunca se tuvo o porque el que se tenía feneció, ella constituye, en realidad, una posesión contraria a derecho, lo que nos lleva a afirmar que estamos frente a una **posesión ilegítima de mala fe**. En esta clasificación se incluyen quienes ejercen la posesión de un bien en virtud de un **título** que emana de **un acto jurídico manifiestamente nulo**, pues estaríamos frente a un título manifiestamente ilegítimo, es decir, un título que, por sí mismo, se evidencia que ilegitimidad, sin que se requiera para ello de otro elemento adicional para arribar a tal apreciación.

Con relación a lo afirmado, en el sentido que el precario ejerce una posesión ilegítima de mala fe, se advierte una excepción que confirma la regla; es posible que quien ocupe el bien sea portador de un título putativo –título nulo adquirido de buena fe-, cuya invalidez sea manifiesta, por ejemplo por carecer de la forma prevista en la ley bajo sanción de nulidad, -como es el caso de una anticresis extendida en documento privado o una donación otorgada en minuta-, pero que el

demandado incurriendo en error de derecho, cree que esta frente a actos jurídicos válidos; en este caso, es obvio que el juez puede declarar de oficio la invalidez de tales actos jurídicos y privar a los mismos de total eficacia jurídica, colocando al portador de los mismos en condición de precarios, por ausencia de título.

En sede judicial, si el demandado, en un proceso de *desalojo por precario*, opone al demandante un título, sea que conste o no en un documento, que emana de un acto jurídico cuya nulidad absoluta o invalidez plena, sea evidente o manifiesta, tal hecho no puede ser suficiente para desatender la pretensión del demandante, quien habiendo acreditado la validez de su derecho de propiedad, le corresponde la restitución del bien. En ese caso el juez puede –debe– declarar de oficio la nulidad del citado acto jurídico, lo que hará que el título o derecho invocado quede de modo formal, jurídicamente inexistente.

En esta materia la jurisprudencia a resultado contradictoria; veamos algunos casos.

5.3.6.- Jurisprudencia sobre posesión precaria y posesión ilegítima.

1.- La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República, con la expedición de la **Casación No. 1801-2000-Moquegua**¹⁸², reiteró su posición respecto de la adoptada por dicha Sala Civil Suprema, en relación a la diferenciación o distinción entre la **posesión ilegítima** y la **posesión precaria**.

En dicha Casación, se sostiene, con el mismo criterio adoptado en diversas Ejecutorias Supremas, algunas de ellas citadas líneas arriba, que la **posesión ilegítima** y la **posesión precaria** son figuras necesariamente distintas, en razón de que, según se indica, la primera de ellas es la que se ejerce con título ilegítimo, adquirido de buena o de mala fe, mientras que en el segundo caso el poseedor carece de título alguno o el que tenía habría fenecido. Establece, dicha posición,

¹⁸² Publicada en el diario Oficial El Peruano el 01 de marzo del 2001. Boletín: *Sentencias de Casación*. (Pág. 7073)

como elemento diferenciador, entre una y otra forma de poseer bienes, la existencia o no de algún título.

Como lo hemos precisado –reiteradamente- líneas arriba, la posesión precaria es una variedad de posesión ilegítima; es preciso insistir que la diferenciación expuesta por la citada Sala Suprema no resulta exacta, pues, la realidad resulta ser, en no muy pocos casos, contrario a esta apreciación. Sostener en sede judicial de modo inflexible, el criterio diferenciador referido anteriormente, puede ocasionar una decisión no solo contraria a derecho, sino incluso, injusta.

En la mencionada Casación, expedida con fecha 30 de Noviembre del 2000, objeto de comentario en estas líneas, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, siguiendo el criterio anteriormente adoptado, ha establecido, que al contar el demandado con **una minuta de anticresis**, cuenta con un título posesorio que, aun cuando fuere ilegítimo, no corresponde dilucidar ni discutir su validez en ese proceso, concluyendo, en su cuarto considerando, que por ello el demandado no puede ser considerado precario. Esta Ejecutoria establece además, en la última parte del mismo considerando, que no es de aplicación, al caso objeto de controversia, la formalidad que exige el **Art. 1092 del Código Civil**¹⁸³.

Frente al criterio establecido en la citada Ejecutoria, resulta válido formularse las siguientes interrogantes:

- ¿ Existe, desde el punto de vista jurídico, la anticresis en documento privado?.
- ¿ Resulta manifiesta la nulidad de dicha anticresis?.
- El título posesorio que emana del documento privado que contiene la anticresis:
¿puede ser declarado nulo de oficio por el Juez?
- ¿Se requiere de un proceso en forma, esto es, con pretensión expresa, para que se declare la invalidez del título posesorio que emana de un contrato privado de anticresis?

¹⁸³ **Art. 1092 del Código Civil:** El contrato –de anticresis- se otorgará por Escritura Pública, bajo sanción de nulidad, expresando la renta del inmueble y el interés que se pacta.

- ¿Es precario quien posee un predio en virtud de un título que emana de un contrato privado de anticresis?

No pretendemos, al analizar la citada ejecutoria, abordar el tema de la “*justicia del caso concreto*”, esto es, si lo decidido por la Corte de Casación resulta ser una decisión justa respecto del demandado o injusta para el demandante, por dos razones: **a)** porque ello solo sería posible teniendo a la vista el expediente judicial, pues el texto de la ejecutoria resulta insuficiente para apreciar la prueba o las circunstancias en que se han producido los hechos; y **b)** porque, solo es posible abordar, en sede casatoria, los asuntos jurídicos relacionados con la correcta o debida aplicación de una norma material –artículo 911 del C.C.-, al presente caso.

Pues bien, respondiendo la primera de las preguntas, es del caso señalar que la anticresis es una garantía real, en virtud del cual una persona entrega a su acreedor físicamente un inmueble de su propiedad con el objeto de garantizar el crédito que éste le ha otorgado. Dicha garantía debe constituirse por Escritura Pública bajo sanción de nulidad –artículo 1092 del C.C.-. Es evidente que no existirá garantía alguna si la anticresis consta en minuta; si bien el documento extendido acreditará la existencia del crédito, sin embargo no existirá justificación jurídica alguna el hecho que el bien inmueble este en poder del acreedor, pues ello solo será jurídicamente posible si la anticresis se otorgara con la forma *ad solemnitatem* prevista en la ley.

Es evidente que la anticresis contenida en una minuta constituye un acto jurídico manifiestamente nulo, conforme lo ha establecido José León Barandiaran en la obra citada líneas arriba, en el pie de pagina N° 147; con ello respondemos a la segunda pregunta.

Con relación a la tercera pregunta diremos, como lo hemos señalado anteriormente, el artículo 220 del C.C. autoriza al juez a declarar, de oficio, la nulidad de los actos jurídicos cuya invalidez sea manifiesta. Tal disposición

normativa, como hemos reseñado líneas arriba, es uniforme en el derecho comparado y en la doctrina contemporánea.

Si se infringe la forma prevista en la ley bajo sanción de nulidad, el acto jurídico será irremediamente nulo, y como se ha indicado, no se requiere de ir a un proceso en forma para lograr tal declaración; puede ser declarada de oficio por el juez en cualquier proceso. Con ello se responde la cuarta pregunta.

La conclusión lógica que se extrae de las respuestas formuladas nos lleva a la respuesta a la última pregunta; es evidente que si la anticresis no se ha constituido en escritura pública, no existirá, jurídicamente hablando, garantía alguna, por lo que no existe título alguno que justifique al acreedor la posesión del inmueble, aún cuando éste le haya sido entregado por el deudor-propietario. La posesión que ejerce dicho acreedor es la de un precario.

2.- En igual sentido se ha resuelto en la **CASACIÓN N° 3532-2001-Cusco**¹⁸⁴, expedida el 17 de abril de 2002; en esta Sentencia la Sala Suprema señala lo siguiente: *“que, el recurrente don Leonardo Castillo Vargas acusó la interpretación errónea del artículo novecientos once del Código Civil que define a la posesión precaria, al haber considerado la Sala que el Contrato de Anticresis otorgado en su favor no puede ser título que justifique su posesión por cuanto no ha sido otorgado por Escritura Pública conforme al artículo mil noventa y dos del Código Civil; (...) que, al respecto cabe indicar que el poseedor precario es aquel que carece de título que sustente la posesión que viene ejerciendo sobre determinado bien, independientemente si dicho título es uno válido o no; asunto que en todo caso corresponde ser dilucidado en la vía pertinente y no en la presente causa; (...) que, atendiendo a lo esbozado por los demandados en su contestación de fojas cincuenta y seis, las Instancias de Mérito han establecido que éstos ocupan el bien sub materia en mérito de los Contratos de Anticresis de fecha dos de agosto de mil novecientos noventa y seis ampliado el dieciséis de octubre de ese mismo año y el contrato del doce de diciembre de mil novecientos noventa y*

cuatro, obrantes a fojas treinta y tres y treinta y siete, respectivamente, los que no han sido elevados a Escritura Pública; (...) que, en tal sentido al resultar inválidos dichos documentos por no haber sido elevados a Escritura Pública, la posesión de los demandados deviene en ilegítima -situación que se encuentra regulada por el artículo novecientos seis del Código Civil- y no en precaria pues ésta importa que la posesión se ejerza sin título alguno, es decir que no exista ni siquiera un título inválido que justifique su posesión”.(lo subrayado es nuestro).

En realidad no estamos, en el presente caso, sólo frente a la ineficacia probatoria de los citados documentos –que contienen contrato privado de anticresis-, sino además –y esto es lo mas importante- ante la invalidez manifiesta del acto jurídico mismo; es decir, estamos frente a la inexistencia jurídica del acto en virtud del cual se habría entregado el bien al demandado; dicho de otro modo, la posesión que ostenta el demandado carece de título alguno; nunca lo tuvo. Ello es independiente de la existencia del crédito, tema respecto del cual no existe discusión; lo cierto es que la única manera que el acreedor tenga válida posesión del bien del deudor en garantía del crédito, es si se constituyó la respectiva garantía anticrética con las formalidades que la ley prevé bajo sanción de nulidad, lo que en este caso no ha sucedido. Por ello creo que en tal caso, como en el anterior, el demandado –acreedor del demandante- posee el bien de su deudor sin título alguno, por lo que condición es la de poseedor precario.

3.- Felizmente, en jurisprudencia reciente, publicada en enero del presente año, la Corte Suprema ha expedido pronunciamiento **contrario** al reseñado en los casos anteriores, llegando a conclusión diametralmente distinta; efectivamente la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la **Casación N° 2009-2002-JULIACA-PUNO**¹⁸⁵ ha establecido, corrigiendo el error jurisprudencial citado líneas arriba, que en los supuestos analizados anteriormente, el demandado tiene la condición de precario. Veamos. Del texto de la referida sentencia casatoria, de fecha 06 de julio del 2004, se

¹⁸⁴ Fuente: Infobase de Jurisprudencia Civil y Comercial 2002-SPIJ

advierte –del sexto fundamento- que los demandados la absolver la demanda de desalojo por ocupación precaria, señalaron que no eran precarios, en razón de que serían anticresistas y poseedores que datan de mucho tiempo atrás, y que cuentan con documentos anticréticos que aun no han sido cancelados; ofrecen como prueba –la misma que obra en autos- el contrato notarial de anticresis y la renovación de plazo del contrato anticrético.

Sin embargo, la citada Sala Suprema, sometiendo al análisis tales documentos, establece –acertadamente- en el séptimo fundamento, que, el contrato notarial de anticresis –que obra en autos- no se encuentra formalizado en escritura pública, conforme lo establecía el artículo 1,005 del Código Civil del año 1936, corroborado por el artículo 1092 del actual Código Civil, resultando nulo por carecer de requisito de forma a que se refiere el inciso 3° del artículo 1,123 del Código Civil del año 1936, referido a que el acto es nulo cuando no reviste la forma prescrita en la ley. Concluye la referida Sala Suprema –en su noveno fundamento- estableciendo que siendo nulo el contrato de anticresis, los demandados resultan ser precarios, de conformidad con lo previsto en el artículo 911 del Código Civil.

En este caso la Corte Suprema ha dejado claramente establecido el nuevo concepto del precario previsto en nuestro Código Civil, distinto al *precarium* del derecho romano; además ha hecho uso de la potestad que le confiere el artículo 200 del C.C. y ha declarado, de oficio, la invalidez de un acto jurídico –en este caso una anticresis en contrato privado- manifiestamente inválido, por no adoptar la forma solemne prevista en la ley bajo sanción de nulidad; estableciendo que en tales condiciones el demandado –portador de dicha anticresis- carece de título y que por ello es un poseedor precario.

¹⁸⁵ Publicada el 31 de enero del 2005, en el diario Oficial El Peruano. Boletín Sentencias de Casación. (Pág. 13503-13504)

6.- EL ARRENDAMIENTO Y LA POSESIÓN PRECARIA.-

En tanto permanezca vigente el contrato de arrendamiento, el arrendatario poseerá válidamente el bien respecto del arrendador; éste 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 éste o por la Ley; será ilegítima la posesión del arrendatario –respecto del propietario- si quien arrendó no contaba con facultades para ello. Será ilegítima, también –respecto del propietario-, la posesión de quien poseía un bien como arrendatario, pero que concluyó en virtud de la enajenación del bien a un tercero; en esta situación, respecto del nuevo dueño el arrendatario deviene en precario.

En cualquier caso -independientemente de que el arrendador esté o no autorizado por el propietario-, en razón del vínculo obligacional que los une y en tanto éste se encuentre vigente, siempre el arrendador tendrá legitimidad para interponer demanda contra su arrendatario, con el objeto de lograr la restitución del bien arrendado o lograr el pago de la renta adeudada. En tal supuesto, el título será el arrendamiento; éste contiene –por su propia naturaleza temporal- la obligación de restitución a la fecha de vencimiento del contrato..

Así tenemos por ejemplo lo resuelto por la Sala Constitucional y Social – Permanente- de la Corte Suprema de la República, en la **CASACIÓN N° 96-03 ANCASH**¹⁸⁶; la citada Sala Suprema establece en su quinto fundamento : “*que, el artículo 1700 del CC, es claro en señalar que una vez vencido el contrato, si el arrendatario permanece en el uso del bien, no se entiende que existe renovación tácita sino la continuación del arrendamiento, es decir, el contrato de arrendamiento no fenece sino que se convierte de duración indeterminada, bajo sus mismas estipulaciones, hasta que el arrendador ponga fin a dicho contrato*

¹⁸⁶ Fecha de Publicación en el diario Oficial El Peruano: 30 de mayo de 2005, Boletín Sentencia de Casación (Pág. 14075).

dando aviso judicial o extrajudicial al arrendatario de conformidad con el artículo 1703 del citado cuerpo legal”.

En este caso, la citada ejecutoria establece –en su sexto fundamento- que si la pretensión es desalojo por vencimiento de contrato, no corresponde dilucidar si el demandado –a raíz del vencimiento del arrendamiento- se encuentra o no dentro de los alcances del artículo 911 del Código Civil, por fenecimiento de su título. Ello me parece razonable, pues en caso de que el demandante acuse al demandado de poseer sin título –por vencimiento del arrendamiento-, no resulta suficiente invocar la calidad de arrendador para lograr con éxito el desalojo, pues en tal caso, al no existir vínculo obligacional, en este caso de arrendamiento, con el demandado, corresponde invocar la titularidad del derecho sobre el bien y no la simple condición de ex-poseedor mediato o ex -arrendador.

6.1.- Si el arrendador, luego de vencido el plazo, solicita la restitución del bien, tal hecho ¿hace fenecer el título posesorio?.-

El arrendamiento es un contrato con claras connotaciones sociales, por ello cuenta con una extensa y especial regulación normativa en nuestro Código Civil. En este caso, a diferencia de cualquier otro contrato, éste no concluye al simple vencimiento del plazo, por el contrario, conforme lo establece el Art. 1700 del Código Civil¹⁸⁷, hay continuación del arrendamiento si, vencido el plazo del arrendamiento, el arrendatario permanece en uso del bien. Sin embargo, tal continuación no es "*ad infinitum*", es decir, para siempre, pues la propia norma, antes citada, precisa que dicha continuación es hasta que el arrendador solicite su devolución. Del texto de la propia norma se evidencia que, solicitada la devolución

¹⁸⁷ El **Art. 1700 del Código Civil** señala: "Vencido el plazo del contrato, si el arrendatario permanece en uso del bien arrendado, no se entiende que hay renovación tácita, sino la continuación del arrendamiento, bajo sus mismas estipulaciones, hasta que el arrendador solicite su devolución, la cual puede pedir en cualquier momento"

del bien arrendado por el arrendador, cesa la continuación del arrendamiento, de lo que se concluye que en adelante no existirá arrendamiento vigente¹⁸⁸.

La conclusión antes citada, se corrobora con lo normado en el Art. 1704 del Código Civil¹⁸⁹; en ésta norma sustantiva se establece que, si luego de cursado el aviso de devolución el arrendatario no restituye el bien, le asiste al arrendador exigir la entrega del bien y a cobrar solo la penalidad convenida, y en caso de no existir pacto de penalidad, solo tiene derecho a cobrar una prestación igual a la renta del periodo precedente. Como se puede apreciar, luego de cursado el aviso de conclusión del arrendamiento, el contrato dejó de existir, pues en adelante **lo que se cobra ya no es 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 la de poseedor mediato; deviniendo en precario por fenecimiento de su título.

Conforme se aprecia de lo expuesto, habiendo dejado de existir el contrato de arrendamiento por efecto de su conclusión, el título que tenía el poseedor feneció, **deviniendo el arrendatario en poseedor precario**. Siguiendo la lógica de la regulación normativa establecida en nuestro Código Civil, la posesión precaria se produce, también, respecto de quien accedió válidamente a la posesión del bien en virtud de un título legítimo, y llegado el momento dicho título terminó, dejó de existir o, como lo precisa la norma, feneció.

¹⁸⁸ En la **CASACIÓN N° 1117-2002 CALLAO**, publicada en el diario Oficial El Peruano el 30 de junio de 2004, Boletín Sentencias de Casación (Pág. 12159), la Corte Suprema señaló: *“En materia de arrendamiento debe distinguirse dos supuestos: la continuación y los efectos de la conclusión del contrato; en el primer caso el contrato continua siempre y cuando el arrendatario permanezca en el uso del bien y el arrendador no haya solicitado su devolución; en el segundo supuesto el contrato ha concluido, en tal sentido, los efectos de la conclusión son que el arrendador tiene derecho a exigir la restitución del bien e incluso a cobrar la penalidad si hubiere sido pactada, o en su defecto, una prestación igual a la renta del periodo precedente, cuyo cobro no importa la continuación del arrendamiento”*.

¹⁸⁹ El **Art. 1704 del Código Civil** señala: "Vencido el plazo del contrato o cursado el aviso de conclusión del arrendamiento, si el arrendatario no restituye el bien, el arrendador tiene el derecho de exigir su devolución y a cobrar la penalidad o, en su defecto, una prestación igual a la renta del periodo precedente, hasta su devolución efectiva. El cobro de cualquiera de ellas no importará la continuación del arrendamiento."

Como hemos indicado no se aplica mas en nuestro país el antiguo concepto

romanista de la **posesión precaria** -posesión a título gratuito-, ya superada por la experiencia judicial y el derecho positivo peruano. En la actualidad, no debe preocuparnos el hecho de que en algún momento el poseedor haya pagado una renta convenida por el uso del bien, vale decir, que lo haya ocupado a título oneroso, pues, si por alguna causa, el título que tenía, en virtud del cual pagaba renta, fenece, inevitablemente su posesión será precaria. Así de preciso es el actual concepto de la posesión precaria en nuestro país.

Siguiendo esta línea de pensamiento, un numeroso grupo de Magistrados sostuvieron, en el **II Pleno Jurisdiccional Civil**, las conclusiones antes mencionadas, señalando que: *la demanda de desalojo por precario, interpuesta contra el poseedor que, habiendo sido arrendatario, se le cursó, luego de vencido el plazo, el aviso de devolución del bien arrendado, debe ser amparada*. Si bien, en este tema, la posición mayoritaria en dicho evento, fue la que sostiene que el arrendatario nunca será precario, en razón de que el "concepto" de precario es contrario a la naturaleza del arrendamiento, posición sostenida también en diversas ejecutorias de la Corte Suprema de la República; sin embargo, cabe resaltar que, en este caso, la diferencia de votos, respecto de la otra posición, que sostuvo en dicha actividad académica, que con la carta de devolución cursada al arrendatario se pone fin al arrendamiento, fue mínima¹⁹⁰.

6.1.1.- Jurisprudencia sobre la posesión precaria y el arrendamiento.

Sobre este tema la Sala Civil de la Corte Suprema, en la mayoría de los casos, ha establecido el criterio jurisprudencial que establece que la carta cursada por el arrendador al arrendatario solicitándole la devolución del bien, no pone fin

¹⁹⁰ **Conclusiones Plenos Jurisdiccionales Civiles 1998**. Publicación Oficial de la Comisión ejecutiva del Poder Judicial. Lima-Perú. 1999. Pag. 72. El II Pleno Jurisdiccional Civil, realizado del 26 al 29 de Agosto de 1998, en la ciudad de Piura, acordó por mayoría de 38 votos, "que, el arrendatario no deviene en precario, aun cuando el arrendador le haya solicitado la devolución del bien arrendado". Una minoría de 30 votos sostuvo: "que, si el arrendador le cursó al arrendatario, luego de vencido el plazo, el aviso de conclusión de arrendamiento, este deviene en precario".

al arrendamiento. No obstante reciente jurisprudencia permitiría concluir que, felizmente, tal criterio haría sido cambiado. Veamos algunos casos.

1.- En la CASACIÓN N° 2717-2002 LIMA¹⁹¹, La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República, establece en su quinto fundamento lo siguiente:

*“**Quinto:** Empero, analizado el presente proceso, se constata que el demandado no tiene la calidad de precario, sino la de arrendatario (...) pues, el hecho de que la entidad accionante le haya cursado al demandado la carta de fojas 37 con el objeto de resolver el vínculo arrendaticio al amparo de lo previsto en el numeral 1365 del C.C. no lo convierte en ocupante precario, toda vez que dicha norma regula de modo general la forma de poner término a aquellos contratos de ejecución continuada que no tengan plazo convencional o determinado. Dicho precepto no es de aplicación para asuntos relativos a arrendamientos de bienes inmuebles, que tienen una regulación específica en el C.C. (...). En todo caso mediante la aludida carta se ha dado aviso extrajudicial para dar término a un contrato de arrendamiento de duración indeterminada, tal como lo prevé el numeral 1703 del citado Código Sustantivo, faltando la desocupación del predio la norma no señala que en ese supuesto el arrendatario se convierta en ocupante precario (...). Por tanto, se llega a la convicción de que el título que detenta el demandado para ocupar el bien aún no ha fenecido en tanto no se produzca la desocupación efectiva del inmueble y, por consiguiente, no se encuentra incurso en la previsión contenida en el numeral 911 del C.C. relativo a la ocupación precaria, si a ello se agrega que conforme el numeral 1704 del C.C. cursado el aviso de conclusión de arrendamiento, si el arrendatario no restituye el bien, el arrendador tiene derecho a exigir su devolución. Cabe señalar que no es aplicable para resolver la presente controversia la norma contenida en el numeral 1700 del mencionado Código Sustantivo, pues en el desarrollo del*

¹⁹¹ Fecha de Publicación en el diario Oficial El Peruano: 30 de septiembre de 2004, Boletín Sentencia de casación (Pág. 12689)

presente proceso no se ha acreditado que el demandado ocupe el bien sub litis en virtud de un contrato de arrendamiento de duración determinada”.

La confusión de conceptos expuesta en esta ejecutoria es evidente; veamos; en principio si el arrendador cursó la carta solicitando la devolución fue porque el arrendamiento había vencido o era de duración indeterminada; es evidente la aplicación del artículo 1700 del C.C., pues lo allí previsto supone que la devolución se solicita cuando el arrendamiento ha dejado de ser de duración determinada y a devenido en uno de duración indeterminada, que es precisamente el supuesto que se expone en el presente caso; por ello no se entiende lo que se expone en la última parte del párrafo citado.

Por otro lado, independientemente de lo que disponga el artículo 1365 del C.C., lo cierto es que –en los hechos- el arrendador –demandante- le curso al demandado el aviso respectivo solicitando la devolución del bien; tal supuesto se encuentra perfectamente previsto en el artículo 1700 del C.C, -aplicable al presente caso- y el efecto de ello es la conclusión del arrendamiento; ello se infiere de dicha norma legal; pues ésta señala que si el arrendatario continua en uso del bien –luego de vencido el arrendamiento-, el arrendamiento continua –no *ad infinitum*, sino- hasta que el arrendador solicite su devolución –lo que puede suceder en cualquier momento-; ello se corrobora con lo dispuesto en el artículo 1704 del C.C.; ésta última establece que cursado el aviso sin que el arrendatario devuelva el bien, en adelante el arrendador **no podrá cobrar renta**, sino tan solo la penalidad –si estuviera pactada- o, en su defecto, una prestación igual a la renta del periodo precedente –que obviamente no es renta-, hasta la devolución efectiva; con ello queda perfectamente claro que si bien el arrendador podrá pedir la entrega del bien, sin embargo no podrá cobrar los dos conceptos –penalidad y prestación por el uso-, pues si cobra penalidad no podrá cobrar la prestación igual a la renta y si cobra éste último concepto no podrá pedir el primero. Es evidente que ninguno de éstos conceptos es **renta**; y sin ésta no hay arrendamiento; en consecuencia el demandado, en ese proceso es precario, por haber fenecido su título; en éste caso correspondía amparar la demanda.

2.- Similar criterio jurisprudencial quedó establecido en la **CASACIÓN N° 2755-2002 CALLAO**¹⁹²; en este caso la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República estableció en el cuarto fundamento lo siguiente:

“(....) en efecto, el vencimiento, conclusión y fenecimiento del contrato de arrendamiento no tiene lugar con el requerimiento de devolución del bien que realiza el arrendador (subrayado nuestro) siendo que la interpretación correcta de la norma (artículo 1700 del C.C.) consiste en afirmar que habiendo vencido y lo por tanto concluido el referido contrato de arrendamiento y no habiendo sido devuelto el bien, existe una situación de hecho en la que rigen las estipulaciones del arrendamiento con la finalidad de que dicha posesión se encuentre regulada, hasta que se solicite la devolución del bien. (...)”. Posteriormente el sexto fundamento la ejecutoria señala : *“Siendo adecuado indicar que el requerimiento de devolución por el arrendador no importa un nuevo vencimiento pues el contrato conforme se indicó ya venció, sino implica la conclusión del arrendamiento, tornándose en uno indeterminado debido a la permanencia del arrendatario en el inmueble según dispone la norma en mención (artículo 1700); resultando errónea la interpretación del colegiado cuando considera que con tal requerimiento (entiéndase el de devolución) se produjo el vencimiento del contrato y en consecuencia, la demandada pasó a la condición de precario; además se debe agregar, que resulta equivocada la conclusión del Colegiado, relativa a que la empresa demandada es una ocupante precaria, desde que aquella persona que fue arrendataria no puede ser luego considerada precaria desde que su permanencia supone un vínculo indeterminado”* (Lo subrayado es nuestro).

La citada ejecutoria insiste en el error al considerar que la solicitud o requerimiento de devolución que efectúa el arrendador es cosa distinta al acto de

¹⁹² Fecha de Publicación en el diario Oficial El Peruano: 30 de septiembre de 2004, Boletín Sentencia de Casación (Pág. 12690)

poner fin al arrendamiento. Tal apreciación no resulta razonable ni guarda lógica con la voluntad expresada por el arrendador, pues, ¿no es acaso cierto que cuando el arrendador le pide al arrendatario la devolución del bien, está expresando su voluntad de poner fin al arrendamiento, el que habiendo vencido continuó en razón de que el demandado permaneció en uso del bien?; la propia norma – artículo 1700 del C.C.-, fija la regla: **el arrendamiento continua -¿hasta cuando?- hasta que el arrendador solicite la devolución del bien;** ello en razón de que, como hemos señalado de modo reiterado, el arrendamiento no continua *ad infinitum*, es decir, para siempre; **es obvio que después de ello el arrendamiento ya no continuará; habrá concluido;** en otras palabras el arrendatario dejará de ser tal, pues en adelante –como lo refiere el artículo 1704 del C.C.- ya no pagará renta, sino penalidad o una prestación por el uso; su posesión será sin título alguno.

3.- En la **CAS. N. 3467-2002 CALLAO**¹⁹³ la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República, ha reiterado el criterio jurisprudencial citado líneas arriba, en el sentido que el requerimiento de devolución del bien –luego de vencido el arrendamiento- no pone fin al arrendamiento; veamos lo que la citada Sala Suprema señala en el quinto fundamento de la referida casación:

“que la acotada norma (artículo 1700) debe entenderse en el sentido de que luego de haber vencido el plazo de un contrato de arrendamiento de duración determinada, la permanencia posterior por parte del arrendatario implica la continuación de dicho acto bajo sus mismas estipulaciones, mas no el surgimiento de una nueva relación contractual, ya que ello requeriría el consentimiento de las partes contratantes; situación que se extenderá hasta la solicitud de devolución por parte del arrendador, ya que la intención del legislador con dicha norma es evitar que el derecho de arrendador se vea desprotegido; siendo adecuado indicar que el requerimiento de devolución por el arrendador no importa un nuevo vencimiento pues el contrato conforme se indicó

¹⁹³ Fecha de Publicación en el diario Oficial El peruano: 30 de septiembre de 2004, Boletín Sentencias de Casación (Pág. 12758)

ya venció, sino implica la conclusión del arrendamiento, tornándose en uno indeterminado debido a la permanencia del arrendatario en el inmueble según dispone la norma en mención (artículo 1700); resultando errónea la interpretación del colegiado cuando considera que con tal requerimiento (entiéndase el de devolución) se produjo el vencimiento del contrato (...). Insiste en el sexto fundamento de la sentencia : “que así mismo resulta necesario señalar que es justamente por el propio texto del artículo 1700 precitado que el arrendador puede exigir la devolución judicial del bien por resolución del contrato tal como ha procedido la empresa actora, siendo equivocada la conclusión del Colegiado, relativa a que la empresa demandada es una ocupante precaria, desde que aquella persona que fue arrendataria no puede ser luego considerada precaria desde que su permanencia supone un vínculo indeterminado”.(lo subrayado es nuestro).

Extraña conclusión de la citada Sala Suprema, pues si el arrendamiento concluyó, como lo reconocen de modo expreso ¿Por qué debería continuar el mismo?, si precisamente ya concluyó; la conclusión –es decir: terminación, finalización, desenlace, cierre, acabamiento, ultimación o disolución- del arrendamiento significa que éste ya no surte efecto alguno en adelante; no resulta lógico ni menos coherente con el texto del artículo 1700 del C. C., que se afirme que luego de haber concluido el contrato –por haberse intimado al demandado para la devolución del bien- éste se convierta en uno de duración indeterminada (¿?), cuando éste ya se había convertido en un contrato sin plazo –o a plazo indeterminado- cuando, luego de haber vencido el mismo, el arrendatario permaneció en uso del bien.

4.- Felizmente el panorama jurisprudencial, en esta materia, no es tan sombrío como parece, pues el 28 de febrero del presente año -2005- se publicó una sentencia de casación que ha proporcionado esperanza –de buen pensar- por lo menos en el tema objeto de comentario. Efectivamente la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, corrigiendo su criterio

jurisprudencial, ha expedido la **CASACIÓN N° 1437-2003 LIMA**¹⁹⁴, donde establece con precisión que el requerimiento de devolución que hace el arrendador, luego de vencido el contrato, pone fin al arrendamiento y priva al arrendatario de título que justifique la posesión del bien. Se aprecia del texto del tercer fundamento de la citada sentencia lo siguiente:

“(...) se acredita que entre las partes existió un contrato de arrendamiento de duración indeterminada (ya sea porque así se pacto en el contrato respectivo o porque la arrendataria siguió en posesión del bien luego de vencido el plazo pactado, produciéndose la continuación del mismo, conforme a lo establecido en el artículo 1700 del Código Civil), siendo que por dicha misiva la demandante comunicó a la citada codemandada que daba por finalizado el arrendamiento. Asimismo, solicitó la devolución del inmueble en el plazo de treinta días calendarios”. Agrega la ejecutoria en su cuarto fundamento que : “De lo expuesto anteriormente se llega a la conclusión que, en efecto, la co-demandada,(..) poseía el inmueble materia de la presente litis en calidad de arrendataria, es decir, contaba con título que justificaba su posesión. Sin embargo, mediante la carta notarial de fojas diez se dio por finalizado dicho título. En otras palabras el título que ostentaba la demandada feneció, ello en aplicación del artículo 1703 del Código Civil. En consecuencia, la ocupación que ejerce la parte demandada deviene en precaria”.(Lo subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar, la citada Sala Suprema ha establecido, como corresponde que con la intimación del arrendador para que devuelva el bien arrendado, dio por finalizado el arrendamiento; ello obviamente colocó al demandado dentro de los alcances del artículo 911 del C.C., pues quedó privado de título alguno. Esperamos que éste sano criterio jurisprudencial se mantenga en el futuro.

¹⁹⁴ Fecha de Publicación en el diario Oficial El Peruano: 28 de febrero de 2005. Boletín de Sentencia de Casación (Pág. 13565)

6.2.- Comentario a la Jurisprudencia expedida sobre esta materia.

6.2.1.- Legitimidad para lograr la restitución del bien.-

Para los fines de lograr la restitución del bien ¿Es conveniente poner fin al arrendamiento?. En realidad por varias razones –que expondremos- resulta, en algunos casos, preferible mantener el vínculo contractual de arrendamiento; en principio el único título que necesitará invocar el arrendador para iniciar la respectiva acción de desalojo o la acción ejecutiva de cobro de renta impaga, será el respectivo contrato de arrendamiento; en este caso las reglas de la competencia (cuantía o territorio) estarían fijadas en el propio contrato –renta y domicilio fijado por el arrendatario-.

Por el contrario, si el arrendador cursa el aviso de conclusión del contrato al arrendatario, el efecto que producirá tal evento es –como se ha indicado líneas arriba- que **éste se convertirá en precario**; en esta situación, el arrendamiento habrá fenecido, en consecuencia no existe, entre las partes, vínculo de naturaleza obligacional alguna, sino uno de naturaleza real (propietario-poseedor); por ello, quien tendrá legitimidad para interponer la acción de desalojo será –en tal caso- el propietario del bien, quien deberá acreditar con su demanda el título de propiedad respectivo; Por su parte, el juez competente será, necesariamente, el Juez Especializado en lo civil o el Mixto, y la acción de cobro por el uso del bien, que en adelante no tendrá el carácter de renta, tendrá que ser tramitado en la vía contenciosa (conocimiento, abreviado o sumarísimo, según sea el caso).

No se presentará dificultad si el arrendador es a la vez el propietario, pues éste podrá ejercitar su derecho directamente. Sin embargo, si quien celebró el contrato de arrendamiento fue persona distinta del propietario, al cursarle el aviso de restitución del bien a su arrendatario, automáticamente se priva de legitimidad

para demandar el desalojo contra el ocupante del predio, pues, en tal caso, ese derecho solo le asiste a su propietario.

6.3.- El que posee un bien indiviso, sobre la base de un contrato de arrendamiento en la que no intervinieron todos los condóminos.-

Tratándose de un bien sujeto a un régimen de copropiedad, las decisiones relacionadas sobre éste, se adoptarán por unanimidad, si entre ellas se encuentra el de arrendar el bien común, conforme lo dispone el Inc. 1° del Art.971 del actual Código Civil. De ello se desprende que, si uno de los copropietarios da en arriendo el bien común, dicho contrato solo podrá ser válido si cuenta con la anuencia o ratificación de los otros copropietarios; es preciso anotar que, en este caso, la anuencia o ratificación del citado arrendamiento por lo otros condóminos, surtirá efecto si se acredita la existencia de la manifestación de voluntad de éstos, en forma expresa o tácita, como lo prevé el numeral 141 del mencionado Código sustantivo.

Se puede afirmar entonces, conforme lo corrobora el Art. 1669 del Código Civil¹⁹⁵, que el arrendamiento otorgado por uno o más copropietarios, que no constituyan la totalidad de integrantes del patrimonio autónomo, solo será válido si cuenta con el consentimiento, expreso o tácito de los otros copropietarios. De lo expuesto se puede concluir que si el citado contrato de arrendamiento no es ratificado por la integridad de los partícipes, éste no será válido. Siendo así, el arrendatario de un bien indiviso en tales condiciones, tendrá un título manifiestamente inválido o ilegítimo, en consecuencia, tendrá la calidad de **poseedor precario**, pues posee sin título alguno, esto es, inválido de modo expreso por la ley.

Sobre este tema la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema ha establecido, acertadamente, en el cuarto y quinto considerando de la **Casación No. 1904-T-96-Ayacucho**, de fecha 02 de Octubre de 1997, que: “*No habiendo los demás*

copropietarios ratificado el contrato de arrendamiento, ni expresa ni tácitamente, el citado contrato no es válido, y el ocupante del inmueble resulta tener la condición de precario". Sobre la base de esta afirmación, la Sala Civil Suprema declaró fundada la casación, en consecuencia nula la sentencia de vista, y actuando en sede de instancia, revocó la sentencia que fue objeto de apelación y declaró fundada la demanda de desalojo por causal de ocupación precaria.

Similar posición adoptó la mayoría de los Vocales Superiores en el **II Pleno Jurisdiccional Civil** celebrado en Agosto de 1998, en la ciudad de Piura¹⁹⁶. La posición minoritaria en ese evento, sostuvo que, en tal caso, el arrendamiento será válido en tanto no exista sentencia judicial firme que lo invalide. Esta apreciación de la minoría no resulta idónea, pues si el demandante acredita con la demanda que es copropietario, y atribuye al demandado la calidad de precario, en razón de que él no participó en la celebración del contrato, corresponde al demandado, en todo caso, la carga de probar que aquel otorgó su consentimiento, de modo expreso o tácito, caso contrario, por expresa disposición de la ley, dicho contrato resulta ser jurídicamente inexistente, en consecuencia su posesión carece de título.

6.3.1.- La legitimación del copropietario.-

El copropietario se encuentra legitimado para obtener judicialmente la restitución del bien común; este derecho se encuentra previsto en el Art. 979 del Código Civil; ésta norma sustantiva autoriza a cualquier copropietario, no-solo a promover las acciones de desalojo (antes desahucio y aviso de despedida), interdictos y acciones posesorias en general, sino incluso la acción reivindicatoria del bien común. Es evidente que, en presente caso, atribuyéndole al demandado la

¹⁹⁵ El **Art. 1669 del Código Civil** vigente señala: "El copropietario de un bien indiviso no puede arrendarlo sin consentimiento de los demás partícipes. Sin embargo, si lo hace, el arrendamiento es válido si los demás copropietarios lo ratifican expresa o tácitamente"

¹⁹⁶ **Conclusiones Plenos Jurisdiccionales Civiles 1998**. Obra citada. En este documento se informa que en el **II Pleno Jurisdiccional Civil** realizado en la ciudad de Piura en 1998, ante la pregunta ¿Es precario el arrendatario del copropietario, respecto del inmueble común, cuando el arrendamiento no ha sido ratificado expresa o tácitamente por los otros copropietarios?, una amplia mayoría de 52 votos, respondió que "**si es precario**". Una minoría de 15 votos señaló que "**no es precario**".

calidad de poseedor precario, la acción idónea es la del desalojo, conforme lo prevé el Art. 586 del actual Código Procesal Civil.

6.4.- El arrendatario de quien enajenó el predio arrendado, respecto del adquirente.-

Para abordar cómodamente este tema, es necesario dejar establecido que, conforme lo establece el Art. 1363 del Código Civil¹⁹⁷, los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos. Ello nos permite afirmar que nadie está obligado a cumplir un contrato en el que no ha intervenido, ni puede surtir efecto, respecto de él, sus cláusulas, salvo mandato legal imperativo. Siendo así, el contrato de arrendamiento –salvo que esté inscrito– solo vincula al arrendador y al arrendatario; no resulta válido, en principio, pretender hacer extensiva las cláusulas de dicho contrato a un tercero ajeno al vínculo contractual, aun cuando éste sea el propietario del bien objeto del arrendamiento, salvo que éste preste su consentimiento, en cuyo caso deja de ser tercero y se conecta directamente al contrato, sometiéndose a los acuerdos adoptados..

Comentando la norma sustantiva indicada en el párrafo precedente, don Manuel de la Puente y Lavalle, citando a Jorge Giorgi y a su obra "Teoría de las obligaciones", señala que pocos principios enseñados de forma tan acorde por los escritores y sancionados con tanta constancia por los legisladores, como la regla de que los contratos, es que éste solo tienen efecto entre los contratantes y no perjudican ni aprovechan a terceros; agrega que, al mismo tiempo son tan difíciles de comprender y fáciles de tergiversarse¹⁹⁸

Por ello, tratándose de bienes arrendados que son enajenados por el arrendador, es válido afirmar, en principio, que el nuevo dueño no se encuentra

¹⁹⁷ El **Art. 1363 del Código Civil** vigente señala: "Los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no transmisibles"

¹⁹⁸ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "**El contrato en general**" Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil. Primera parte. Tomo II. Tercera edición. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 1996. Pag. 104.

obligado a respetar el contrato celebrado entre el enajenante y su inquilino, salvo que el arrendamiento esté inscrito; en este caso, respecto de él, dicho contrato carece por completo de vigencia, pues si bien fue inicialmente válido, al producirse la enajenación del predio, sin que el adquirente preste su consentimiento o se haya comprometido a respetarlo, dicho arrendamiento concluyó; en consecuencia, el título (de arrendatario) que tenía el poseedor feneció. En estas condiciones, el acto de enajenación del predio arrendado, convierte al poseedor en precario. Esta es la regla general.

Sin embargo, el Art. 1708 del Código Civil¹⁹⁹, en su primer inciso, establece, por **excepción**, que, si el arrendamiento se encuentra inscrito, el adquirente deberá respetar el contrato, asumiendo todos los derechos y obligaciones que le corresponden, en ese contrato, al arrendador. En este caso, la publicidad del Registro constituye un efecto determinante en la vigencia del arrendamiento, aun después de la enajenación del predio arrendado; el adquirente asume, concientemente, la carga que pesa sobre el bien, no siéndole permitido, incluso, la alegación del desconocimiento de la existencia del asiento respectivo, en virtud del principio de publicidad que gozan los Registros, establecida en el Art. 2012 del Código Civil.

La otra **excepción**, impuesta en la ley (segunda parte del Inc. 2 del Art. 1708 del Código Civil), se presenta cuando el adquirente de un bien, con arrendamiento no inscrito, se obligó a respetar el contrato de arrendamiento. En este caso, al igual que en el anterior, el adquirente asume los derechos y obligaciones del arrendador.

Al margen de las excepciones antes precisadas, no existe ninguna posibilidad que el contrato de arrendamiento, celebrado entre el enajenante y su inquilino, sea

¹⁹⁹ El **Art. 1708 del Código Civil** señala: "En caso de enajenación del bien arrendado se procederá del siguiente modo: 1) Si el arrendamiento estuviese inscrito, el adquirente deberá respetar el contrato, quedando sustituido desde el momento de su adquisición en todos los derechos y obligaciones del arrendador. 2) Si el arrendamiento no ha sido inscrito, el adquirente puede darlo por concluido. Excepcionalmente, el adquirente está obligado a respetar el arrendamiento si adquirió dicha obligación. 3) Tratándose de bienes muebles, el adquirente no está obligado a respetar el contrato si recibió su posesión de buena fe"

exigible al adquirente del bien. Por ello, no encontrándose inscrito el citado contrato y no habiendo, el adquirente, asumido la obligación de respetarlo, dicho arrendamiento quedó sin efecto, automáticamente, respecto de él, en virtud de la enajenación del bien, quedando el conductor del bien sin título alguno para poseer, en razón de que, el que tenía feneció, precisamente, por la citada enajenación. En este caso, el poseedor, que conducía el bien a título de arrendatario, deviene en precario, quedando expedito su derecho a la respectiva reclamación por concepto de indemnización por los daños que le hubiere causado la enajenación del bien, conforme lo establece el Art. 1709 del Código Civil²⁰⁰.

Siendo así, la facultad conferida al adquirente, en la primera parte del Inc. 2 del Art. 1708 del Código Civil, en el sentido de que él *puede* dar por concluido el arrendamiento si éste no está inscrito, está referido, en realidad, a la posibilidad que se le otorga para prestar su consentimiento al contrato y respetarlo, mas no así al cumplimiento de alguna formalidad, como es el de remitir alguna comunicación al poseedor del predio, siendo suficiente la notificación con la demanda de desalojo, mediante la cual se le emplaza, en su condición de conductor del predio enajenado, con el objeto de que restituya al nuevo dueño el predio que ocupa. Debe precisarse, en este caso, que, conforme lo dispone el Inc. 2 del Art. 902 del Código Civil, la tradición se entiende producida, respecto del inquilino, con la comunicación cursada por escrito; sin embargo, como se ha indicado en *sexto párrafo del numeral 4.3* del presente artículo, respecto del adquirente, la tradición se entiende producida con la enajenación del bien; en este caso, ha operado la transmisión de la posesión mediata, otorgándole al adquirente el derecho a poseer el bien sin un intermediario poseedor.

²⁰⁰ El **Art. 1709 del Código Civil** vigente señala: "Cuando concluya el arrendamiento por enajenación del bien arrendado, el arrendador queda obligado al pago de los daños y perjuicios irrogados al arrendatario".

6.4.1.- Derecho del adquirente a la restitución del bien conducido

por un tercero .-

La legitimidad del nuevo dueño o adquirente, para lograr la restitución del predio o bien enajenado, se sustenta en dos hechos: **a)** que el enajenante transmitió al adquirente la posesión mediata que tenía antes de la enajenación del bien; y **b)** que el conductor del bien enajenado, que poseía el bien en virtud de un contrato de arrendamiento no inscrito, deviene en precario, en razón de que, con la enajenación del bien arrendado, el citado contrato feneció, al no haberse obligado a respetarlo el nuevo dueño.

La jurisprudencia emitida por los Tribunales de la Corte Superior de Justicia de Lima, ha sido uniforme en este tema, pues ha considerado, al igual que la mayoría de Vocales Civiles Superiores concurrentes al **II Pleno Jurisdiccional Civil** realizado en Piura en 1998, que el arrendatario de un bien enajenado, deviene en precario, cuando el arriendo no se encuentra inscrito, y el nuevo dueño, que no se obligó a respetarlo, interpone la respectiva demanda de desalojo solicitando la restitución del bien transferido²⁰¹.

²⁰¹ **Conclusiones Plenos Jurisdiccionales Civiles 1998.** Obra citada. El II Pleno Jurisdiccional Civil realizado en la ciudad de Piura, acordó, en Agosto de 1998, por una mayoría de 44 votos que: "Que, el arrendatario de un bien enajenado deviene en precario, cuando el arriendo no se encuentra inscrito, y el nuevo dueño, que no se obligó a respetarlo, interpone la demanda de desalojo solicitando la restitución del bien transferido". Una minoría de 23 votos, señaló que "en tal caso el arrendatario no deviene en precario, pues para que el arrendamiento concluya, es preciso una manifestación de voluntad del nuevo dueño." Existe, sin embargo, sobre este tema, una apreciación distinta, expresada en la **Casación No. 2540-99**, de fecha 18-01-2000, publicado el 07-04-2000, transcrita en la Pag. 326 de la publicación mensual No. 21-Junio 2000, de **Dialogo con la jurisprudencia**, en la que se establece que la conclusión del arriendo a que se refiere el Inc. 2 del Art. 1708 del Código Civil, debe seguir el trámite establecido en el Art. 1703 de la citada norma sustantiva, sin que, precisen, este estado de cosas pueda convertir al inquilino en ocupante precario del inmueble que conduce. Respecto a lo expuesto en la citada Casación, es preciso señalar que, el citado Art. 1703 del C.C. regula la forma como se pone fin a un **arrendamiento de duración indeterminada**; sin embargo, creo, que tal situación es cosa distinta a la conclusión de un arrendamiento referido en el Inc. 2 del Art. 1708 del mismo Código, **pues, ésta última norma sustantiva hace referencia a la conclusión de un arrendamiento que puede ser de duración determinada.**

6.4.2.- Jurisprudencia sobre esta materia.-

Sin embargo, la respuesta de las Salas Supremas no ha sido similar a la de las Salas Superiores; en tales casos las sentencias de casación han sido diversas; en algunas oportunidades exige –para que prospere el desalojo por precario- que los nuevos dueños cursen, en forma previa, una comunicación dando por concluido el arrendamiento celebrado con el anterior dueño. Analicemos algunas ejecutorias; en otras, por el contrario se establece que la demandada –en un desalojo por precario- no le puede oponer al nuevo dueño un contrato en el que no intervino.

1.- La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la **CASACIÓN N° 2039-2003 LIMA**²⁰² que para poder considerar precario al arrendatario es necesario que éste sea previamente emplazado con aviso respectivo para concluir el arrendamiento. El sexto fundamento de la citada ejecutoria señala lo siguiente:

*“Que al continuar la citada arrendataria en posesión del bien se produjo la continuación del arrendamiento, conforme lo establecido en el artículo 1700 del código civil; es decir, que el contrato de arrendamiento de duración determinada pasó a ser uno de duración indeterminada... que conforme lo establece el artículo 1703 del código civil, se pone fin a un arrendamiento de duración indeterminada dando aviso judicial o extrajudicial al contratante (...). Continúa la ejecutoria en su sétimo considerando: **“es decir, que los nuevos propietarios deberán (previamente, antes de demandar el desalojo por ocupación precaria) dar por concluido el contrato de arrendamiento antes referido (que constituye título que justifica la posesión de la demandada)”**. (Lo resaltado es nuestro).*

La citada ejecutoria no ha tomado en cuenta que el nuevo dueño no suscribió contrato alguno con la demandada; en consecuencia ésta no le puede oponer al

²⁰² Fecha de Publicación en el diario Oficial el Peruano: 30 de marzo del 2005, Boletín Sentencia de Casación (Pág. 13746)

demandante un contrato en el que no intervino; es preciso recordar –como se ha señalado anteriormente- que los contratos solo vinculan –por regla general- a quienes intervinieron en él y a sus herederos; por ello, en tal caso, la sola enajenación del bien arrendado pone fin, de modo automático, el arrendamiento que celebró el enajenante –o anterior dueño- con el demandado; la excepción es que el contrato continúe vinculando al nuevo dueño.

Ello solo sucederá en dos supuestos: **a)** cuando el adquirente se comprometió a respetar el arrendamiento; y **b)** cuando el contrato esté inscrito en el registro de Propiedad Inmueble Lima. No existe obligación de cursar alguna comunicación para privar de título al inquilino del anterior dueño; pues de lo que se trata es de establecer si al nuevo propietario se le puede exigir el cumplimiento de un contrato respecto del cual no se comprometió a respetar.

2.- Con la misma regla quedó resuelta en definitiva la **CASACIÓN N° 878-03 Lima**, de fecha 13 de agosto de 2003. En dicha sentencia quedó establecido que :

“la emplazada ha acreditado encontrarse ocupando el inmueble materia de litis en calidad de arrendataria con fecha anterior a la adquisición por parte del demandante no presentándose el caso de precariedad previsto en el artículo novecientos once del Código Civil (...) que, consecuentemente la permanencia de la emplazada en el inmueble no la convierte en precaria respecto del demandante quien tiene su derecho expedito para recuperar la posesión en la vía por la causal respectiva”.

Al parecer, la Sala Suprema considera, en este y en el anterior caso, que la emplazada puede oponerle al demandante –adquirente del bien- el contrato que había celebrado con el anterior propietario. Extraña conclusión, conociendo que el demandante no intervino en el citado contrato, no se comprometió a respetarlo y el mismo no se encontraba inscrito; a mayor abundamiento, con la demanda

interpuesta contra el ocupante del bien se corrobora su voluntad de no continuar con el arrendamiento que se había celebrado.

3.- Con un punto de vista distinto al expresado líneas arriba, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la **CASACIÓN N° 975-2003 LIMA**²⁰³ fijó como criterio jurisprudencial que no era necesario que el nuevo propietario del bien arrendado emplace con aviso al inquilino del anterior propietario, para que pueda considerársele precario. La ejecutoria establece en su octavo fundamento:

“que en el caso de autos, la sentencia de vista ha descartado la condición de ocupante precario de la demandada por el hecho de haber acreditado ser arrendataria de la anterior propietaria del inmueble sub litis, Constructora Inmobiliaria Urbina Sociedad Anónima Cerrada, sin tener en consideración que dicho contrato no fue otorgado por la actora, quien por tal razón no tiene ningún vínculo contractual con la demandada, además de que precisamente dicha empresa constructora vendió el inmueble a la demandante mediante escritura pública debidamente inscrita en los Registros Públicos, por lo que resulta forzoso concluir que la ocupante demandada carece de título oponible al de propiedad de la accionante deviniendo en condición de precaria...”.(lo subrayado es nuestro).

Éste pronunciamiento de la Sala Civil Suprema, resulta ser el mas acertado; corrige el error incurrido en anteriores pronunciamientos y con él se despejan las dudas sobre el tratamiento que corresponde a los inquilinos que ocupan inmuebles que han sido objeto de enajenación por sus arrendadores. La enajenación del bien puso fin al arrendamiento que el demandado celebró con el primigenio propietario, por ello el adquiriente no esta obligado a cursar previa comunicación; corresponde hacer uso del desalojo para lograr la restitución del bien; en todo

²⁰³ Fecha de Publicación en el diario Oficial El Peruano: 28 de febrero de 2005; Boletín Sentencias de Casación (Pág.. 13689)

caso, la citación con la demanda constituye la comunicación al ocupante respecto de la enajenación del bien.

4.- Corrobora la línea jurisprudencial antes citada la **CASACIÓN N° 1157-2003 LIMA**²⁰⁴; en este caso, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el nuevo dueño cumplió con el requisito de dar aviso al ocupante del bien, precisamente, con el emplazamiento judicial con la demanda de desalojo, y no en forma previa al proceso, como se había sostenido en jurisprudencia anterior y citada líneas arriba. En el cuarto fundamento la citada ejecutoria señala:

*“Analizada la ratio legis del artículo 1708 inciso 2 del código civil, que regula el supuesto de la enajenación del bien arrendado cuando el arrendamiento no se encuentra inscrito, en cuyo caso el adquirente puede darlo por concluido, salvo que hubiera asumido la obligación de respetarlo; se tiene que quien adquiere un inmueble entregado **en arrendamiento no inscrito, que por naturaleza jurídica, es uno de duración indeterminada**, para ponerle fin debe aplicarse el procedimiento previsto en el artículo 1703 del C.C. dando aviso judicial o extrajudicial al otro contratante, lo que ha sucedido en el caso de autos, **al emplazarse judicialmente con la demanda a los ocupantes del inmuebles materia de litis, entre ellos a la recurrente...** (por lo que) la recurrente carece de título justificante para detentar la posesión del inmueble sub materia (deviniendo en precaria)”*.

Aun cuando el comentario que realiza el editor de la revista –Diálogo con la jurisprudencia- citada en el pie de página, alude a la necesidad de seguir el trámite previsto en el artículo 1365 del C. C., para poner fin al arrendamiento, es de apreciarse que la ejecutoria, objeto de análisis, no dispone se siga tal procedimiento, habiendo señalado –la mencionada Sala Suprema- que el contrato

²⁰⁴ Fecha de Publicación en el diario oficial El Peruano: 30 de noviembre del 2004. Tomado de la revista Diálogo con la Jurisprudencia, N° 76, Enero del 2005, Gaceta Jurídica- Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L. Lima-Perú. Pág. 293.

queda concluido por parte del nuevo dueño, con la citación con la demanda de desalojo al ocupante del predio. Como se puede apreciar, el criterio aplicado en este caso, es el que establece que se puede demandar el desalojo por precario sin necesidad de cursar aviso alguno –previo al juicio- al poseedor con el objeto de dar por concluido el arrendamiento; pues, según éste punto de vista, el aviso puede ser el judicial; el efecto de tal emplazamiento, según la sentencia citada, es la de convertir al arrendador en poseedor precario. En realidad, como hemos indicado anteriormente, el inquilino del antiguo dueño quedó sin título posesorio desde el momento en que el bien se enajenó, sin que el adquirente se hubiera comprometido a respetar el arrendamiento.



7.- LA COMPRA-VENTA Y LA POSESIÓN PRECARIA.

En la compra-venta de bienes, puede presentarse el caso de que el vendedor no cumplió con entregar el bien enajenado al comprador, o que el comprador que recibe el bien como resultado del citado contrato, deja de ser propietario por efecto de una resolución contractual. En ambos casos, los poseedores (vendedor o comprador), que poseían inicialmente con título válido, esto es, legítimamente, cambian sus títulos posesorios, otorgándole al titular del bien, esto es a su propietario el derecho a la restitución del bien, vía la acción de desalojo. Veamos.

7.1.- El vendedor, que conduce el predio enajenado, que no entregó físicamente dicho bien al comprador.-

La jurisprudencia, expedida durante la vigencia de del Código Civil de 1936, estableció de modo uniforme que, si el vendedor no hacía entrega del predio, el comprador tenía expedito su derecho para el ejercicio, en la vía ordinaria (hoy proceso de conocimiento), de la acción de entrega de bien o la de reivindicación; negándole al comprador la posibilidad de acceder físicamente al bien, vía la acción de desahucio (hoy desalojo). Se estableció así, que en tal caso, la acción de desahucio era improcedente, en virtud de lo establecido en el Art. 1401 del Código Civil derogado²⁰⁵, que establecía el derecho del comprador a pedir la rescisión (hoy resolución) del contrato, o la entrega del bien.

Lo expuesto líneas arriba, resultaba coherente con la regulación normativa vigente en esa época, en razón de que, según las reglas sobre *la adquisición de la posesión*, establecidas en el citado Código, se consideraba realizada la tradición, solo respecto de quien poseía el bien por título distinto, conforme lo indicaba el Inc. 1° del Art. 845 del derogado Código Civil; es el caso, por ejemplo, del inquilino, usufructuario, incluso precario, que conducían el bien, y lo adquirían de

su propietario, variando su título posesorio, produciéndose así, la *traditio brevi manu* se presenta solo respecto de quien venía poseyendo, conforme se ha referido en el presente **numeral 4.3** del presente trabajo, no extendiéndose dicha figura al adquirente.

En la actualidad, sin embargo, el Inc. 1 del Art. 902 del Código Civil vigente, ha variado el texto de su antecedente normativo, y ha extendido la figura de la *traditio brevi manu*, también a la de *constituto posesorio* aplicado al adquirente del bien, al establecer que la tradición se considera realizada cuando cambia el título posesorio de quien viene poseyendo. En este caso, la norma no limita la adquisición de la posesión solo a "quien viene poseyendo", lo cual permite aplicar la citada figura jurídica de la *traditio*, también a quien no conduce el bien, siempre que haya adquirido la titularidad del respecto del bien o el mejor derecho a poseerlo.

Es el caso, por ejemplo, del vendedor que venía poseyendo el bien vendido a título de propietario, pero que, en razón de la compra-venta, cambió su título posesorio; se ha producido, en este caso, la *traditio* respecto del adquirente o nuevo dueño, quien en adelante será **poseedor mediato** del bien, ello significa que el bien debe considerarse entregado –en derecho–; se trata en realidad de una entrega espiritualizada. Coherente con lo expuesto, el actual Código Civil no ha recogido el texto del Art, 1401 del anterior, citado líneas arriba, habiéndose dejado de lado la opción que otorgaba esta norma al comprador, esto es, entre pedir la "rescisión contractual" (hoy resolución contractual) o la entrega del bien. Efectivamente, el Art, 1556 del actual Código, que es la norma más cercana a la indicada del Código anterior, regula solo el derecho del comprador a resolver la compra-venta por falta de entrega (física) del bien, imponiéndole al vendedor la obligación de rembolsar al comprador los tributos y gastos del contrato que hubiera pagado y a indemnizarle por los daños y perjuicios ocasionados. Ello corrobora lo afirmado anteriormente, en el sentido que, siendo el adquirente

²⁰⁵ El texto del **Art. 1401 del Código Civil de 1936** señaló: "Si por culpa del vendedor no se realiza la entrega de la cosa en el tiempo convenido o legal, el comprador, a su elección, tiene el derecho de

poseedor mediato, le asiste el derecho a acceder a la posesión como un hecho, a través de la acción restitutoria del **desalojo**.

Por otro lado, si el vendedor no hace entrega física del bien y continuara en uso, lo hará con aquiescencia del comprador, hasta que éste le intime con la entrega física, lo que obviamente puede suceder en cualquier momento, a partir del cual el vendedor carecerá de título alguno para conducir el bien; de ello se concluye que ante el requerimiento de entrega –evidencia de voluntad de no tolerancia por el comprador- y la carencia de título de propiedad por el vendedor, convierte la posesión que ejercía sobre el bien, en una de naturaleza **precaria**. Debe tenerse en cuenta -en bueno reiterar-, sin embargo, que dependerá del adquirente, quien ya tiene la posesión como derecho, que el vendedor mantenga la posesión física de la cosa vendida, autorizando o permitiéndola en forma tácita; sin embargo, puede el adquirente, en cualquier momento dejar sin efecto tal autorización o poner fin a la anuencia, ejercitando directamente la acción restitutoria de desalojo.

En el sentido expuesto la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, en la **CASACIÓN N° 2859-2002 AREQUIPA**²⁰⁶, ha señalado que si el vendedor no entrega el bien y el comprador le requiere la entrega física, aquel deviene en precario, pues carece de título para poseer válidamente; así en el quinto considerando de la citada sentencia, establece:

“las instancias de mérito han amparado la demanda, sustentándose en lo dispuesto en el artículo 911 del C.C. (...)” Y en el sexto fundamento de la misma se concluye que : *“en tal sentido las instancias de mérito han establecido como supuesto fácticos de la presente controversia los siguientes: a) que el demandante acredita su derecho de propiedad sobre el inmueble materia de litis con la escritura pública de compraventa con pacto de retroventa... la misma que se encuentra debidamente inscrita en los Registros Públicos; b) que los emplazados*

pedir, o la rescisión del contrato, o la entrega de la cosa”.

se encuentran ocupando el referido inmueble sin ostentar título de posesión alguno por cuanto el que tenían ya ha fenecido a mérito de la compraventa efectuada. Siendo esto así, dichos supuestos han sido debidamente acreditados por las instancias inferiores, actividad probatoria sobre la cual no puede pronunciarse este Supremo Tribunal... consecuentemente, se aprecia que el artículo 911 del código civil ha sido aplicado debidamente a la controversia.”.

7.1.1.- Legitimación del nuevo dueño en la acción de desalojo.-

En el caso expuesto, debe tenerse en cuenta que se presentan dos elementos que legitiman al adquirente o nuevo dueño al ejercicio de la acción posesoria de **desalojo**. Uno de ellos es el hecho que el adquirente, por efecto de la figura de la *constituto posesorio*, regulada en el Inc. 1 del Art. 902 del actual Código Civil, adquirió la posesión mediata del bien; el otro elemento, es el hecho que el título que tenía el vendedor para poseer el bien (título de propiedad), feneció con la venta del bien a favor del comprador, pues al resistirse a la entrega física el bien enajenado, se convierte automáticamente en **poseedor precario**, conforme a lo normado en el Art. 911 del actual Código Civil. No requiere, en consecuencia, el nuevo dueño de hacer uso de la acción reivindicatoria o de "entrega " de bien, en la vía procesal de conocimiento o abreviada, como sucedía bajo la vigencia del anterior Código Civil, siendo suficiente el ejercicio de la acción posesoria de desalojo por causal de **precario**.

Es precario el vendedor que conduce el bien enajenado; tal es la conclusión a que llega la Sala Suprema en la **CASACIÓN N° 1102-2003 Cono Norte**, de fecha 12 de septiembre del 2003; en la menciona ejecutoria queda establecido que:

“habiéndose acreditado el derecho de propiedad del actor al adquirirlo de parte de la demandada, esto significa que el título que ostentaba (la demandada) ha

²⁰⁶ Fecha de publicación en el diario Oficial El Peruano: 30 de septiembre del 2004; Boletín Sentencias de Casación (Pág. 12694).

fenecido, de acuerdo al artículo novecientos once del Código sustantivo, concordante con el artículo novecientos cuarenta y nueve del acotado que establece que la sola obligación de enajenar hace al acreedor propietario de él; de tal modo que no habiendo alegado la parte demandada el incumplimiento por parte del actor de su prestación, éste tiene lógicamente expedito su derecho para reclamar la entrega del bien mediante la presente pretensión de desalojo”.

7.2.- La posesión un bien por el comprador, luego de resuelta la compra-venta.-

A efecto de abordar cómodamente este tema, es necesario comentar brevemente algunos conceptos relacionados con la resolución contractual. Según lo refiere el Art.1371 del actual Código Civil, por la resolución contractual se deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración. Ahora bien, nuestro sistema obligacional ha establecido que la resolución contractual puede invocarse judicial o extrajudicialmente, conforme lo prevé el segundo párrafo del Art. 1372 del Código Civil vigente.

De lo expuesto en el párrafo precedente se puede concluir que, toda resolución contractual no tiene que ser declarada, necesariamente, por el Juez para que el contrato cese en sus efectos; en realidad los contratos pueden quedar sin efecto en virtud de una **resolución contractual extrajudicial**, esto es, sin necesidad que exista intervención judicial para su declaración. En estos casos la resolución opera de **pleno derecho**, siempre que se hayan adoptado los mecanismos que para tal efecto se han establecido en la Ley.

Se puede afirmar que, en nuestro país, todos los contratos con prestaciones recíprocas, como es el caso de la compra-venta, pueden quedar sin efecto a través de la **resolución extrajudicial**, pues, nuestro sistema permite la resolución de pleno derecho, no solo conforme a un pacto o cláusula resolutoria, expresamente establecida en el contrato, sino también en caso de que se produzca el incumplimiento de una de las partes que intervienen en el contrato. En el primer

caso, el Art. 1430 del actual Código Civil, establece que las partes pueden convenir, de modo expreso, que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión, esto es, sin lugar a dudas refiere la norma que, **la resolución se produce de pleno derecho** cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria. Respecto al otro caso, el Art. 1429 del Código Civil autoriza al perjudicado por el incumplimiento de la prestación que debía efectuar la contraparte, a remitirle a éste una carta por la vía notarial para que satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de 15 días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato quede resuelto; agrega la norma que, vencido el plazo y la prestación no se ha cumplido, el contrato se **resuelve de pleno derecho**.

7.2.1.- Resolución extrajudicial arbitraria o abusiva.-

Mucho se ha discutido en el foro, respecto al posible abuso que podría presentarse, si quien haciendo ejercicio abusivo de la cláusula resolutoria, causa daño al otro contratante, dejando sin efecto el contrato sin que exista causal válida para ello. Tal posibilidad no puede mellar o reducir la eficacia de la resolución de pleno derecho, pues, aun cuando este supuesto se presente, y una de las partes atribuya un inexistente incumplimiento a la contraparte, ello no impide que el contrato deje de tener los efectos inicialmente convenidos, pues, incluso en dicho caso, **la resolución opera de pleno derecho**, vale decir, sin intervención judicial.

En tal caso, corresponderá, a la parte perjudicada con la arbitraria o abusiva resolución extrajudicial, interponer la demanda judicial respectiva, con el objeto de que se deje sin efecto la citada "resolución de pleno derecho" y se ordene que el contrato recobre su vigencia, sin perjuicio de la indemnización respectiva por los daños que hubiere causado tal resolución. Corresponde, en este supuesto, al perjudicado con la arbitraria resolución contractual, hacer uso del derecho previsto en el Art. II del Título Preliminar del Código Civil y obtener del Órgano Jurisdiccional las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.

7.2.2.- Pérdida del título de propiedad por efecto de la resolución contractual.-

Tratándose de un bien entregado al comprador como resultado de una compra-venta en la que existe cláusula resolutoria expresa, es evidente que tal contrato quedará sin efecto, si el vendedor, beneficiario de la cláusula resolutoria, hace uso de ella. En tal caso, el comprador, que venía conduciendo el bien a título de propietario, perderá automáticamente la titularidad del derecho y devendrá, de pleno derecho en poseedor precario, en razón de haber fenecido el título que tenía.

Por supuesto, existe la posibilidad de que el vendedor, abusando de la facultad otorgada contractualmente, resuelva el contrato sin tener causa justa, sin embargo, *ello no impide que el contrato haya quedado sin efecto de pleno derecho*, aun cuando existan alegaciones del comprador, relativas al incumplimiento por el vendedor de algunas obligaciones suyas. Es el caso, por ejemplo, de la compra-venta cuyo precio se paga en armadas mensuales, celebrada entre Juan y Pedro, en mérito al cual el primero le vende al segundo un predio determinado; se conviene en dicho contrato que si Pedro deja de pagar alguna de las armadas el contrato queda resuelto de pleno derecho, resolución que operará con la sola comunicación que Juan le curse a Pedro; llegado el momento Juan le cursa una comunicación a Pedro haciéndole saber que está haciendo uso de la cláusula resolutoria, sin embargo Pedro alega que está al día en sus pagos y que no le adeuda suma alguna, además le indica a Juan que no ha cumplido con efectuar, en el predio, las reparaciones que se había comprometido. Pues bien ¿habrá quedado sin efecto el contrato?, o se necesitará de una declaración judicial para que ello suceda. Creo que, aun cuando las alegaciones del comprador resulten válidas, *el contrato quedó sin efecto de pleno derecho*, correspondiendo, en ese caso, a Pedro acudir al Juez para lograr que el contrato retome su vigencia, haciendo responsable a Juan de los

daños y perjuicios ocasionados. Mientras tanto, el título que tenía Pedro para poseer válidamente el bien, feneció, convirtiéndose por efecto de la resolución contractual, en un **poseedor precario**²⁰⁷.

7.2.3.- Acción de desalojo por quien fue el vendedor.-

Mucho se ha discutido entre Magistrados este tema. Durante los años 1997, 1998 y parte de 1999, la Sala Civil Superior especializada en procesos sumarísimos y no contenciosos, de la Corte Superior de Lima estableció, acertadamente, en reiteras ejecutorias, que quien vendió un predio tiene expedita la acción de desalojo por ocupante precario, contra el comprador, luego de que aquel hizo uso de la cláusula resolutoria expresa, conforme a los argumentos expuestos líneas arriba. Sin embargo, en el **III Pleno Jurisdiccional Civil** realizado en la ciudad de Cuzco, se acordó por mayoría que en tal situación, el comprador no era precario, señalando "para determinar si ha existido fenecimiento del título, debe examinarse previamente si se han cumplido con los requisitos necesarios para que opere de manera válida la cláusula resolutoria, lo cual debe ser discutido en una vía más lata" (sic)²⁰⁸.

Una posición en minoría, a la que se adhiere el autor de estas líneas, sostuvo que, en el caso sometido a debate, el comprador devino en precario, por efecto de la resolución contractual pactada, la que opera de pleno derecho, esto es, sin necesidad de intervención judicial. En todo caso, la intervención del Juez, estará referida, si la

²⁰⁷ En la **CASACIÓN N° 1423-2003 CONO NORTE DE LIMA**, publicada en el diario Oficial El Peruano el 03 de enero de 2005, la Corte Suprema de la República señaló: "*el artículo 1430 del cuerpo legal citado prescribe que puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple 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 (...), que siendo ello así, resulta evidente que el título que ostentaba antes el demandado para poseer el inmueble sub-litis, ha fenecido, deviniendo entonces su posesión en precaria de acuerdo a lo previsto en el artículo 911 del Código Civil*".

²⁰⁸ **Conclusiones del Pleno Jurisdiccional Civil 1999**. Cuzco del 22 al 25 de Septiembre. Publicación Oficial de la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial. Lima-Perú. 1999. Pag. 21. En este pleno la posición mayoritaria, con 31 votos, señaló que "no es precario el comprador que adquiere un inmueble mediante un contrato con cláusula resolutoria de pleno derecho.." (sic). Una posición en minoría, 20 votos, señaló que habiéndose resuelto el contrato de pleno derecho, en virtud de la cláusula resolutoria establecida en el contrato, el comprador dejó de ser propietario del bien y su posesión deviene en precaria.

invoca el comprador, a que se deje sin efecto la citada resolución de pleno derecho; sin embargo, mientras ello no suceda, el comprador carecerá de título para poseer el bien, siendo viable la acción de desalojo por quien fue el vendedor.

La Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia de la República, como veremos mas adelante, le ha dado la razón a la posición que quedó en minoría en el citado **pleno jurisdiccional**, y ha fijado el acertado criterio jurisprudencial, que establece lo siguiente: por efecto de la resolución contractual de pleno derecho –hecho valer extrajudicialmente- fenece el título posesorio –de propietario- que tenía el comprador.

7.3.- Alguna jurisprudencia sobre este tema.-

La línea jurisprudencial fijada por la Sala Civil de la Corte Suprema de la República, sobre esta materia ha sido uniforme; salvo algunas excepciones, por regla general, los pronunciamientos en sede casatoria han establecido que resuelto el contrato de compra venta, el comprador –que recibió el bien como consecuencia del contrato- quedó privado de título justificativo posesorio quedando por ello obligado a restituir el bien materia de la venta; el comprador, luego de la resolución contractual quedó dentro de los alcances del artículo 911 del C.C..

En la mayoría de los casos la pérdida de la eficacia de la compra-venta emerge de los efectos de la resolución contractual extrajudicial, la que, como lo prevé el artículo 1430 del C.C., opera de pleno derecho; ello significa que si la parte beneficiada de la cláusula respectiva –pacto de resolución extrajudicial- hace uso de ella, la resolución surte efecto de inmediato con la sola comunicación que se curse a la parte que incumplió su obligación. Discusión aparte será si tal acto de resolución extrajudicial fue consecuencia de una conducta abusiva o arbitraria del que hizo uso de la cláusula resolutoria; en tal caso, como se ha indicado, corresponderá al perjudicado hacer uso de su derecho a efecto que en vía de acción se logre dejar sin efecto la aludida resolución extrajudicial y restituir la

vigencia del contrato; salvo por su puesto que el abuso o arbitrariedad sean evidentes o manifiestas, lo que corresponderá ser evaluado por el juez de la causa donde se está haciendo valer la resolución contractual de pleno derecho.

Veamos algunas sentencias de casación expedidas por lo órganos jurisdiccionales supremos.

1.- En la **CASACIÓN N°. 1493-2003 LIMA**²⁰⁹, publicada recientemente, la Sala Civil permanente dejó establecido que en los procesos tramitados en la vía sumarísima, de desalojo, es deber de los jueces pronunciarse sobre el fondo del asunto controvertido y no expedir pronunciamiento inhibitorio -declarando improcedente la demanda-, como lo ha hecho la Sala Superior con el argumento de que: **a)** debe haber previa dilucidación de que si ha operado o no la resolución del contrato de compra-venta; **b)** de la validez o invalidez de la cláusula resolutoria, pues en ella se habría pactado de modo distinto a lo dispuesto en el artículo 1430 del C.C., al señalarse que la resolución operaría sin comunicación; **c)** determinar si por efecto de la resolución del contrato se retransmite automáticamente la propiedad del bien vendido a los vendedores y en este caso la obligación de éstos de devolver las sumas recibidas.

Corrigiendo el error, la citada ejecutoria señala : “que en los procesos de desalojo por ocupación precaria, el demandado es considerado poseedor precario cuando: **a)** está en posesión de un predio sin título alguno o **b)** cuando teniendo título este hubiere fenecido, pudiéndose entender como título fenecido, entre otros, al título que ha quedado resuelto de pleno derecho, siempre que no exista en el proceso cuestionamiento alguno a los requerimientos para que opere dicha resolución, de manera tal que no correspondía al Ad quem declarar la improcedencia de la demanda en base a os supuestos de los acápite a), b) y c)

²⁰⁹ Fecha de Publicación en el diario Oficial El Peruano: 03 de mayo del 2005, Boletín Sentencias de Casación (Pág. 14019)

antes citados..” -los supuestos a), b) y c) se encuentran transcritos en el párrafo precedente- .

Aún cunado creo que la respuesta de la Sala Suprema fue la más adecuada a la solución del conflicto puesto en sus manos –a deferencia de lo resuelto por la Sala Superior-; no obstante no comparto el criterio expuesto, en el sentido que el pronunciamiento sobre el fondo es posible siempre y cuando no exista cuestionamiento a los requerimientos para que opere la resolución contractual de pleno derecho; en mi opinión no corresponde dilucidar en ésta vía si la resolución contractual de pleno derecho fue válida o no –precisamente porque lo regulado en el artículo 1430 del C.C. esta pensado para que surta efecto de inmediato, es decir, sin intervención judicial-; salvo está, como lo he señalado anteriormente, que el abuso o arbitrariedad sean manifiesta o evidente, en cuyo caso corresponde la juez –en uso de la facultad que el confiere el artículo 200 del C.C.- declarar la invalidez de tal acto jurídico de resolución contractual, restaurando la equidad y equilibrio entre las partes, y por su puesto desestimando la demanda. Ello no podrá hacer el juez si la resolución contractual de pleno derecho tiene apariencia de validez o legalidad, o el abuso o arbitrariedad, que invocara el demandado- no resulta evidente.

2.- En el caso que expondremos a continuación, el demandante le vendió al demandado un inmueble, el que, en virtud de tal transferencia fue entregado a éste; en el contrato respectivo no se incluyó la cláusula prevista en el artículo 1430 del C.C. –cláusula resolutoria expresa de resolución contractual de pleno derecho-; sin embargo, ante el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato el vendedor hizo uso de el mecanismo de resolución contractual extrajudicial previsto en el artículo 1429 del C.C. y le curso al demandado –comprador- la comunicación respectiva, concediéndole el plazo legal para que cumpla con su obligación; vencido el plazo, cursó nueva comunicación dando por resuelto de pleno derecho la compra-venta celebrada entre ellos; la Sala Civil de la Corte Suprema señala que en tal caso el comprador quedó `privado de título posesorio válido y paso a ser un poseedor precario. En la sentencia de

CASACIÓN N°. 3727-2002 LIMA²¹⁰ la Sala Civil Permanente de la Corte

Suprema expidió pronunciamiento en los términos señalados líneas arriba, exponiendo literalmente lo siguiente:

“se debe observar que en el contrato de fojas dos no se estableció una cláusula resolutoria expresa, lo cual no excluye que el acreedor pueda resolver eficazmente el contrato según las normas previstas en el Código Civil. En efecto siendo la resolución un mecanismo que extingue los efectos del contrato, aquella puede ser voluntaria o legal (Vicenzo Roppo. “II Contrato”. Tratado de Diritto Privado a cura di Giovanni Lucida e Paolo Zatti. Giuffré Editore. Milano, 2001. pp 939); será voluntaria cuando sea la voluntad negocial de las partes, un supuesto de ello es el previsto en el artículo 1430 de Código Civil, a través del pacto de una cláusula resolutoria expresa, pero también puede ser legal, la que se presenta cuando una norma dispone que en presencia de determinados presupuestos el contrato se resuelve o puede resolverse; ese es el caso del artículo 1429 del Código Civil, que es justamente el que se ha presentado en los autos: existe una intimación al cumplimiento (fojas seis) en donde se indica el plazo que se concede para el cumplimiento y el apercibimiento en caso ello no ocurra; vencido el plazo se hace efectivo el apercibimiento (fojas doce) y se da por resuelto el contrato. Resolución que por cierto se realiza a nivel extrajudicial y que en caso sea llevada a los Tribunales, la sentencia sería meramente declarativa...en autos se ha configurado un supuesto de resolución contractual, previsto legalmente, que ha dado lugar a que el demandado pierda el título con el que venía poseyendo, configurándose así el supuesto previsto en el artículo 911 del Código Civil”.

En este caso la sentencia es clara y no admite lugar a dudas. De ella y de la expuesta anteriormente se puede establecer –lo que para algunos es una herejía– que la resolución contractual de pleno derecho -convencional o legal- surte eficacia jurídica de inmediato y sin que sea necesaria la intervención judicial para

²¹⁰ Fecha de publicación en el diario oficial El Peruano: 30 de septiembre del 2004. Boletín Sentencia de Casación (Pág. 12776)

ello; además que el comprador –propietario del bien hasta antes de la resolución contractual- que poseía el bien a título de propietario, pasa a la condición de poseedor sin título alguno, por fenecimiento del que tenía.

3.- En la resolución que se expone en adelante, signada como **CASACIÓN Nº 982-2003 Lima**, de fecha 22 de agosto de 2003, reitera el criterio jurisprudencial antes citado, en el sentido que la haberse resuelto el contrato de compra-venta de pleno derecho y no habiéndose objetado la comunicación enviada, los demandados tiene la calidad de poseedores precarios; la citada sentencia señala lo siguiente:

“(…) que la parte actora ha cumplido con el ordenamiento legal toda vez que cursó carta notarial comunicando a la demandada su condición de optar por la resolución del contrato ante el incumplimiento de ésta de pagar las armadas mensuales; misiva que no fue contestada por ésta en su momento, con lo que tácitamente reconocía el derecho de la Caja Militar Policial (demandante) de decidirse por resolver el contrato de pleno derecho(…) que la resolución del contrato de compraventa hace fenecer el título de propiedad que ostentaba la demandada, deviniendo entonces en precaria de acuerdo a previsto en el artículo novecientos once del Código Civil”.

Es del caso precisar que en el presente se expresa textualmente que la cláusula resolutoria del contrato habría sido prevista con el añadido de que no era necesario comunicar a los compradores el uso de la misma; no obstante los vendedores –demandantes- cumplen con enviar de todas formas la carta notarial comunicándole que están haciendo uso de la cláusula resolutoria expresa; surge la interrogante de si es posible o no pactar en contra de lo dispuesto por el artículo 1430 del C.C. que establece el deber de comunicar a la otra parte la decisión de resolver el contrato.

Creo que en este caso la regla fijada en la citada norma legal –remitir comunicación a la contraparte que esta haciendo valer la cláusula resolutoria- no

está consignada con mandato imperativo, bajo sanción de nulidad, en consecuencia la forma como se hace valer el pacto, previsto en ella, resulta supletoria a la voluntad de las partes -1354 y 1356 del C.C.-, en consecuencia, no encuentro razones para que las partes, en forma libre, establezcan contractualmente que la resolución contractual operará de pleno derecho sin necesidad de comunicación alguna.

4.- En la **CASACIÓN N° 755-02 Lima**²¹¹ de fecha 22 de septiembre de 2003, la Sala Civil de la Corte Suprema establece nuevamente que por la resolución del contrato de enajenación, el comprador deviene en precario; la citada sentencia señala lo siguiente:

“Que, con los efectos de la cláusula resolutoria se resuelve un contrato de pleno derecho, por lo que al hacerse resuelto el contrato de compraventa celebrado entre las partes ha fenecido también el justo título que justificaba la posesión de la recurrente respecto al bien materia de litis, en consecuencia, ésta ostenta dicho inmueble en condición de poseedora precaria” .

²¹¹ Publicada en el diario Oficial El Peruano el 01 de marzo del 2004. Boletín de Sentencia de Casación.

8.- SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA REFERIDA A DIVERSAS SITUACIONES PROCESALES QUE SE PRESENTAN EN LA POSESIÓN PRECARIA

8.1.- LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LA DEMANDA DE DESALOJO POR PRECARIO

1.- CAS. N. 1614-2001 LIMA²¹²

Materia.- Definiciones sobre el desalojo por ocupante precario. No solo el propietario está legitimado para demandarlo.

“que la posesión es el ejercicio de los atributos de la propiedad, por el cual el poseedor que tiene justo título o mejor derecho puede reclamar al poseedor que carece de él la entrega del predio; para tal efecto el actual CPC. Ha establecido dos vías para la restitución de los predios, la primera de las cuales es la reivindicación y la segunda es el desalojo (...) que en la reivindicación quien se encuentra legitimado para accionar es el propietario del predio (...), por su parte en el desalojo pueden demandar el propietario (en este caso debe estar debidamente acreditado el derecho de propiedad), el arrendador, el administrador y todo aquel que considere tener derecho a la restitución del predio materia de litis (...), que de lo expuesto puede concluirse válidamente que ... el desalojo, de trámite en la vía del proceso sumarísimo, las alegaciones del demandante, ya sea propietario, arrendador, administrador y todo aquel que considere tener derecho a la restitución del predio, tienen que ser justificadas; esto es, acreditar un título que amerite la restitución del predio; pudiendo ser el título uno de propiedad o cualquier otro que le otorgue el derecho de solicitar la restitución del predio.”

²¹² Fecha de Publicación en el diario Oficial El Peruano : 31 de mayo del 2004, Boletín Sentencias de Casación (Pág.. 12057)

2.- CAS. N. 2908-2003 LIMA²¹³

Materia.- ¿Es necesario acreditar la propiedad con título inscrito para que proceda el desalojo por la causal de precario?.

“debe tenerse en cuenta que conforme a la parte in fine del artículo 912 del CC, la presunción de propiedad que le asiste a quien ejercita materialmente uno de los atributos del mismo derecho de propiedad, cual es la posesión solo resulta inoponible al propietario con derecho inscrito y que ergo, si resulta oponible al propietario con derecho (no) inscrito (....), que, asimismo también se ha determinado que l Consejo Distrital de Lurín mediante el Testimonio de compraventa, que obra a fojas once, transfirió la propiedad del predio sub litis a favor de la demandante Irene Usurín de Carrasco; asimismo que dicha Escritura Pública, no ha sido inscrita en los Registros de Propiedad correspondiente... en tales circunstancias al haber establecido el Superior Colegiado, que el título con el que concurre la agraviada no resulta suficiente para oponerse al derecho de posesión que ejercen los demandados aplicando la disposición contenida en el artículo 912 del CC, ha resuelto con arreglo a derecho.

Comentario: De la sentencia se deja apreciar que la Corte Suprema avala el criterio de la Sala Superior en el sentido de que como no se ha inscrito el derecho de la demandante, el mismo no puede oponerse al derecho de posesión de la demandada ya que la misma se ve beneficiada por la presunción de la propiedad, que interpretada sensu contrario, puede ser opuesta a quien no tiene la propiedad inscrita.

²¹³ Fecha de publicación en el diario Oficial El Peruano: 31 de Mayo del 2005. Boletín Sentencias de Casación. (Pág. 14175)

3.- CAS. N. 293-2003 AYACUCHO²¹⁴

Materia.- No cabe oponer la presunción de propiedad del poseedor frente al propietario con derecho inscrito”.

“Analizada la fundamentación expuesta, debe señalarse que no puede oponerse la presunción de propiedad del poseedor al propietario con derecho inscrito, conforme lo prescribe el artículo 912 del CC.”

4.- CAS. N. 847-2002 LIMA²¹⁵

Materia.- En los procesos de desalojo por ocupante precario, el accionante debe acreditar ser propietario o por lo menos tener derecho a la restitución del bien.

“Que, el artículo 911 del Código Civil establece que la posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido; por lo que, en los procesos por ocupación precaria, atendiendo a la definición establecida por el acotado artículo, el accionante debe acreditar ser propietario o por lo menos tener derecho a la restitución del bien, tal como lo prescribe el artículo 586 del Código Procesal Civil, y por su lado, la parte demandada debe acreditar tener título vigente que justifique la posesión que ejerce sobre el bien materia de controversia, no siendo objeto de probanza en este proceso la validez o no de dicho título (...) en ese orden de ideas, cabe precisar que si bien el contrato de compraventa a plazos y mutuo hipotecario celebrado por el actor en su calidad de comprador y la entidad bancaria en su calidad de vendedora, contenía un pacto de reserva de propiedad, mediante el cual el comprador adquiere la propiedad del bien cuando cancela la totalidad del precio, no obstante ello tiene derecho a poseer el inmueble. En tal sentido, puede solicitar el desalojo de un tercero que posee el inmueble en la condición de ocupante precario, a tenor de lo

²¹⁴ Fecha de publicación en el diario Oficial El Peruano: 31 de Mayo del 2004. Boletín Sentencias de Casación. (Pág. 12049)

²¹⁵ Tomado de Infobase de Jurisprudencia Civil y Comercial 2004-SPIJ

dispuesto en el citado artículo 586 del Código Formal, que faculta demandar el desalojo a quien tiene derecho a la restitución de un predio”

9.2.- LA POSESIÓN PRECARIA Y LA PROPIEDAD DE LA FÁBRICA LEVANTADA SOBRE EL TERRENO.

1.- CAS. N. 2831-2003 LA LIBERTAD²¹⁶

Materia.- Deber de acreditar la propiedad de la construcción para que proceda amparar la demanda de desalojo por ocupación precaria.

*“que en la apelada se ha establecido como cuestión de hecho que **el demandante solo es propietario del terreno y no es de la construcción levantada sobre el terreno, por lo que no acredita la propiedad absoluta** (...) requisito indispensable para que proceda la acción (de desalojo por ocupación precaria) conforme a lo dispuesto por el artículo 586 del CPC.”*

2.- CAS. N. 52-2004 PIURA²¹⁷

Materia.- Deber de acreditar la propiedad de la construcción para que proceda amparar la demanda de desalojo por ocupación precaria.

*“que la ocupación precaria de un bien inmueble se configura con la posesión del mismo sin detentar título alguno que justifique dicha posesión o el que se tenía ha fenecido; asimismo, quien pretenda la restitución o entrega, en su caso, de un predio ocupado bajo dicha calidad debe acreditar el derecho de propiedad o que lo ejerce en representación del titular o, en todo caso la existencia del título válido y suficiente que otorgue derecho a la restitución del bien; ... que, asimismo, si se pretende el desalojo de un inmueble del cual **se acredita el***

²¹⁶ Fecha de publicación en el diario Oficial El Peruano: 30 de mayo del 2005. Boletín Sentencias de Casación. (Pág. 14044)

²¹⁷ Fecha de publicación en el diario Oficial El Peruano: 30 de mayo del 2005. Boletín Sentencias de Casación. (Pág. 14096)

derecho de propiedad sobre el terreno más no de la construcción existente en él, la demanda deviene en improcedente por resultar física y jurídicamente imposible la restitución solo del terreno, de conformidad con el inciso 6 del artículo 427 del CPC, toda vez que no puede separarse del terreno la construcción levantada sobre el mismo, de tal modo que a quien se entregue el terreno implícitamente se le estará entregando la construcción, lo que no resulta ajustado a derecho si solo se ha acreditado al propiedad del terreno.... siendo que el terreno o suelo y la edificación o sobresuelo son bienes distintos conforme a los artículo 885 del mismo cuerpo legal”.

Comentario: Con este último criterio, en cuanto a que el suelo ya la construcción son bienes distintos, en la Cas. 2842-2003 Arequipa, que se encuentra en esta misma separata página 14094, se considera que la hipoteca no se extiende sobre lo construido ya que el suelo, subsuelo y sobresuelo son distintos, siendo ello así no puede hipotecarse bienes futuros.

3.- CAS. N. 1763-2003 LAMBAYEQUE²¹⁸

Materia.- Deber de acreditar la propiedad de la construcción para que proceda amparar la demanda de desalojo por ocupación precaria.

“teniendo en cuenta que, si la recurrente en su calidad de demandante no es propietaria de la edificación, no sería pertinente la aplicación del artículo 911 del Código Civil, no siendo posible proceder al desalojo de solo el terreno; por ende, no tendría la calidad de poseedor precario quien es dueño de la edificación construida sobre el terreno de la demandante, pues al final se estaría disponiendo el desalojo de un bien que no ha sido objeto de demanda”.

²¹⁸ Fecha de publicación en el diario Oficial El Peruano: 30 de junio del 2004. Boletín Sentencias de Casación. (Pág. 12177)

4.- CAS. N. 1040-03 Lima, de fecha 22 de septiembre de 2003.

Materia.- Deber de acreditar la propiedad de la construcción para que proceda amparar la demanda de desalojo por ocupación precaria.

“que, el artículo novecientos once del Código Civil refiere que “la posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido”, cabe señalar, que la doctrina entiende que el título al que hace mención la citada norma debe comprender el terreno y, de ser el caso, la fábrica; se entiende que ésta o la construcción debe ser de carácter permanente, adherida al terreno, cualquiera sea el material usado para su construcción, es decir, si existe una edificación sobre el terreno y el actor no tiene título sobre ella, primero deberá obtenerlo para lo cual previamente tendrá que seguir un proceso para definir su propiedad, según sea el caso (...) que no siendo el demandante propietario de la edificación existente, no es correcto interpretar de acuerdo al artículo novecientos once del Código Civil que la demandada sea poseedora precaria”.

5.- CAS. N. 1102-2003 Cono Norte

Materia.- Deber de acreditar la propiedad de la construcción para que proceda amparar la demanda de desalojo por ocupación precaria

*“a lo edificado sobre el suelo, esto es, el sobre suelo, no puede atribuírsele la calidad de accesorio a que se refiere el artículo novecientos trece del Código sustantivo, **sino la de principal**, tan igual que el suelo o terreno.... que siendo ello así, resulta física y jurídicamente imposible pretender la restitución solo del terreno o también de la edificación ajena calificándola de accesorio”.*

Materia.- Deber de acreditar la propiedad de la construcción para que proceda amparar la demanda de desalojo por ocupación precaria

“para que se configure el supuesto contemplado en el artículo 911 del Código Civil, el actor deberá acreditar ser propietario no solo del predio, sino también de lo edificado en él; por cuanto el terreno y la edificación constituyen una sola unidad, no pudiendo ordenarse la desocupación del lote, prescindiendo de lo construido (...), sin embargo, en autos se ha acreditado que el demandante es sólo propietario del terreno, mas no de lo construido sobre él, lo cual es de dominio exclusivo de la parte demandada; en consecuencia, la demanda merece ser rechazada”.

8.3.- CUANDO EL DEMANDADO ALEGA HABER ADQUIRIDO POR PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA EL BIEN MATERIA DE DESALOJO

CAS. N. 3095-2002 JUNIN²²⁰

Materia.- No cabe pronunciarse sobre si el demandado, en un proceso de desalojo por ocupación precaria, alega haber adquirido por prescripción.

“(en) este proceso de desalojo por precariedad que regula el artículo 911 del CC no cabe analizar supuestos jurídicos ajenos a esta materia como viene a ser el artículo 950 que regula la prescripción adquisitiva de dominio, asunto que no constituye materia del debate jurídico en esta causa y que se está tramitando en un expediente distinto (...) en el cual no se ha emitido aún sentencia judicial firme

²¹⁹ Tomado de Infobase de Jurisprudencia Civil y Comercial 2002-SPIJ.

²²⁰ Fecha de publicación en el diario Oficial El Peruano: 03 de mayo del 2005. Boletín Sentencias de Casación. (Pág. 13998)

que se pronuncie al respecto, por lo que su trámite no puede motivar omitir pronunciamiento sobre el fondo de lo que es materia de la controversia en autos y se haga reposar el pronunciamiento en la pretensión de aquel distinto proceso, pues debe analizarse el caudal probatorio propio y sustancialmente si el título de los demandados de cuidadores del bien inmueble sub judice feneció o no en virtud del requerimiento de restitución por los propietarios.”

8.4.- CUANDO EL DEMANDADO ALEGA MEJOR DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE EL BIEN MATERIA DE DESALOJO

1.- CAS. N. 1634-2004 LIMA²²¹

Materia.- No cabe discutir sobre el mejor derecho de propiedad en un proceso de desalojo por ocupante precario.

“que, examinado los autos, se puede apreciar que la Sala Superior ha realizado una correcta interpretación del artículo acotado en los considerándoos de la sentencia recurrida, desarrollando claramente el concepto de ocupación precaria, para concluir que al demandado le asiste el derecho de poseedor, mediante el contrato de arrendamiento de fecha 20/12/00, no siendo materia del proceso el mejor derecho de propiedad, sino la posesión inmediata del bien con justo título celebrado mediante contrato, por quien al momento de otorgarlo tenía derecho para ello, por lo siguiente la presente no resulta amparable.”

²²¹ Fecha de publicación en el diario Oficial El Peruano: 31 de enero del 2005. Boletín Sentencias de Casación. (Pág. 13469)

2.- CAS. N. 60-2002 Huaura²²²

Materia.- Al alegar ambas partes derecho de propiedad sobre el inmueble materia de desalojo, no corresponde la vía procedimental.

“en tales circunstancias se advierte una colisión de derechos (de propiedad) respecto del predio sub litis; por tanto el desalojo no es la vía idónea para establecer el derecho que se litiga, pues el mismo de ser el caso debe ventilarse y resolverse en la vía ordinaria y no en el presente juicio, que es de trámite sumarísimo (...), que siendo así... el Colegiado ha incurrido en error al no armonizar lo dispuesto en el artículo novecientos once del Código Civil de manera orgánica y lógica con el resto del ordenamiento jurídico y con la relación fáctica establecida”.

8.5.- CUANDO EL DEMANDO SE OPONE ALEGANDO LA EXISTENCIA DE UNA DEMANDA DE NULIDAD CONTRA LOS DEMANDANTES

1.- CAS. N. 1490-2003 AREQUIPA²²³

Materia.- Procedencia del desalojo por ocupación precaria cuando existe un proceso de nulidad contra los demandantes.

“(el demandado) no habiendo acreditado tener título que desvirtúe la calidad de precarios alegada por los demandantes, no resultando razonable que con la interposición de sendos procesos judiciales se le niegue al demandante el derecho al demandante a la tutela jurisdiccional efectiva, máxime si los demandados

²²² Fecha de publicación en el diario Oficial El Peruano: 0’1 de junio del 2004.

²²³ Fecha de publicación en el diario Oficial El Peruano: 30 de marzo del 2005. Boletín Sentencias de Casación. (Pág. 13822)

tienen expedito su derecho para garantizar la eficacia de la sentencia que se dicte en aquellos procesos... la mera existencia de procesos de nulidad de acto jurídico no pueden equipararse a títulos que puedan respaldar la posesión que vienen ejerciendo los demandados”.

2.- CAS. N. 2742-2003 LA LIBERTAD²²⁴

Materia.- Improcedencia del desalojo por ocupación precaria cuando existe un proceso de nulidad contra los demandantes (discrepancia del criterio anterior).

“no puede considerarse a la demandada..., como ocupante precaria del predio en litis, máxime, si también se encuentra probado en autos que existe un proceso de nulidad de acto jurídico que pretende la nulidad de la escritura pública de compra venta otorgada solamente a favor del demandante... que siendo así se puede advertir que el debate jurídico de los hechos está orientado a definir el mejor derecho de propiedad.”

3.- CAS. N. 3725-2002 LIMA²²⁵

Materia.- No cabe oponerse alegando la existencia de un proceso de anulabilidad donde se cuestiona el título del demandante.

“(...) estableciendo que el demandante tiene título de propiedad sobre el inmueble sub judice (...) y la parte demandada no ha justificado con título idóneo su posesión, teniendo la calidad de poseedor precario del bien materia de la demanda; de otro lado las circunstancias producidas durante la ejecución de la dación en pago celebrada entre la empresa recurrente y el Banco Central Hispano, no son materia de controversia en la presente causa; y, además, no se

²²⁴ Fecha de publicación en el diario Oficial El Peruano: 30 de marzo del 2005. Boletín Sentencias de Casación. (Pág. 13829)

²²⁵ Fecha de publicación en el diario Oficial El Peruano: 31 de mayo del 2004. Boletín Sentencias de Casación. (Pág. 12.021)

advierde de autos que el proceso sobre anulabilidad de acto jurídico, con el que se pretende cuestionar el título del demandante, se encuentre sentenciado.”

8.6.- SOBRE LA APLICACIÓN INDEBIDA DEL ARTÍCULO 911 DEL C.C. EN LOS RECUSOS DE CASACIÓN INTERPUESTOS EN LOS PROCESOS DE DESALOJO POR OCUPANTE PRECARIO.

1.- CAS. N. 1131-2003 LIMA²²⁶

Materia.- Pertinencia del artículo 911 para dirimir conflictos de desalojo precario, no pudiéndose denunciar “su aplicación indebida”.

“finalmente la recurrente denuncia la aplicación indebida del artículo 911 del CC. Señala que “(...) en el presente caso no ha fenecido la posesión por cuanto estos están prorrogados por leyes especiales de los predios con alcance de la Ley 21938 (...)”. Empero, cuando se denuncia la aplicación indebida de una norma de derecho material, ésta debe referirse a que el juzgador aplicó una norma impertinente a efectos de dirimir la controversia. Sin embargo dicha norma (Artículo 911) es pertinente para dirimir la controversia, tanto como para amparar o desamparar la demanda, pues ella determina que la posesión precaria es la que se ejerce sin título o cuando el que se tenía ha fenecido...”

2.- CAS. N. 1345-2004 CHINCHA²²⁷

Materia.- No cabe alegar la aplicación indebida del artículo 911 en los procesos que versan sobre desalojo por ocupación precaria.

²²⁶ Fecha de publicación en el diario Oficial El Peruano: 31 de mayo del 2004. Boletín Sentencias de Casación. (Pág. 12.036)

²²⁷ Fecha de publicación en el diario Oficial El Peruano: 31 de mayo del 2005. Boletín Sentencias de Casación. (Pág. 14323)

“(…) menos si se considera que al ser el presente proceso uno de desalojo por ocupación precaria es ineludible la consideración del artículo 911 del CC”.

8.7.- OTROS TEMAS RELATIVOS AL POSEEDOR PRECARIO

1.- CAS. N. 1531-2004 CALLAO²²⁸

Materia.- El poseedor precario no puede adquirir por prescripción adquisitiva un bien inmueble.

“por lo que, siendo el fundamento de la prescripción adquisitiva la posesión, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, la simple tenencia, la posesión inmediata o precaria, no convierte en titular del derecho a quién no ha poseído el bien como propietario por el tiempo que establece la ley”.

2.- CAS. N. 1567-2003 UCAYALI²²⁹

Materia.- Posesión Precaria por fenecimiento de título

“cabe precisar que el pago de ciento cincuenta nuevos soles que realiza el demandado no enerva su calidad de ocupante precario, en tanto que al haber fenecido el título concedido al demandado para ocupar la citada vivienda, es que asume la calidad de ocupante precario”.

Comentario.- Las instancias de mérito establecieron que en el presente caso se ha acreditado una posesión precaria sobreviviente; ya que al demandado se le asigna una vivienda en el Centro de Salud demandante, dada su condición de profesional de la salud; concesión que le fue retirada posteriormente mediante la carta número

²²⁸ Fecha de publicación en el diario Oficial El Peruano: 1 de junio del 2004. Boletín Sentencias de Casación. (Pág. 12 063)

²²⁹ Fecha de publicación en el diario Oficial El Peruano: 28 de febrero del 2005. Boletín Sentencias de Casación. (Pág. 13568)

ciento veintitrés –cero dos- DE-HAN número dos-YC del veintidós de abril del año dos mil de fojas trece, e incluso requerido para la desocupación de la vivienda por carta.

3.- CAS. N. 917-2001 LA LIBERTAD²³⁰

Materia.- Un contrato de transferencia de la posesión no acredita la existencia de justo título que justifique la posesión del bien.

*“Que, el artículo novecientos once del Código Civil define la posesión precaria, estableciendo que ella es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido; configurándose el supuesto de ausencia de título cuando el poseedor ocupa el predio sin un título que justifique el derecho a poseer el bien, requiriéndose que en el proceso el demandado acredite la existencia de dicho título (...) que, en el caso sub materia, la recurrente sostiene que se encuentra poseyendo el bien de manera justa, pacífica, pública y de buena fe con justo título el bien sub litis, sin embargo, no ha acreditado tal afirmación con la existencia de un proceso administrativo o judicial previo en donde se haya declarado la existencia del título o el derecho a poseer el bien, **resultando insuficiente por ello la existencia de un contrato de transferencia de la posesión que solo acredita el hecho de la posesión más no la existencia de un justo título que otorgue el derecho a poseer un bien**”.*

4.- CAS. N. 221-2001 ICA²³¹

Materia.- Los documentos presentados por demandado, tales como recibos de Autoavalúo y copia simple del Certificado de Posesión, entre otros, constatan su conducción sobre el predio; pero no constituyen título que justifique su posesión.

²³⁰ Tomado de Infobase de Jurisprudencia Civil y Comercial 2004-SPIJ

²³¹ Tomado de Infobase de Jurisprudencia Civil y Comercial 2002-SPIJ

“Que, de otro lado, si bien los documentos presentados por el demandado, tales como los recibos de autoavalúo y la copia simple del Certificado de Posesión de fojas ciento seis, entre otros, constatan su conducción sobre el predio, los mismos no constituyen título alguno que justifique su posesión; por el contrario éstos constatan que su permanencia en el inmueble se originó por la relación laboral habida con la madre de la actora y luego con ésta última, siendo que al concluir el vínculo laboral y ante la negativa de entrega del bien inmueble, la posesión ostentada se convirtió en precaria”.



9.- CONCLUSIONES.-

1.- La regulación normativa del nuevo concepto del precario en la norma sustantiva civil ha sido positiva, pues, aún con la diversa jurisprudencia que tal concepto ha generado, en términos generales, ha permitido a los titulares de derechos sobre bienes una rápida recuperación de los mismos.

2.- El nuevo concepto del precario, resultado de la evolución en la jurisprudencia nacional y española, ha tenido resultados positivos.

3.- Con relación a la regulación normativa de la posesión, así como de la posesión ilegítima y la precaria, se aprecia un defecto que es necesario corregir a efecto de evitar complicaciones jurisprudenciales. Tales modificaciones legislativas deben incluir en su texto, las siguientes ideas:

a.- La posesión es la potestad o señorío fáctico que, con interés propio, ejerce una persona sobre un bien para su aprovechamiento económico y la satisfacción de sus necesidades; aún cuando reconozca en otro la propiedad, el poseedor de un bien es aquel que, en los hechos, se conduce como propietario, usando o disfrutando el bien.

b.- La posesión, cualquiera que ésta fuera, no puede ser privada o perturbada al poseedor por acto de particulares; corresponde al órgano jurisdiccional declarar el derecho posesorio a quien corresponda.

c.- La posesión será legítima cuando se ejerce con arreglo a derecho, en virtud de un título válido.

d.- La posesión será ilegítima cuando se ejerza con título inválido o sin título alguno. **Ésta será de buena fe** cuando el poseedor, por cualquier causa, crea en la legitimidad de su título. **Será de mala fe** cuando conozca

de la ilegitimidad de su título, carezca de título o éste sea manifiestamente ilegítimo.

e.- La posesión precaria es la que se ejerce con título manifiestamente ilegítimo o inválido, o sin título alguno, sea por que nunca lo tuvo o porque el que tenía feneció.

f.- El poseedor precario, en tanto ejerce una *posesión de mala fe*, **esta obligado** a rembolsar los frutos percibidos y los que se dejaron de percibir. Es también responsable de los daños y perjuicios ocasionados por la pérdida o deterioro del bien.

4.- En materia jurisprudencial es correcto afirmar, entre otros, que:

a.- La posesión precaria es una variedad de posesión ilegítima. Ambas se ejercen contrario a derecho

b.- Es precario quien posee un bien en virtud de un título manifiestamente nulo o ilegítimo. Tal título solo es aparente, pues en realidad es jurídicamente inexistente.

c.- Si el arrendatario no devuelve el bien, luego de vencido el contrato y solicitada su devolución por el arrendador, concluye el arrendamiento feneciendo con él el título posesorio que tenía, deviniendo su posesión en precaria.

d.- La sola enajenación del bien arrendado convierte al arrendatario en precario respecto del nuevo dueño, siempre que el arrendamiento no se encuentre inscrito, y éste –el adquirente- no se haya comprometido a respetar el mencionado arrendamiento.

e.- Es precario quien posee un bien en virtud de una compra-venta, cuando ésta ha quedado sin efecto por resolución extrajudicial –de pleno derecho- o judicial.

f.- Es precario frente al nuevo dueño, el vendedor que no cumplió con entregar en bien luego de realizada la compra-venta.

g.- No es precario el poseedor que levantó la fábrica o construcción en terreno ajeno, de propiedad del demandante. Previamente corresponde establecer -bajo las reglas de la accesión- si la misma se levantó de buena o mala fe.

h.- Es precario quien posee un bien indiviso en virtud de un contrato celebrado con uno de los condóminos, si no cuenta con la aprobación –expresa o tácita- de los otros copropietarios.

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

5.- No **hay posesión precaria** cuando se ejerce en virtud de un título legítimo, o con título oponible al que porta el demandante.

6.- No **hay posesión precaria** cuando se ejerce con título formalmente válido, pero afectado con vicios de anulabilidad, en tanto no se invalide con sentencia declarativa firme;

7.- No **hay posesión precaria**, cuando la invalidez del título en virtud del cual se ejerce la posesión, no sea manifiesta. En este caso se requiere la intervención del

órgano jurisdiccional, para que, en un proceso en forma, se dilucide la validez de título posesorio que invoca el demandado.

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



10.- REFLEXIONES FINALES.-

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

El presente trabajo nos ha permitido corroborar que los conceptos establecidos en el Derecho, respecto de determinadas figuras o instituciones jurídicas, cambian, conforme va avanzando la sociedad en la que se aplica, y evolucionan atendiendo a los nuevos requerimientos que experimenta el hombre y la sociedad, en la satisfacción de sus necesidades e intereses. Es evidente que 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.

Los nuevos conceptos incorporados en nuestra legislación, respecto de la **posesión precaria**, deben ser interpretados en forma idónea, de tal manera que permita una convivencia justa y civilizada entre las personas. Creo que la propiedad particular debe ser garantizada plenamente por el derecho positivo y respetada por las personas; creo, además, que el sistema jurídico debe otorgar al propietario los instrumentos eficaces en la protección de su derecho, evitando, por cierto, el ejercicio abusivo del derecho. Corresponde, en todo caso, al Estado, la creación de los mecanismos necesarios para que todas las personas accedan a la propiedad de bienes, sea en forma particular o colectiva, de tal manera que permita la satisfacción plena de sus necesidades. La interpretación que debe hacerse a la regulación normativa del derecho positivo peruano, respecto a la **posesión precaria**, debe tener ese parámetro.

BIBLIOGRAFIA

1. MUSTO, Néstor Jorge. **“DERECHOS REALES”**. Rubinzal y Culzoni S.C.C., Editores- Santa Fe. Tomo I.
2. GALIANO, José... **“DE LAS COSAS. LA POSESIÓN Y LAS ACCIONES POSESORIAS”**. Jesús Menéndez e hijo. Libreros editores. Buenos Aires. Argentina. 1923
3. VALECIA ZEA, Arturo. **“LA POSESIÓN”** Editorial Temis Bogotá. 1968
4. RUSSOMANNO, Mario C. ...**“LA POSESIÓN EN LOS PRINCIPALES CÓDIGOS CIVILES CONTEMPORÁNEOS”**. ABELEDO-PERROT. Buenos Aires. Argentina.
5. LAQUIS, Manuel Antonio... **“DERECHOS REALES. PARTE GENERAL-POSESIÓN-PROTECCIÓN POSESORIA”**. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1975
6. PEÑA GUZMAN, Luís Alberto... **“DERECHO CIVIL. DERECHOS REALES”**. Primera reimpresión de la primera edición. Tipografía Editora Argentina. Buenos Aires. 1975. Tomo I
7. HERNÁNDEZ GIL, Antonio... **“LA POSESIÓN”**. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1980. Primera Edición.
8. HERNÁNDEZ GIL, Antonio... **“LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA POSESIÓN”** (ensayo de teorización sociológica jurídica). Libro de bolsillo. Alianza Editorial. Madrid. 1969.
9. ORTOLAN M... **“EXPLICACIÓN HISTÓRICA DE LAS INSTITUCIONES DEL EMPERADOR JUSTINIANO”**. Quinta edición revisada y aumentada. Tomo I, Libros I y II de la Instituta. Madrid, Librería de D. Leocadio López, Editor. 1884

10. LOPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J.... **“DERECHOS REALES”**. Tomo I. Zavallía

Editor. Buenos Aires-Argentina.

11. DE DIEGO LORA, Carmelo... **“LA POSESIÓN Y LOS PROCESOS POSESORIOS”**. Volumen I. Ediciones Rialp S.A. Madrid. 1962

12. ROMERO ROMAÑA, Eleodoro... **“DERECHO CIVIL. LOS DERECHOS REALES”**. Segunda edición aumentada. Lima Perú.

13. MORENO MOCHOLI, Miguel... **“EL PRECARIO”**. BOSCH, Casa Editorial- Barcelona. España 1951

14. BENEDETTI, Julio César. **“LA POSESIÓN – TEORÍA Y PRÁCTICA DE SU AMPARO”**. Editorial Astrea de Alfredo y Recardo Depalma. Buenos Aires. 1979

15. ALBACAR LOPEZ, José Luis, TORRES LANA José Angel, RUBIO TORRANO, Enrique y CAVANILLAS MUGICA, Santiago. **“CÓDIGO CIVIL” –Doctrina y Jurisprudencia-** Tomo II. Cuarta Edición. Editorial Trivium S.A. Madrid-España. 1995

16. MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. **“DE LOS DERECHOS REALES – PROYECTO PARA UN NUEVO LIBRO CUARTO DEL CÓDIGO CIVIL Y EXPOSICIÓN DE MOTIVOS”**. Editorial Desarrollo S.A.

17. PETIT, Eugene. **TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO**–14^o Edición. Editorial Porrúa. México 1998.

18. DIEZ-PICAZO, Luis. **FUNDAMENTOS DEL DERECHO CIVIL PATRIMONIAL** Volumen Segundo. Ed. Tecnos S.A. España. 1986

19. PEREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, José Manuel. **INTERPRETACION HISTORICA DEL DERECHO**. Laxes SL Fotocomposición Ediciones. España 1996.

20. WOLFF Martín y RAISER, Ludwing. **DERECHO DE COSAS** Volumen primero. - Posesión, derecho inmobiliario, propiedad- Tercera Edición. Bosh Casa Editorial, Barcelona 1971.
21. DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. **SISTEMA DE DERECHO CIVIL**. Volumen III. Quinta Edición. Editorial Tecnos S.A. España. 1995
22. MAZEAUD Henri y León, MAZEAUD, Jean. **LECCIONES DE DERECHO CIVIL** Parte Segunda. Volumen IV. Ediciones Jurídicas Europa-América Buenos Aires 1960.
23. AVENDAÑO V, Jorge. **DERECHOS REALES**. Materiales de enseñanza para el estudio del Libro V del Código Civil en la Facultad de Derecho. PUCP. Segunda Edición. 1990
24. AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. **“POSESIÓN ILEGÍTIMA O PRECARIA”**. THEMIS-Revista de Derecho, Segunda Época, No. 4, Pág. 59 a 63. Lima, 1986.
25. VIDAL RAMIREZ, Fernando. **“EL ACTO JURÍDICO”**. Cuarta Edición. Gaceta Jurídica Editores. Mayo 1998. Lima-Perú
26. MESSINEO Francesco. **MANUAL DE DERECHO CIVIL Y COMERCIAL** Tomo III Ediciones Jurídicas Europa-América. Libro Edición. Buenos Aires 1954.
27. ALBALADEJO, Manuel. **DERECHO CIVIL** , Derecho de bienes. Volumen primero. Tomo III, 8va. José María Bosh Editor S.A.. Barcelona 1994
28. ARIAS-SHEREIBER PEZET, Max **EXEGESIS DEL CODIGO CIVIL PERUANO 1984**. Tomo IV Ed. Gaceta Jurídica Lima 1998.
29. PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. **TRATADO PRACTICO DE DERECHO CIVIL FRANCÉS**. Tomo III. Los bienes. Cultural S.A. Habana. 1946.

30. PLANIOL Marcel. **“TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL – LOS BIENES”**. Editorial José M. Cajica Jr. Mexico
31. LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros. **ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL** Tomo III. Volumen primero. Derechos reales. Posesión Propiedad. 3ra. Edición. María Bosh Editor S.A. Barcelona 1990
32. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. **LOS DERECHOS REALES** Instituciones de Derecho Civil Tomo I. Cuarta Edición. Edición .Talleres Gráficos PL Villanueva Lima-Perú 1973
33. BORDA, Guillermo. **TRATADO DE DERECHO CIVIL. Derechos Reales** Cuarta Edición actualizada y ampliada. Tomo I Editorial Perrot. Buenos Aires Argentina.
34. BORDA, Guillermo A. ... **“MANUAL DE DERECHOS REALES”**. Cuarta edición. Editorial Perrot. Buenos Aires. Argentina
35. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. **EL CONTRATO EN GENERAL** Tomo II. Tercera Edición. Pontificia Universidad Católica del Perú.1996.
36. GUZMAN FERRER, Fernando. **"CÓDIGO CIVIL". Antecedentes, concordancias, reformas, exposición de motivos, comentarios y jurisprudencia.** Tomo II. Editorial Científica S.R.L. Librería Distribuidora Sevillano. Primera Edición.
37. GUZMAN FERRER, Fernando. **"CÓDIGO de PROCEDIMIENTOS CIVILES". Antecedentes, concordancias, reformas, exposición de motivos, comentarios y jurisprudencia.** Tomo II. Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima Perú 1982. Cuarta Edición.
38. BARBERO, Doménico. **"SISTEMA DEL DERECHO PRIVADO"**. Tomo II. Traducción Santiago Santis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires.1967.

39. BULLARD GONZALES, Alfredo. **"LA RELACION JURÍDICA PATRIMONIAL"**

reales vs. obligaciones. Ara Editores. Primera Edición. 1990.

40. BULLARD GONZALES, Alfredo. **"ESTUDIOS DE ANALISIS ECONÓMICO DEL DERECHO"**. Ara Editores. Primera Edición. 1996

41. BRUGI, Biagio. **"INSTITUCIONES DEL DERECHO CIVIL"**. Unión Tipográfica Editorial HISPANO-AMERICANA. México. 1946.

42. MORINEAU Oscar. **"EL ESTUDIO DEL DERECHO"**, Editorial Porrúa S.A. Primera edición. México 1953.

43. CUADROS VILLENNA, Carlos Ferdinand. **"DERECHOS REALES"** Tomo I –*Teoría de los Bienes y Teoría de la Posesión-*. Tercera Edición. Ed. Cuzco S.A. Lima 1994

44. GALINDO GARFIAS Ignacio. **"ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA POSESIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO"**, publicado en el libro *"El Código Civil Peruano y el sistema jurídico Latinoamericano"*, libro de ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 9 al 11 de Agosto de 1985. Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima Perú. 1986.

45. PEÑAHERRERA, Víctor Manuel, **"LA POSESION"** Editorial Universitaria. Impreso en el Ecuador.

46. PESCIO V, Victorio **"MANUAL DE DERECHO CIVIL"** Tomo IV. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile 1958.

47. ROGEL VIDE, Carlos **"DERECHO DE COSAS"** J.M. BOSCH. Editorial Barcelona, España 1999.

48. CARREJO, Simòn **“DERECHO CIVIL BIENES – REALES”** Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Bogota 1967.
49. CERTAD, Leonardo **“LA PROTECCIÓN POSESORIA”** -*Teoría General en el Derecho Venezolano*-. Colección Tesis de Doctorado. Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Central de Venezuela. Caracas 1964.
50. PAPAÑO, Ricardo José y OTROS **“DERECHOS REALES”** TOMO I. Ed. De Palma Buenos Aires 1989.
51. SÁNCHEZ- PALACIOS PAIVA, Manuel. **“EL OCUPANTE PRECARIO”** Doctrina y Jurisprudencia Casatoria. Ed. Legales. Asociación No Hay Derecho. Lima 2003.
52. GONZALES BARRON, Gunther **“CURSO DE DERECHOS REALES”**, Jurista Editores Lima 2003.
53. RAMÍREZ CRUZ, Eugenio M. **“TRATADO DE DERECHOS REALES”** Tomo I. Editorial Rodhas. Segunda Ed. 2003. Lima- Perú.
54. CORNEJO, Angel Gustavo. **“COMENTARIOS AL CODIGO CIVIL DE 1852”**. Tomo II. Dionicio Mendoza, Librería y Casa Editora. Chiclayo Perú. 1921.
55. LEON BARANDIARIAN, José. **“TRATADO DE DERECHO CIVIL”**. WG. Editores. 1991.
56. PACHECO, Toribio. **“TRATADO DE DERECHO CIVIL.”** Segunda Edición. Lima. Imprenta del estado. 1872.
57. PUIG PEÑA, Federico. **“TRATADO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL”**. Tomo III, Volumen I. Teoría General de los Derechos reales. Editorial Revista de Derecho Privado -Madrid- 1972.

58. AREAN , Beatriz. **"CURSO DE DERECHOS REALES"**. Privilegios y derechos de retención. Segunda Reimpresión. ABELEDO-PERROT. Buenos Aires.
59. PUIG BRUTAU, José. **"FUNDAMENTOS DE DERECHO CIVIL"**, Tomo II. Volumen I. Cuarta Edición., Bosch, Casa Editorial S.A.-Barcelona- 1994.
60. BONFANTE, Pedro. **"INSTITUCIONES DE DERECHO ROMANO"**. De Reus S.A. Madrid. 1929.
61. CARAVANTES J. V. **"TRATADO HISTÓRICO, CRÍTICO FILOSÓFICO DE LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES EN MATERIA CIVIL"**. Tomo III. Madrid.1858.
62. CARNELUTTI, Francesco. **"SISTEMA DE DERECHO PROCESAL CIVIL"**. Tomo I. De Uteha Argentina. Buenos Aires. 1944.
63. COLIN Y CAPITANT. **"CURSO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL"**. Tomo II. Volumen II. Segunda Edición. Madrid. 1942.
64. COUTURE, Eduardo. **"ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL"**. Tomo II. Editorial Ediar. Buenos Aires.
65. GARCIA CALDERON, Francisco. **"DICCIONARIO DE LA LEGISLACIÓN PERUANA"**. SEGUNDA EDICIÓN.
66. IHERING, Rudolf von. **"DEL INTERÉS DE LOS CONTRATOS, LA POSESIÓN, LA LUCHA POR EL DERECHO, TRES ESTUDIOS JURÍDICOS"**. Bibliografía Omeba. Buenos Aires. 1960.
67. IHERING Rudolf von. **"LA POSESIÓN"**. Editorial Reus. S.A. Madrid. 1926.

68. IHERING, Rodolfo von... **“ LA VOLUNTAD EN LA POSESIÓN, CON LA CRÍTICA DEL MÉTODO JURÍDICO REINANTE”**. Versión española de Adolfo Posada. Segunda parte de la teoría de la posesión. Madrid Imprenta de la Revista de Legislación.1910
69. IHERING, Rodolfo von.. **“TEORÍA DE LA POSESIÓN –FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN POSESORIA”**. Obra presentada por Adolfo Posada. Madrid Imprenta de la revista de Legislación. 1982
70. SALEILLES, Raymundo. **“LA POSESIÓN DE BIENES MUEBLES. ESTUDIOS DE DERECHO ALEMÁN Y DERECHO FRANCÉS”**. Librería General de Victoriano Suárez. 1927. Madrid España.
71. JOSSERAND, Louis. **"DERECHO CIVIL"**, revisado y completado por André Brun. Tomo I. Volumen III. **La propiedad y los otros derechos reales y principales**. BOSH Y CIA. Editores, Buenos Aires. 1950.
72. LAFAILLE, Héctor. **"DERECHO CIVIL"**. Tomo II. **Tratado de los Derechos reales**. Volumen I. Buenos Aires. 1943.
73. LAMA, Miguel Antonio de la. **"CÓDIGO CIVIL"**. Cuarta Edición. Lima 1914.
74. RUGGIERO, Roberto de. **"INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL"**. Tomo I. Traducción Española de la Cuarta Edición Italiana. Madrid.
75. SALVAT Raymundo. **"TRATADO DE DERECHO CIVIL ARGENTINO. DERECHOS REALES"**. Tomo I. Buenos Aires. 1927.
76. SAVIGNY, F.K. **"TRAITÉ DE LA POSSESSION EN DROIT ROMAIN"**.
77. MARTINEZ, Zenón. **"LA POSESIÓN"**. Imprenta de la Universidad Santa Fe. 1939.

78. RICCI, Francisco. "DERECHO CIVIL, TEÓRICO Y PRÁCTICO". Tomo XI. La

España Moderna. Madrid.

79. RIGAUD, "EL DERECHO REAL. HISTORIA Y TEORÍAS. SU ORIGEN INSTITUCIONAL". Madrid. 1928.

80. GACETA JURIDICA."DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA"-Actualidad, análisis, y crítica jurisprudencial- Revista mensual. Año 6. N° 19 y N° 21, correspondientes a los meses de Abril y Junio del 2000, respectivamente.

81. CONCLUSIONES PLENOS JURISDICCIONALES CIVILES 1997-1998-1999. Publicación Oficial de la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial 1999.

82. ANALES JUDICIALES de la Corte Suprema de la República. Publicación Oficial del Poder Judicial.

83. CODIGOS CIVILES PERUANOS DE 1852, 1936 Y 1984.

84. CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y CODIGO PROCESAL CIVIL PERUANOS.
