



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

From the Selected Works of Alan A. Pasco Arauco

January, 2011

La defensa del poseedor precario en el proceso de desalojo: ¿El certificado de posesión constituye título que justifique la permanencia en el bien? La corte suprema se reivindica.

Alan A. Pasco, Arauco



Available at: https://works.bepress.com/alan_pasco/9/

LA DEFENSA DEL POSEEDOR PRECARIO EN EL PROCESO DE DESALOJO

¿El certificado de posesión constituye título que justifique la permanencia en el bien? La Corte Suprema se reivindica

Alan
Pasco Arauco*

El autor se muestra conforme con la sentencia en casación que consideró que el certificado municipal de posesión no es un título que justifique la posesión de inmueble. Asimismo, se pronuncia sobre las vacilaciones jurisprudenciales y doctrinarias sobre la posesión precaria, especialmente en su distinción con la posesión ilegítima, y recomienda una interpretación flexible de acuerdo con la opción de nuestro legislador, en vez de volver inútil el proceso de desalojo a través de argumentos basados en la concepción romana de la posesión precaria.

CAS. N° 417-2009-ICA. Lima, veintidós de setiembre del dos mil nueve. **LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**; vista la causa número cuatrocientos diecisiete - dos mil nueve, en audiencia pública de la fecha, y producida la votación

con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia:
1. MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por Máximo Marcelo Herrera Real mediante escrito de fojas ciento veintitrés, contra la sentencia de vista emitida por la Primera Sala Mixta Descentralizada de Chinchá, de

* Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Miembro del Estudio De la Flor, García Montúfar, Arata & Asociados. Asistente de docencia en Derecho Civil en la UNMSM. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán.

fojas ciento catorce, su fecha nueve de diciembre del dos mil ocho, que confirma la apelada de fojas noventa y dos, su fecha quince de setiembre del dos mil ocho que declaró fundada la demanda de desalojo por ocupación precaria, interpuesta por Pedro Carlos Quispe Sifuentes, con lo demás que contiene. **2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:** Que, el recurso de casación fue declarado procedente por resolución de fecha veintidós de abril del año en curso, por la causal prevista en el inciso 1 y 3 del artículo 386 del Código Procesal Civil, en virtud del cual denuncia: a) interpretación errónea el artículo 911 del Código Civil, alegando que pese a que no se ha celebrado contrato alguno entre las partes ni se ha pactado el pago de renta por el uso del bien materia de litis, el Colegiado ha considerado al recurrente como un ocupante precario, a pesar de que ostenta documentos tales como certificado de posesión expedido por la Municipalidad Distrital de Sunampe - Chíncha, y otros documentos, que le dan calidad de poseedor ilegítimo por más de veintiséis años. Añade que no se ha probado que tales documentos hayan sido dejados sin efecto en sede administrativa, por tanto tienen plena validez y existen circunstancias razonables que justifiquen el uso y disfrute del bien; y, b) Contravención del artículo 139, inciso 3 de la Constitución Política, alegando que existe vulneración al debido proceso, pues de la resolución número diez de fecha veintisiete de octubre del dos mil ocho, solo se fija día para la realización de la vista de la causa sin consignar la hora en que se realizará la audiencia, lo cual recorta su derecho de defensa. Asimismo, del Acta de Audiencia Única de fecha seis de agosto del dos mil ocho, se ha procedido admitir medios de prueba sin que se haya cumplido con los aranceles correspondientes por concepto de ofrecimiento de pruebas, tal como lo establecía la Resolución Administrativa 086-2008-CE-PJ, de fecha diez de abril del dos mil ocho, vulnerándose así el debido proceso, pues se ha resuelto tanto la excepción como la tacha con pruebas que no reunían los requisitos exigidos por las normas legales. **3. CONSIDERANDO: Primero.-** Que, existiendo denuncias por vicios *in iudicando* e *in procedendo*, corresponde verificar primero si se ha configurado o no esta última causal, pues en caso de ser estimada, se dispondría el reenvío de la causa al

estadio procesal correspondiente, impidiendo que sea factible el análisis de las normas materiales en las que se sustenta o debió sustentarse la resolución recurrida. **Segundo.-** El debido proceso tiene por función asegurar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Estado, dando a toda persona la posibilidad de recurrir a la justicia para obtener la tutela jurisdiccional de los derechos individuales, a través de un procedimiento legal en el que se dé oportunidad razonable y suficiente de ser oído, de ejercer el derecho de defensa, de producir prueba y de obtener una sentencia que decida la causa dentro de un plazo preestablecido en la ley procesal. **Tercero.-** La contravención del debido proceso acarrea la nulidad procesal, entendiéndose por esta, aquel estado de anormalidad del acto procesal originado en la carencia de alguno de los elementos constitutivos, o en vicios existentes sobre ellos que potencialmente lo coloca en situación de ser declarado judicialmente inválido. **Cuarto.-** Que en el presente caso, la causal de contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso se sustenta en que: a) Existe vulneración, pues de la resolución número diez, de fecha veintisiete de octubre del dos mil ocho, solo se fija día para la realización de la vista de la causa sin consignar la hora en que se realizará la audiencia, lo cual recorta el derecho de defensa; b) Del acta de audiencia única de fecha seis de agosto del dos mil ocho, se ha procedido admitir medios de prueba sin que se haya cumplido con los aranceles correspondientes, por concepto de ofrecimiento de pruebas, tal como lo establecía la Resolución Administrativa 086-2008-CE-PJ de fecha diez de abril del dos mil ocho; vulnerándose el debido proceso, pues se ha resuelto tanto la excepción como la tacha con pruebas que no reunían los requisitos exigidos por las normas legales. **Quinto.-** A fin de verificar, si en el caso de autos se ha contravenido las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, es necesario señalar que: i) Con fecha catorce de abril del dos mil ocho, don Pedro Carlos Quispe Sifuentes interpone demanda de desalojo por ocupación precaria, a fin de que el demandado desocupe su inmueble, debiendo procederse a la restitución del inmueble. El demandante alega ser propietario del inmueble sublitis, el cual se encuentra debidamente inscrito en Registros Públicos. Asimismo, señala que cedió el inmueble temporalmente al demandado para que

cuide su casa por unos meses; sin embargo, le solicitó que le devuelva la posesión, negándose el demandado devolverlo. ii) De folios sesenta y cinco, el demandado deduce excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante y contesta la demanda. Respecto a la excepción, señala que el demandante no es ni ha sido propietario del predio que reclama, y si se ha titulado por Cofopri, esto ha ocurrido de manera irregular e ilícita. Respecto a lo hechos alegados en la demanda, señala que no es ocupante precario, puesto que ha probado que ostenta desde hace muchos años la posesión del predio, lo que motiva que su derecho posesorio y de propiedad no se pueda ventilar en la presente acción judicial, por lo que requiere de una vía más lata para discutir el derecho posesorio y de propiedad del predio que le pertenece. iii) Por resolución número ocho, de fecha quince de setiembre del dos mil ocho, se declaró fundada la demanda de desalojo, exponiendo como principales argumentos que: a) con las copias de dominio de fojas uno a tres, el demandante ha cumplido con acreditar ser el propietario del inmueble sublitis; b) el emplazado no ha presentado ningún documento que advierta relación contractual con el actor respecto del predio sublitis, tampoco ha presentado otro título que justifique su posesión, habiéndose limitado a cuestionar la adquisición de la propiedad del demandante; c) respecto al certificado de posesión que adjunta el demandado, es de precisar que el ser poseedor de un bien, no implica necesariamente tener derecho a poseerlo. iv) Que al ser apelado la sentencia antes mencionada, el Colegiado Superior mediante Resolución de fecha nueve de diciembre del dos mil ocho, resolvió confirmar la sentencia, exponiendo como principales argumentos que: a) el demandado no cuenta con título alguno que justifique su posesión, por lo que su posesión deviene en precaria; b) no existe siquiera título inválido que justifique su posesión, simplemente no existe título de posesión, razón por la que la desocupación del inmueble se hace necesaria; c) no debe equipararse la posesión ilegítima con la posesión precaria, en la primera existe un título pero adolece de un defecto de forma o de fondo, mientras que en la segunda no existe, y, que en el caso de autos, si bien el demandado cuenta con una certificación de posesión que obra a fojas cuarenta y seis, el mismo no constituye en propietario, menos se podría hablar de poseedor ilegítimo,

pues no cuenta con título inválido. **Sexto.**- Respecto a lo alegado en el ítem a), se aprecia de fojas ciento siete, que mediante resolución número diez, de fecha veintisiete de octubre del dos mil ocho, la Primera Sala Superior Mixta de Chíncha, señaló fecha para la diligencia de vista de la causa, programada para el día diecinueve de noviembre del dos mil ocho, sin embargo se omitió precisar la hora. No obstante ello, dicha resolución le fue notificada al recurrente, el veintinueve de octubre del dos mil ocho, teniendo el plazo suficiente para cuestionarla, y/o poner en conocimiento del Colegiado esta omisión, lo que no ha ocurrido en el presente caso. Asimismo, se advierte que el recurrente no solicitó informe oral, por tanto no se evidencia de qué manera tal omisión haya afectado flagrantemente el derecho al debido proceso del recurrente, resultando de aplicación el Principio de Subsunción, prescrito en el cuarto párrafo del artículo 172 del Código Procesal Civil, que señala: "No hay nulidad si la subsunción del vicio no ha de influir en el sentido de la resolución o en las consecuencias del acto procesar. A todo ello, cabe agregar que el recurrente tampoco acredita de qué forma lo perjudica el acto procesal viciado ni la defensa que no pudo realizar como consecuencia directa del acto procesal cuestionado, incumpliendo igualmente el presupuesto contenido en el artículo 174 del Código Procesal Civil para hacer viable su pedido de nulidad. **Sétimo.**- Respecto a lo alegado en el ítem b), se advierte que el demandante no ha absuelto el traslado de las excepciones, no habiendo ofrecido medios probatorios al respecto, por tanto, no sería pertinente que adjunte arancel judicial. **Octavo.**- Habiéndose desvirtuados los cargos por contravención a las normas que garantizan el derecho al debido proceso, corresponde absolver los cargos por *error in iudicando*. **Noveno.**- Existe interpretación errónea de una norma de derecho material cuando concurren los siguientes supuestos: a) el Juez establece determinados hechos, a través de una valoración conjunta y razonada de las pruebas aportadas al proceso; b) que estos, así establecidos, guardan relación de identidad con los supuestos fácticos de una norma jurídica determinada; c) que elegida esta norma como pertinente (solo ella o en concurrencia con otras) para resolver el caso concreto, la interpreta (y aplica); d) que en la actividad hermenéutica, el Juzgador, utilizando los métodos de interpretación, yerra al establecer el

alcance y sentido de aquella norma, es decir, incurrir en error al establecer la verdadera voluntad objetiva de la norma, con lo cual resuelve el conflicto de intereses de manera contraria a los valores y fines del derecho y, particularmente, vulnerando el valor superior del ordenamiento jurídico, como es el de la justicia. **Décimo.**- artículo 911 del Código Civil, establece que la posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido. La norma acotada exige que se prueben dos condiciones copulativas: que la parte demandante sea la titular del bien cuya desocupación pretende, y que la parte emplazada ocupe el mismo sin título o cuando el que tenía ha fenecido. El "título" a que se refiere la segunda condición copulativa es el que emana de un acto jurídico por el que se otorga al poseedor la propiedad, arrendamiento, usufructo, uso, comodato, superficie, anticresis, entre otros, del bien que detenta, por lo que reiteradas ejecutorias la Corte Suprema de Justicia han establecido que la posesión precaria es la que se ejerce de facto, sin contar con título que justifique la posesión, entendiéndose como tal a la ausencia absoluta de cualquier circunstancia que permita advertir la legitimidad de la posesión que detenta el ocupante. **Décimo Primero.**- Que, de la exposición de los hechos tácticos verificados por las instancias de mérito, así como de lo expuesto por esta sede casatoria, es claro advertir, que el demandado no ha cumplido con acreditar que la posesión que detenta del bien sublitis se sustente en algún título que lo justifique. **Décimo Segundo.**- Que el Certificado de posesión número 374-2007-DS/A expedido por la Municipalidad Distrital de Sunampe - Chincha que adjunta, no genera vínculo jurídico entre el recurrente y el demandante, que pueda justificar de alguna manera la

posesión del inmueble, más aún, si adjunta copia simple, y del mismo se desprende que "no constituye reconocimiento alguno que afecte el derecho de su propiedad de su titular"; por tanto, al no haberse acreditado, de manera fehaciente, título alguno que justifique la posesión, el artículo 911 del Código Civil, ha sido correctamente interpretado por las instancias de mérito, por lo que este extremo del recurso tampoco resulta atendible. **Décimo Tercero.**- Que, siendo así, al no configurarse las causales materiales denunciadas, el recurso debe ser desestimado, y proceder conforme a lo dispuesto en el artículo 397 del Código Procesal Civil. **4. DECISIÓN:** Por estas consideraciones. Declararon: a) **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Máximo Marcelo Herrera Real, obrante a fojas ciento veintitrés; en consecuencia, **NO CASAR** la sentencia de vista de fojas ciento catorce, su fecha nueve de diciembre del dos mil ocho, emitida por la Primera Sala Mixta Descentralizada de Chincha de la Corte Superior de Justicia de Ica. b) **CONDENARON** a la parte recurrente al pago de las costas y costos originados por la tramitación del presente recurso, así como al pago de la multa de dos Unidades de Referencia Procesal. c) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*; bajo responsabilidad; en los seguidos por Pedro Carlos Quispe Sifuentes contra Máximo Marcelo Herrera Real, sobre desalojo por ocupación precaria; intervino como Juez ponente el señor Idrogo Delgado; y los devolvieron.- **SS. TÁVARA CÓRDOVA, PALOMINO GARCÍA, CASTAÑEDA SERRANO, SALAS VILLALOBOS, IDROGO DELGADO**

(*El Peruano*, 30/06/2010, pp. 27890-27892).



I. LOS HECHOS DE LA SENTENCIA

Una persona interpone demanda de desalojo por ocupación precaria, alegando ser propietario registral del inmueble cuya restitución exige. Señala, además, que cedió el inmueble temporalmente al demandado para que la cuide por unos meses; sin embargo, una vez solicitada su devolución, el demandado se negó. Por su parte, este último alega ser poseedor del inmueble desde hace muchos años, para lo cual presenta un certificado de posesión expedido por la Municipalidad Distrital de Sunampe - Chincha, y otros documentos que le reconocerían la calidad de poseedor desde hace más de 20 años.

Tanto en primera como en segunda instancia se declara fundada la demanda, y luego de interpuesto el recurso de casación, alegándose interpretación errónea del artículo 911 del Código Civil (en adelante CC), la Corte Suprema falla declarando improcedente el recurso, por cuanto "(...) el demandado no ha cumplido con acreditar que la posesión que detenta del bien sub litis se sustente en algún título que lo justifique" (considerando décimo primero) por cuanto "(...) el Certificado de posesión número 374-2007-DS/A expedido por la Municipalidad Distrital de Sunampe - Chincha que adjunta el demandado, no genera vínculo jurídico entre el recurrente y el demandante, que pueda justificar de alguna manera la posesión del inmueble" (considerando décimo segundo).

Antes de analizar los argumentos vertidos por la Corte Suprema, resulta oportuno esbozar algunas breves consideraciones sobre la

posesión, para después entrar de lleno al siempre espinoso y debatido tema de la posesión precaria.

II. LA POSESIÓN: ¿HECHO O DERECHO?

Para nuestro legislador de 1984, la posesión es un derecho. Véase el Título I de la Sección Tercera del Libro de Derechos Reales del Código Civil peruano: encima del artículo 896 que define la posesión, aparecen las palabras "Derechos Reales Principales".

Vayamos por partes: ¿la posesión de un bien genera efectos jurídicos? Por supuesto: piénsese en la prescripción adquisitiva, la defensa posesoria, el reembolso de las mejoras e incluso, en cierto sentido, la preferencia en la concurrencia de acreedores sobre bien mueble - la denominada adquisición *a non domino*¹.

Ahora, ¿el hecho de que algo genere efectos jurídicos, permite conceptualizar a ese algo como un "derecho"? Por supuesto que no. Un deslizamiento de tierra tiene efectos jurídicos, nacer tiene efectos jurídicos, el paso del tiempo genera efectos jurídicos y ninguna de estas circunstancias es un "derecho".

Detengámonos en este punto: ¿qué cosa es un derecho? Al margen de la innumerable cantidad de destacados autores que se encomendaron a la fatigosa labor de definir al "derecho subjetivo"², nos quedamos con aquella posición según la cual un derecho es una situación jurídica de ventaja activa, cuyo contenido se traduce en una *facultas agendi*, esto es, en una facultad de obrar concedida al sujeto para que

1 Sobre el particular se puede ver: MENGONI, Luigi. "Profili dogmatici dell'acquisto a non domino". En: *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*. Prima Parte, 1949, p. 479.

2 Al respecto recomendamos: NATOLI, Ugo. *Il Diritto soggettivo*. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1943; DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*. Traducción de Francisco Javier Osset. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955; ESCOBAR ROZAS, Freddy. *La estructura de la obligación. Tesis para optar el título de abogado*. PUCP, Lima, 1997.

pueda re
de esta fi
necesida

Algo tot
es el der
finido d
como cu
mano, a
rídico liq
tivo, mo
relacion

Utilizan
ba, un
efectos
los terre
recho su
finición
de con
el paso
generam

Por el c
nera efe
propian
cuenta
to del c
jurídico
nos, tai
un nex
cia jurí
cias ju
de situ
ten en

3 Téng
su w
NIC
Adv
GAZ
4 BRE
de F
Cons
Lima
5 GAL
Blan
6 Con
situa
que
en lo
7 KEL
nom

pueda realizar un interés propio, consiguiendo de esta forma una utilidad capaz de eliminar la necesidad³ que lo aqueja⁴.

Algo totalmente distinto al derecho subjetivo es el denominado hecho jurídico, que es definido de forma mayoritaria por la doctrina como cualquier acontecimiento, natural o humano, a cuya verificación el ordenamiento jurídico liga cualquier efecto jurídico, constitutivo, modificativo o extintivo de situaciones y relaciones jurídicas⁵.

Utilizando los ejemplos planteados líneas arriba, un deslizamiento de tierra, si bien tiene efectos jurídicos en la esfera de los dueños de los terrenos modificados, no constituye un derecho subjetivo sino, más bien, entra en la definición de un hecho jurídico. Lo mismo sucede con el nacimiento de un ser humano y con el paso del tiempo: son hechos jurídicos que generan derechos subjetivos⁶.

Por el contrario, un derecho subjetivo no genera efectos jurídicos. Un derecho subjetivo es propiamente un efecto jurídico. Tengamos en cuenta que una norma jurídica es un mandato del ordenamiento compuesto por un hecho jurídico hipotético (*fattispecie* para los italianos, *tatbestand* para los alemanes), unido por un nexo lógico-jurídico con una consecuencia jurídica o efecto jurídico⁷. Las consecuencias jurídicas de las normas son la diversidad de situaciones y relaciones jurídicas que existen en el ordenamiento (derechos, deberes,

obligaciones, etc.). En suma, la relación entre una norma jurídica y un derecho subjetivo es que el derecho subjetivo es la consecuencia jurídica que atribuye una norma jurídica a la ocurrencia de determinado supuesto de hecho en la realidad, hecho fáctico que al haber sido recogido dentro del supuesto de hecho de una norma pasa a tener relevancia jurídica y por ende se trata de un hecho jurídico. Esto quiere decir que los derechos subjetivos son la consecuencia de determinados hechos jurídicos. La relación entre ambos es de causa a efecto.

En tal sentido, las consecuencias jurídicas son situaciones jurídicas (derechos, deberes, cargas, legítimo interés, etc.), mientras que los supuestos de hecho son siempre hechos jurídicos, es decir, hechos fácticos reconocidos como relevantes por el sistema jurídico. Por tanto, un derecho subjetivo no podrá ser un hecho jurídico, pues algo no puede ser causa y efecto al mismo tiempo. De igual forma, un derecho subjetivo no implica el acaecimiento de un suceso en la realidad —a diferencia del hecho jurídico— sino más bien tiene solo existencia en la abstracción del ordenamiento jurídico; mientras que los hechos jurídicos sí encuentran como sustento, hechos o datos de la realidad.

Aplicando estos conceptos a la posesión, ¿estamos frente a un hecho jurídico o un derecho? La posesión —ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad o, si se

- 3 Téngase en cuenta que las situaciones jurídicas subjetivas son el resultado de la calificación jurídica de un interés, el cual a su vez es definido como la tensión existente entre el sujeto que experimenta una necesidad y un bien capaz de satisfacerla: NICOLÓ, Rosario. "Las situaciones jurídicas subjetivas". Traducción del italiano efectuada por Carlos ZAMUDIO ESPINAL. En: *Advocatus*. Revista editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, N° 12, Lima, 2005, p. 106; GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*. VII edizione aggiornata. Edizioni Scientifiche Italiane. Napoli, 1998, p. 56.
- 4 BRECCIA, BIGLIAZZI, NATOLI Y BUSNELLI. *Derecho Civil*. Tomo I, Volumen 1, Normas, Sujetos y Relación Jurídica. Traducción de Fernando Hinestroza. Universidad Externado de Colombia, 1992, p. 378; ESCOBAR ROZAS, Freddy. "El derecho subjetivo. Consideraciones en torno a su esencia y estructura". En: *Teoría General del Derecho Civil*. 5 ensayos. 1ª edición, Ara Editores, Lima, 2002, pp. 125-170.
- 5 GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Traducción de Francisco Blasco Gascó y Lorenzo Prats Alentosa. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pp. 21 y 22.
- 6 Con esto no pretendemos decir que los hechos jurídicos solo producen derechos subjetivos. Existe toda una clasificación de las situaciones jurídicas subjetivas, y en un pequeño tópico de tal clasificación encontramos a los derechos subjetivos. Esto significa que los hechos jurídicos son generadores de una diversidad de situaciones jurídicas subjetivas que de ninguna manera se agotan en los derechos subjetivos.
- 7 KELSEN, Hans. "La estructura lógica de la norma hipotética. La relación de condición y consecuencia". En: *Teoría General de las normas*. Editorial Trillas, México, 2003, pp. 260 y 261.

quiere, el “actuar como propietario” – es claramente un hecho jurídico. Los comportamientos de usar un vehículo o actuar como propietario de un predio son ambos sucesos que se producen en la realidad. Diferentes son los derechos que se originan en ese hecho que pueden ser el derecho a usucapir, al reembolso de mejoras, a la defensa posesoria, etc. Todos estos derechos tienen una existencia abstracta que no depende de su ejercicio fáctico. Por ejemplo, el propietario puede no usar el bien y sigue siendo propietario; el usufructuario puede no disfrutar el bien por un tiempo y no deja de ser usufructuario; el que tiene derecho a la defensa posesoria puede no ejercer ese derecho y eso no significa que no tuvo el derecho. En cambio, la posesión es, por definición, una situación fáctica, un ejercicio de hecho, una actuación como propietario.

Téngase en cuenta además que la posesión solamente se refiere al ejercicio del derecho, mas no al derecho subjetivo que subyace. La posesión es la puesta en práctica del derecho de propiedad, del derecho de usufructo, etc., pero el título o justificación del comportamiento es un derecho de propiedad, de usufructo, etc.⁸.

En consecuencia, la posesión se configura como un hecho jurídico, que a su vez constituye el contenido de los derechos reales.

III. LA POSESIÓN PRECARIA EN ROMA: EL ORIGEN

La posesión ilegítima y la posesión precaria constituyen temas controvertidos en el derecho civil peruano. La controversia es el resultado de la existencia, en el foro, de diversos conceptos respecto de esta variedad en la forma de poseer bienes, expresamente regulada en nuestra norma sustantiva civil. Dicha controversia sale a la luz cuando, frente a determinados casos presentados en sede judicial o fuera de ella, se formulan una serie de interrogantes cuyas respuestas muchas veces varían dependiendo del punto de vista de quien las formula.

En los últimos años la doctrina nacional no ha logrado ponerse de acuerdo sobre lo que debe entenderse por posesión precaria⁹, la relación que guarda con la posesión ilegítima y la forma como debe ser interpretada, e incluso integrada, la norma jurídica contenida en el artículo 911 del CC.

Límites de espacio nos impiden entrar de lleno al análisis de la figura así como a la reflexión respecto de cada una de las posiciones sustentadas en sede nacional; sin embargo, algunas consideraciones sí resultan imprescindibles.

El término precario deriva de la palabra “preces” que quiere decir ruego. En su origen constituyó la única forma de participar en la propiedad ajena¹⁰ y se caracterizó por las siguientes notas:

- 8 Es más, “(...) tanto es un hecho la posesión que una de sus clasificaciones es la de “posesión legítima” y “posesión ilegítima”, puesto que un hecho puede ser ilegítimo, mientras que un derecho no. Nunca podríamos señalar un “propietario ilegítimo” o un “titular ilegítimo del derecho a la salud”, ya que la situación jurídica de ventaja es consecuencia del reconocimiento del ordenamiento de la preponderancia de su interés”: FERNÁNDEZ SALAS, José Carlos. “¿Derecho real de posesión?”. En: <<http://www.enfoquederecho.com/derecho-real-de-posesion>>.
- 9 Al respecto se puede revisar: TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. “Posesión precaria”. En: *Revista Jurídica del Perú*. Año 55, N° 62, 2005; MEJORADA CHAUCA, Martín. “Precario y ¡qué!”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 151, Junio 2006; LAMA MORE, Héctor. “¿Es Precario quien posee un bien con título manifiestamente nulo?”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Gaceta Jurídica, Año 7, Número 34, julio, 2001; LAMA MORE, Héctor. “La posesión precaria y la posesión ilegítima”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 7, N° 28, enero, 2001; GONZALES BARRÓN, Günther. *Derechos Reales*. 1ª edición, Jurista Editores, Lima, 2005; AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. “La posesión ilegítima o precaria”. En: *Themis-Revista de Derecho*. Publicación editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 4, 1986; SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA, Manuel. “El Ocupante Precario. Doctrina y Jurisprudencia Casatoria”. 1ª edición, Ediciones Legales, Lima, 2003; GONZALES BARRÓN, Günther. “Nuevamente sobre el precario (réplica a un reciente artículo)”. En: *Revista de Derecho Foro Jurídico*. N° 7, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007, pp. 70-81.
- 10 El término precario, que deriva del latín *preces*, que significa ruego, fue la forma de participación en la propiedad ajena. En Roma, precario era aquel que posee una cosa solicitada, por ruego a su dueño, quien lo concedía por benevolencia y podía recuperarla en cualquier momento, porque la posesión precaria no originaba ningún derecho” SIMORRA OLLET, Montserrat. “El precario: la complejidad de una institución aparentemente simple”. En: *Revista Jurídica del Perú*. Volumen 52, N° 32, 2002, p. 79.

- a) concesión del uso de cierta cosa;
- b) que se hiciese mediante ruegos (preces); y
- c) sin fijación de plazo, por el tiempo que estimase oportuno el cedente¹¹.

En efecto, “el *pater familias* (patrono) entregaba porciones de tierra en *precarium* no solo a los plebeyos sino también a los siervos manumitidos y a otros extranjeros sometidos o acogidos voluntariamente por una *gens*. Cuando el patrono perdió su jurisdicción sobre su *gens*, el pretor le confirió el interdicto de precario para obtener la restitución del bien. El precario solamente podía ser desalojado por su patrono. Para que el precario defiende su posesión frente a terceros, el pretor le confirió los interdictos de retener y recobrar”¹².

Con razón se ha dicho que “en el Derecho Romano el *precarium* era un contrato innominado por el cual una persona, el concedente, cedía a otra la posesión y disfrute temporal y gratuito de una cosa, con la obligación de devolverla en el momento en que lo solicite el concedente. Este cedente tenía el derecho de revocarla a su voluntad”¹³.

Cuando esta facultad de revocar su voluntad se manifestaba, obligaba al poseedor precario a devolver el bien dado en uso gratuitamente. Se podría decir que el título de liberalidad fenecía, y en caso el precario se negara a

devolverlo, dejaba de ser un poseedor precario caracterizado por su legitimidad, y devenía en un poseedor ilegítimo, pues al haberse revocado la voluntad del cedente, su título de gratuidad fenecía automáticamente, y se convertía en un usurpador¹⁴.

De esta forma la posesión precaria nace en Roma como una posesión legítima, la cual se constituía luego que una persona mediante ruegos, le pedía al propietario de un bien la concesión para su uso sin fijación de plazo, por el tiempo que estimase oportuno el cedente, quien a su vez otorgaba el uso del bien por una cuestión de liberalidad o cortesía, sin una contraprestación pecuniaria¹⁵; es decir, **el precario era aquel poseedor legítimo que poseía el bien en virtud de un título; el título de liberalidad o permiso para poseer que el cedente otorgaba, el cual era temporal, pues se extinguía cuando el cedente solicitaba al precario la restitución de la posesión del bien cedido**¹⁶.

Esta forma de entender al precario fue asimilada en la Edad Media para el Sistema Feudal. Es así como “el *pater familias* tenía el señoría de las tierras por concesión de la corona. Aquel entregaba parcelas a campesinos por un tiempo determinado. Por lo que se convertían en sus vasallos. En algún momento se quiso fijar plazo al aprovechamiento de las tierras y entonces se utilizó el término de precario¹⁷.

11 SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA, Manuel. *El Ocupante Precario. Doctrina y Jurisprudencia Casatoria*. Ediciones Legales, 1ª edición, Lima, 2003, pp. 54 y 55.

12 TORRES VÁSQUEZ, Anibal. “¿En qué consiste la posesión precaria?”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 137, abril, 2005, p. 50.

13 ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*. Volumen I, Editorial Bosch, 8ª edición, Barcelona, 1994.

14 Es por esto que en estos casos, el pretor le concedió un interdicto para recuperar la posesión que había conferido por mera tolerancia. Posteriormente, en la época del Derecho Justiniano, además del interdicto, se le otorgó la *actio praescriptio verbis* para recuperar el bien de manos del antiguo precario que había devenido en usurpador.

15 Esta es la función que cumplió la posesión precaria en Roma: ser una forma de explotación de las tierras que le sobraban al *pater familias*, por medio del trabajo de terceros, así como la función de integración que cumplió este tipo de posesión, pues los extranjeros recién llegados al imperio romano, que no tenían hogar ni modo de sobrevivir, encontraban en la posesión precaria un escape a sus problemas, pues no poseían gratuitamente un bien, no pagaban merced y su única función era colaborar con el *pater familias*.

16 De inmediato, se advierte que la categoría romana del precario no tiene relación con la definición del poseedor precario contenida en el artículo 911 del Código Civil, ya que la posesión precaria de nuestro ordenamiento civil define a un poseedor sin derecho sobre el bien, lo cual se evidencia en la ausencia de título o el fenecimiento existente. Pero sobre este punto volveremos más adelante.

17 El *precarium* tuvo como requisito fundamental la voluntad del propietario (*precario dans*) de conceder y mantener en la tenencia de la tierra a determinada persona por el tiempo que duraba su voluntad. Era al mismo tiempo una liberalidad, pues el patrono acogía al plebeyo, quien pasaba a ser su cliente y por tanto su protegido y su vasallo (SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA. Ob. cit., p. 55) SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA, Manuel. Ob. cit., p. 63.

Así mismo, en el Derecho germano la posesión precaria si bien deja de ser a título gracioso o gratuito, no pierde su carácter de legítima. "En el Derecho germano, como consecuencia de la falta de mano de obra, los señores feudales entregaron tierras a los campesinos libres con la obligación de pagar un canon o anata, más las condiciones fijadas por el señor feudal a su arbitrio. A esta relación se le denominó precaria"¹⁸.

Una vez finalizada la Edad Media, encontramos la figura del precario regulada en el Código Francés de 1804 el cual sustrajo el carácter de posesión a la figura del precario, y la concibió como una mera detentación o tenencia: "El Código Napoleónico, se refiere a la llamada posesión precaria como una posesión no verdadera, considerada como una simple detentación. Así pues, la precariedad más que un vicio de la posesión, es la negación misma de la posesión. Tan es así, que le niega la posibilidad de adquirir la propiedad por prescripción adquisitiva"¹⁹.

IV. "EL PRECARIO ROMANO" EN EL PERÚ: ¿CUÁNDO LO PERDIMOS?

Nuestro país no fue ajeno a esta evolución de la posesión precaria y su regulación en los distintos sistemas jurídicos. Si bien los Códigos Civiles de 1852 y de 1936 no dieron una definición de ocupante precario, el derogado Código de Procedimientos Civiles de 1911 hizo mención al ocupante precario en su artículo

970, el cual concedió acción de desahucio para recuperar bienes inmuebles que usa otra persona de modo precario y sin pagar pensión²⁰.

De alguna manera este artículo iba de la mano con la concepción romana del precario, en cuanto al señalar como precario a aquel que no paga pensión, ponía énfasis en la gratuidad de la posesión: precario, según las fuentes romanas, es aquel que posee un bien de forma gratuita, sin pagar pensión; sin embargo, no paga pensión no porque se le antoja, sino porque quien le cedió la posesión del bien lo hizo a título gratuito, sin esperar merced a cambio²¹.

Sin embargo, se desnaturaliza la concepción del precario romano cuando se pretende catalogar de "precario" a todo aquel que posee un bien sin pagar renta alguna y sin importar el motivo por el cual no paga. En efecto, cuando se dice de forma general que aquel que no paga pensión es precario, se va en contra de la concepción del precario romano: habría que especificar cuál es el motivo por el que no paga pensión. Si no paga pensión porque hay el permiso del cedente, entonces aún se está acorde con el "precario romano". Poseerá mediante un título gracioso o gratuito por permiso del cedente. En cambio, si el poseedor no paga pensión contra la voluntad del cedente quien exige un pago a cambio y aún así se le cataloga como precario —por ejemplo el caso del usurpador— entonces tal calificación ya atenta contra la forma como fue entendida la posesión precaria en Roma²², por cuanto en ella

18 TORRES VÁSQUEZ, Anibal. Ob. cit., p. 50.

19 JOSSEERAND, Louis. *Derecho Civil*. Tomo I, Volumen III, Buenos Aires, 1950, p. 73.

20 El antecedente de este dispositivo es el inciso 3 del artículo 1565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1877 que establece que la demanda de desahucio podrá dirigirse "contra cualquier otra persona que disfrute o tenga en precario la finca, sea rústica o urbana, sin pagar merced siempre que fuera requerida con un mes de anticipación para que la desocupe.

21 La jurisprudencia de la época, conforme al artículo 970 del Código de Procedimientos Civiles, concebía al precario como aquel que posee por un título de liberalidad o gratuidad. Así podemos citar algunas resoluciones al respecto: "El que ocupa el bien por **concesión graciosa del dueño es ocupante precario**. Procede el desahucio". "El concepto de uso precario a que se refiere la segunda parte del artículo 970 del C. de P.C. es de **ocupante sin título alguno, con el asentimiento tácito del dueño, sin pagar merced conductiva**". "No es ocupante precario la concubina del inquilino que ocupó la casa conjuntamente con el inquilino **y a sabiendas del propietario**" (el énfasis es nuestro): GUZMÁN FERRER, Fernando. *Código de Procedimientos Civiles*. Tomo II, Lima, 1961, p. 320.

22 En la jurisprudencia de la época también encontramos pronunciamientos en este sentido: conforme al artículo 970 del Código de Procedimientos Civiles, "Procede el desahucio por ocupación precaria de un fundo rústico si se prueba que **los demandados no tiene contrato celebrado con el propietario ni abonar merced conductiva**"; "Es ocupante precario, el condómino del inmueble vendido, **que lo ocupa sin pagar merced conductiva**" (el énfasis es agregado): GUZMÁN FERRER, Fernando. *Código de Procedimientos Civiles*. Ob. cit., p. 321. Como se puede ver, en estas citas no se hace mención alguna a la concesión voluntaria

la posesión precaria era una posesión legítima, mientras que en el caso planteado claramente se estaría frente a una posesión ilegítima²³.

Siguiendo adelante con el desarrollo histórico del precario en el Perú, a efectos de determinar en qué momento se flexibilizó la figura del precario para englobar también a los poseedores ilegítimos, dejando atrás el concepto romano de precario, es necesario recurrir a un marco legal referencial para la interpretación histórica.

Para ello hay que partir de la Ley N° 8765, promulgada en 1938, la cual determinó que los procesos de desahucio de casa habitación solo procedieran por falta de pago de la renta convenida y el proceso se cortaba, en cualquier estado, si el inquilino pagaba la renta adeudada, lo que jurisprudencialmente se hizo extensivo hasta para locales de uso comercial. Esta ley se motivó en la escasez de viviendas de alquiler en ese entonces.

Estando vigente la Ley N° 8765 se expidió la Ley N° 10222 del año 1945 que prohibió el incremento de la merced conductiva en los contratos de arrendamiento por decisión unilateral del arrendador y suspendió la tramitación de los procesos de desahucio y de aviso de despedida de casas habitación, distintos a los de falta de pago²⁴.

Posteriormente, el Decreto Ley 10895 señaló tres excepciones para demandar la desocupación de un bien arrendado, concediendo el aviso de despedida:

- a) Por tratarse de casa única y necesitarla para ocuparla como vivienda. Para ubicarse en esta causal algunos efectuaron anticipos de

herencia, a fin de que sus hijos convertidos en propietarios de una única vivienda pudieran cursar el aviso de despedida. También se hicieron ventas simuladas con el mismo propósito.

- b) Para reemplazar la fábrica por una de mayor número de viviendas, lo que requería seguir un procedimiento previo ante las autoridades de vivienda, la obligación de demoler la construcción, total o parcialmente y ejecutar la obra autorizada. Si luego el propietario no ejecutaba el proyecto, recibía una fuerte sanción económica.
- c) Por urgentes reparaciones.

Esas leyes de excepción rigieron por muchos años y durante el Gobierno de las Fuerzas Armadas se llegó a conceder derecho de retracto al inquilino en caso de venta del bien arrendado.

Como consecuencia de esta legislación, quien entregaba un inmueble urbano en arrendamiento, prácticamente limitaba su derecho de propiedad en forma permanente, pues no podía recuperar su posesión aun cuando se venciera el plazo estipulado, a lo que se agregó la congelación del monto de los alquileres, que por efectos del proceso inflacionario de la moneda devinieron en sumas ínfimas.

“En ese contexto la acción de desalojo por ocupación precaria se utilizó como una alternativa para recuperar la posesión de un inmueble y en muchos casos para poner fin al abuso de los arrendatarios, quienes se perpetuaban en los contratos de arrendamiento de duración indeterminada y renta congelada, que incluso llegaban al extremo de traspasar la vivienda

y gratuita que otorga el propietario, sino simplemente al hecho de que el poseedor posee sin efectuar contraprestación alguna, pudiéndose englobar así bajo la figura del precario a los usurpadores, por ejemplo.

23 Podríamos decir entonces que con la dación del Código de Procedimientos Civiles se da inicio a una desnaturalización del precario romano. Se hacía referencia aún a la gratuidad, pero no se especificaba que la misma se daba con el asentimiento del propietario ni que entre ellos debía existir una relación de poseedor inmediato - poseedor mediato.

24 “Estas dos leyes buscaban proteger a los inquilinos de los incrementos desmesurados de la merced conductiva o renta, pero producto de la escasez de viviendas, generó un efecto contraproducente, pues desalentó la construcción de viviendas para alquiler. A ese entonces, se consideraba como una buena inversión la construcción de viviendas para alquiler”. (SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA. Ob. cit., p. 80).

locada a terceros, lo que determinó la ampliación por la jurisprudencia del concepto inicial de precario para comprender también a quienes ocupaban una vivienda arrendada sin ser los inquilinos, y a todo poseedor que no tuviera justificación legal, como ya había sucedido en la jurisprudencia española²⁵.

A partir de la Ley N° 22492, del 11 de abril de 1979, se excluyó del régimen de excepción a los predios urbanos destinados a casa habitación que se construyeran a partir de esa fecha, como una manera de incentivar la construcción de viviendas de alquiler, por entonces inexistente en razón de las leyes mencionadas, que eran perjudiciales para los arrendadores.

La Ley N° 8765, que prohibía los desalojos, fue derogada por el Decreto Legislativo N° 709, Ley de Promoción a la Inversión

Privada en Predios para Arrendamiento, del 5 de noviembre de 1991²⁶.

Como consecuencia de toda esta evolución legislativa, el concepto de precario fue ampliado para comprender no solo la detentación por la tolerancia (tal como era entendida en Roma), sino a todos aquellos casos en los que el demandado no se apoyaba en algún título y su posesión presentaba caracteres de abusiva.

Es decir, se dejó de concebir al poseedor precario como aquel poseedor inmediato que conserva el bien por la tolerancia de su concedente (poseedor mediato), y pasó a ser visto como cualquier poseedor que no tuviera justificación legal para permanecer en posesión del bien²⁷. Esta evolución conllevó a que nuestro actual código civil defina a la posesión precaria como aquella que se ejerce sin título o cuando el que se tenía ya feneció.

25 SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA. Ob. cit., p. 81.

26 Este Decreto Legislativo no solo derogó a la Ley N° 8765, sino también al Decreto Ley N° 21938, el cual establecía, en lo concerniente a la acción de desahucio, que: "La acción de desahucio procederá: a) Si el inquilino: - Adeuda dos meses, quince días de alquiler; - Efectúa modificaciones en el predio o cambia el uso de casa-habitación, sin consentimiento expreso del propietario; - Realiza o permite en el predio actos perjudiciales al orden público, la moral y las buenas costumbres; - Sub alquila total o parcialmente el predio, salvo la excepción establecida en el artículo 7; - No desocupa el predio al vencimiento del plazo de duración del contrato, cuando se ha estipulado plazo fijo conforme a los artículos 6 y 7; y, b) Si el predio es ocupado por otra persona de modo precario. Artículo 15.- La acción de aviso de despedida procederá: a) Cuando el propietario de casa-habitación única requiera obtener la desocupación para habitarla; b) Cuando el propietario de dos o más casas-habitación necesite algunas de las que tenga para habitarla, siempre que dicho propietario viva en casa alquilada, no pudiendo ejercer la acción contra otro inquilino, que tenga para habitarla, siempre que dicho propietario viva en casa alquilada, no pudiendo ejercer la acción contra otro inquilino, que tenga para habitarla, siempre que acredite los requerimientos de mayor habitación; d) Para demoler totalmente o parcialmente el predio alquilado para habitarla, siempre que acredite los requerimientos de mayor habitación y densidad señaladas en los planes de desarrollo urbano, previa indemnización a los inquilinos, en el monto que señale el Reglamento; e) Para demoler totalmente el predio por entranñar peligro para la vida y salud de las personas, previa verificación del Concejo Provincial; y, f) Para reparar el predio con la finalidad de evitar su ruina, previa verificación por el Concejo Provincial que deberá también establecer fehacientemente que es necesario desocupar el predio. Artículo 16.- Las acciones de desahucio y de aviso de despedida se sujetarán, con las modificaciones contenidas en el presente Decreto Ley, a las normas establecidas para estos juicios en el Código de Procedimientos Civiles, Ley Orgánica del Poder Judicial y Ley N° 8765. Artículo 17.- Los juicios de desahucio por falta de pago de alquileres podrán cortarse en el estado en que se encuentren antes de producirse la desocupación o lanzamiento, si el inquilino abona directamente o mediante consignación el íntegro de los alquileres devengados, más una suma prudencial por costas. En los casos de contratos a plazo fijo, la acción de desahucio por vencimiento del plazo deberá interponerse dentro de los dos meses siguientes de fenecido este. En su defecto, el contrato se convertirá en uno de duración indeterminada. (<http://www.pj.gob.pe/servicios/detalle_pf.asp?Cod_Consultas=039528>).

27 En efecto, conforme a la actual definición de posesión precaria que contiene el artículo 911 del CC, resulta difícil identificar la relación jurídica de poseedor inmediato - poseedor mediato, que existiría entre el precario y el concedente (tal cual era concebida en Roma) por cuanto para que exista tal relación debe haber un título. Sin embargo, el mismo artículo 911 se ocupa de señalar que el precario posee SIN TÍTULO. ¿De qué relación entre poseedor mediato e inmediato podemos hablar si es que el presu- puesto para que tal relación exista -el título- se encuentra expresamente negada por la norma? Tal vez luego de una adecuada ponderación de argumentos sea pertinente retomar la idea del precario tal cual fue concebida en Roma, pero esto implica ya un análisis de *lege ferenda*. Desde una óptica de *lege lata*, el sentido de la norma es claro: es precario tanto el usurpador (posee sin título) como aquel que se encontraba poseyendo el bien por mera tolerancia del propietario -imaginemos el caso de un contrato de comodato- pero luego de exigida la restitución, se niega a efectuarla. La norma es clara. Seguramente es perfectible, como toda obra humana, pero su sentido es claro. Todo intento doctrinario que pretenda mejorarla, es loable, pero tales intentos se plasmarán vía reforma legislativa, proponiendo cómo debería ser la norma (*lege ferenda*) y no elaborando interpretaciones que terminen por desnaturalizarla.

V. LA POSESIÓN PRECARIA EN LA ACTUALIDAD: LAS OSCILACIONES DE LA CORTE SUPREMA²⁸

La doctrina imperante en nuestro medio concibe a este tipo de posesión como una posesión ilegítima²⁹. Otros van más allá y la definen no solo como una posesión ilegítima, sino también de mala fe³⁰. También está quien encuentra la diferencia entre la posesión precaria y la posesión ilegítima basándose en que en la primera se posee sin tener título alguno, mientras en la segunda se posee en virtud de un título³¹. De igual forma encontramos a quienes interpretan el artículo 911 en clave romanista, concibiendo al poseedor precario tal cual como era visto en Roma: poseedor que recibe temporalmente la cosa a fin de restituirla a su concedente, existiendo entre ambos una relación que puede ser jurídica o social, pero existiendo en cualquiera de los casos, entrega voluntaria del concedente y deber de restitución a cargo del precario³².

Del mismo modo como los autores no se ponen de acuerdo sobre la correcta interpretación

del artículo 911, son frecuentes los vaivenes de la Corte Suprema sobre el tema. Así, en alguna oportunidad se dijo que la precariedad en la posesión “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**”³³ (el énfasis es nuestro).

Con posterioridad, la misma Corte Suprema emitió un nuevo fallo, mediante el cual, corrigiendo su anterior pronunciamiento, sostuvo que “el fallo recurrido al revocar la apelada no ha precisado en mérito a qué título viene poseyendo la demandada el inmueble submateria, pues al expresar con vaguedad que lo hace en mérito a algún título o alguna circunstancia que la justifique, no ha desvirtuado la concluyente decisión del a quo sustentada en prueba idónea en el sentido de que la demandada carece de título y que su condición es la de ocupante precaria, en tanto que la accionante ha acreditado su derecho de propiedad (...) Que

28 Los vaivenes de la Corte Suprema sobre la correcta interpretación del artículo 911 son innumerables, pero en esta oportunidad solo citaremos dos fallos emitidos con anterioridad a la sentencia objeto del presente comentario, en cuanto son los que mayor relación de criterios y semejanza fáctica guardan con la presente sentencia.

29 AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. “La posesión ilegítima o precaria”. En: *Themis-Revista de Derecho*. Publicación editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 4, 1986, pp. 59-63, quien señala que “el Código en el artículo bajo comentario se refiere evidentemente a la posesión ilegítima. No alude a la posesión temporal del inmediato porque en este último caso hay un título en virtud del cual se ejerce de hecho algún poder inherente a la propiedad, mientras en el artículo 911 hay referencia expresa a la falta de título o en todo caso a su extinción”.

30 LAMA MORE, Héctor. “La posesión precaria y la posesión ilegítima”. En: *Diálogo con la jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial*. N° 34, Julio, 2001, pp. 49-64. “Siguiendo en el análisis de la posesión precaria 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 encuentran estrechamente vinculadas en su propia esencia (...). La posesión precaria siempre es ilegítima. Sin embargo, se encuentran estrechamente ligada a la posesión de mala fe”. Para un análisis mucho más completo se puede ver del mismo autor: “La posesión y la posesión precaria en el derecho civil peruano”. *Tesis para optar el grado de Magister en Derecho Civil*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2006. En la misma postura se alinea RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María. *Tratado de Derechos Reales, Tomo I. Teoría General de los Derechos Reales. Bienes y posesión*. 1ª edición, Rodhas, Lima, 1996, pp. 532 y 533, para quien “la precariedad es una especie característica de posesión ilegítima de mala fe. De acuerdo con el numeral 911, dos son las causas: a) falta o inexistencia de título (nunca existió), b) el título que dio vida a la posesión ha fenecido, caducado (...). La segunda hipótesis del numeral 911 (el título pierde validez) sí es novedosa: la posesión se adquirió con título, pero este luego ha fenecido, ha caducado. Es un caso típico de conversión de posesión legítima en ilegítima. Parece ser que este precepto ha sido consagrado por el legislador pensando en el arrendatario”.

31 TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. “¿En qué consiste la posesión precaria?”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 137, abril, 2005, p. 52: “(...) el poseedor precario carece de título, contrario sensu, el poseedor ilegítimo cuenta con un título, aun cuando este es inválido (...). La ilegitimidad de la posesión se presenta cuando el título en que se sustenta adolece de un vicio de forma o un vicio de fondo (falta el derecho a la posesión), pero ambos supuestos convierten a la posesión precaria en ilegítima. En cambio, la posesión precaria implica la ausencia absoluta de cualquier título (hecho o acto jurídico) que justifique el uso y disfrute del bien o el título que se tenía para poseer ha fenecido”.

32 GONZALES BARRÓN, Günther. “Nuevamente sobre el precario (réplica a un reciente artículo)”. En: *Foro Jurídico*. N° 7. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2007, pp. 70-81; WONG ABAD, Julio Martín. “El Precario”. En: *Revista de Derecho Themis*. N° 14, Lima, 1989, pp. 85-90.

33 CASACIÓN N° 1643-2003-TUMBES, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema.

en consecuencia, al haber invocado la Sala de mérito el artículo 911 del Código Civil expresando que basta cualquier circunstancia justificatoria para considerarla título de posesión, ha incurrido en una interpretación errónea de dicha norma³⁴ (el énfasis es nuestro).

Actualmente, con la sentencia materia de comentario (Cas. N° 417-2009-Ica) se vuelve a aquella concepción según la cual se configura la posesión precaria con la ausencia absoluta de cualquier circunstancia que justifique el uso y disfrute del bien. En efecto, en el considerando décimo la Corte Suprema señala que:

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

Debemos tener cuidado con este razonamiento. El sostener que únicamente se presenta precariedad en la posesión cuando se da la

ausencia absoluta de cualquier circunstancia que justifique el uso y disfrute del bien —o lo que es lo mismo, la ausencia absoluta de cualquier circunstancia que permita advertir la legitimidad de la posesión que detenta el ocupante— podría llevar a concluir —como lo hizo la Corte Suprema en la citada Casación N° 1643-2003— que la mera posesión del bien durante años constituye una circunstancia que justifica la posesión. Afortunadamente —como detallaremos más adelante— esta vez la Corte Suprema no cayó en tal exceso y consideró que la sola acreditación de que el demandado viene poseyendo el inmueble desde hace varios años no constituye una circunstancia pasible de ser esbozada como mecanismo de defensa frente a la demanda de desalojo.

Particularmente, coincidimos con quien sostiene que el “título” al que hace mención el artículo 911 del CC “está referido a un acto jurídico (acuerdo o convenio) o la ley, la misma que ampara determinados acontecimientos o situaciones de hecho, como justificatorias de la posesión”³⁵. Y es que en efecto, “no solo del acto jurídico emerge un título para el demandado. La ley, al conferir derechos, también concede un título que permite sustentar una posición oponible al demandante en un proceso de desalojo por ocupante precario. Por ejemplo, la posesión del heredero del arrendatario causante. Aun cuando el contrato a plazo determinado haya concluido, el arrendamiento continuará bajo sus mismos términos (artículo 1700 del CC) ahora teniendo como arrendatario al sucesor. En este caso el sucesor no ha suscrito un contrato con el arrendador, simplemente la ley (el CC) le confiere un título para continuar en la posesión”³⁶.

34 CASACIÓN N° 85-2004-LIMA, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema.

35 POZO SÁNCHEZ, Julio. “¿Una nueva lectura del artículo 911 y la posesión precaria? Sobre la denominada “ausencia absoluta de circunstancias que justifiquen la posesión” en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”. En: *Debate Jurisprudencial*. Editorial Motivensa, Lima, 2008, p. 63.

36 *Ibidem*, p. 61.

VI. LA SOLUCIÓN DEL CASO PLANTEADA POR LA CORTE SUPREMA

En el proceso, el demandado acreditó que venía poseyendo el inmueble desde hace varios años mediante la presentación del certificado de posesión expedido por la Municipalidad competente. Sin embargo –y afortunadamente– la Corte Suprema no consideró esta posesión como una “circunstancia que permita advertir la legitimidad de la posesión que detenta el ocupante”, como sí lo hizo en la Casación N° 1643-2003.

Si bien se podría discrepar de la diferenciación brindada por la Corte Suprema entre posesión precaria y posesión ilegítima, no hay forma de no estar de acuerdo con la parte resolutive: el certificado de posesión únicamente acredita la posesión de facto, mas no constituye un título vigente que otorgue el derecho a poseer. Y como para que no queden dudas, el mismo certificado de posesión contiene la mención de no constituir reconocimiento alguno que afecte el derecho de propiedad de su titular.

Otro dato que adquiere importancia es la relación jurídica existente entre las partes del proceso. De acuerdo con lo señalado en el considerando quinto de la sentencia casatoria, el demandante “cedió el inmueble temporalmente al demandado para que cuide su casa por unos meses”.

De conformidad con el artículo 897 del CC: “No es poseedor quien, encontrándose en relación de dependencia respecto a otro, conserva la posesión en nombre de este y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas”.

El servidor de la posesión cuenta con todos los elementos de la relación posesoria, pero esta

ha sido degradada por el ordenamiento jurídico en virtud de razones utilitarias. Por tanto, “el servidor de la posesión y el poseedor inmediato coinciden en que ambos detentan físicamente el bien, pero se diferencian en las diversas funciones atribuidas a cada uno. En la posesión inmediata, hay cierta autonomía para gozar y disfrutar del bien, eso sí, distinta en cada supuesto. En cambio, el servidor de la posesión es un detentador sin interés propio, bajo instrucciones y en dependencia social o jurídica del principal”³⁷.

Ahora bien, lo determinante para estar ante un servidor de la posesión es que realiza una serie de conductas –que son típicamente posesorias– por encargo del principal (que en este caso vendría a ser quien lo contrató para que cuide la casa) y no para satisfacer un interés propio. Por ello, aun cuando esté vigente la relación que sustenta el encargo a favor del servidor de la posesión, si este deja de actuar como tal, es decir si asume comportamientos a favor de su propio interés, se convertirá en poseedor. Para que esto ocurra y sea oponible al principal³⁸, la actitud del ex servidor tiene que revelar un efectivo desconocimiento del interés que antes representaba y la aparición de uno propio. “En ese sentido, un guardián con contrato vigente puede tornarse en poseedor, si, desconociendo las instrucciones de su mandante, realiza en adelante la custodia pero para sí, o realiza otras conductas posesorias en interés y beneficio propio. Por supuesto, la conducta del servidor infiel debe ser tal que permita al mandante tomar conocimiento de su rebeldía, pues sería injusto que el servidor adquiriera condición posesoria mediante una actitud clandestina”³⁹.

37 FUENTESECA, Cristina. *La posesión mediata e inmediata*. Editorial Dykinson, Madrid, 2002, p. 109.

38 Entre el servidor de la posesión y la persona en cuyo interés aquel detenta el bien, existe una relación jurídica derivada de un acuerdo determinado. En el presente caso, por ejemplo, el propietario del inmueble contrata al guardián y le encarga la labor de cuidar la casa mientras dura su ausencia. Podría tratarse de un contrato laboral en sentido estricto o sencillamente de un contrato de prestación de servicios. Lo mismo sucederá en el caso de los empleados de una empresa con respecto a los bienes recibidos para llevar a cabo su labor o el obrero de construcción civil con relación al predio donde trabaja. Los ejemplos han sido tomados de: GONZALES BARRÓN, Günther. *Derechos Reales*. 1ª edición, Jurista Editores, Lima, 2005, pp. 286 y 287.

39 MEJORADA CHAUCA, Martín. “Servidor de la posesión”. En: *Código Civil Comentado*. Tomo V: Derechos Reales. Gaceta Jurídica, Lima, 2008, pp. 62 y 63.

En el presente caso queda del todo claro que el demandado se comportaba como poseedor, desconociendo la relación de dependencia que tenía con el demandante (propietario del inmueble), al punto que se negaba a la restitución del inmueble. Por ello, siendo un poseedor sin título y estando acreditado el derecho de propiedad del demandante, consideramos acertado el que la demanda haya sido declarada fundada.

Incluso si se llega a considerar que el demandado siempre se comportó como un servidor de la posesión y no como un poseedor⁴⁰, sería del todo injusto negarle al demandante –con derecho de propiedad acreditado e inscrito sobre el bien– la posibilidad de desalojar a este “detentador” del bien. Desde nuestro punto de vista resulta contradictorio sostener, por un lado, que ser poseedor le otorga a alguien una calidad con mucho mayores prerrogativas que las que le corresponden al servidor⁴¹, y no obstante, reconocer al mismo tiempo que un simple servidor de la posesión goza de una mayor protección frente a una demanda de desalojo, a diferencia de un poseedor (precario) contra quien sí procedería la misma.

Véase la absurda conclusión a la que arribaríamos de sostener semejante posición: el usurpador que se introduce de manera subrepticia en el inmueble de Juan y se niega a salir sí puede ser “lanzado” por mandato judicial luego de que Juan haya obtenido sentencia fundada en un proceso de desalojo por ocupación

precaria. Sin embargo, el guardián que Juan contrató para que cuide su casa durante todo el verano y que se niega a abandonar el inmueble ante los reiterados pedidos de Juan no podría ser desalojado por precario, en cuanto se trataría de un mero tenedor o detentador de la posesión, ello siempre que se niegue la posibilidad de que un servidor se convierta en poseedor cuando actúa en contra del interés del principal. Es decir, los servidores de la posesión estarían mejor protegidos que los poseedores.

En casos como el que nos plantea la sentencia objeto de comentario, en el que se acredita el derecho que le asiste a una de las partes y la ausencia de título justificativo a favor de la otra, el desalojo termina siendo un mecanismo expeditivo –si bien no inmediato, por lo menos no tan lento ni engorroso– para que las personas con derecho al bien accedan al mismo.

En todo caso, si el demandado es capaz de probar que viene poseyendo el inmueble por más de 20 años –conforme alegó en su contestación de demanda– tiene expedita la vía del proceso de conocimiento para demandar que se le declare propietario del inmueble por prescripción adquisitiva, siempre que pueda probar además que su posesión cumplió durante el plazo de 10 años con cada uno de los requisitos exigidos por el artículo 950 del CC: pública, pacífica, continua y como propietario⁴². Pero ello no podría ser materia

40 Es decir, en caso se considere improbable que un servidor de la posesión pueda convertirse en poseedor cuando actúa de forma contraria al interés del principal.

41 En efecto, según el artículo 921 del CC, el servidor de la posesión no cuenta con los remedios interdictales; de igual forma, tampoco cuenta con ningún mecanismo restitutorio del poder fáctico frente al despojo producido por el propio poseedor.

42 En una no tan reciente ejecutoria, la Corte Suprema ha optado decididamente por admitir la postura favorable al carácter automático de la usucapión y, por ende, se ha inclinado por señalar que la sentencia es simplemente declarativa: “(...) La prescripción adquisitiva de dominio opera desde el momento en que se inicia la posesión y no desde que vence el plazo, lo que sustenta en razón de que el poseedor se comportó permanentemente como legítimo propietario del bien, resultando cierta la postura en el sentido de que la propiedad se adquiere con la posesión cualificada, sin necesidad de exigencia formal por parte de la autoridad o funcionario público”: Casación N° 2161-2003-LIMA, del 5 de noviembre de 2004, publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 28 de febrero de 2005.

de pronunciamiento en un proceso de desalojo, el cual es de carácter sumario y cognición limitada.

CONCLUSIÓN

La posesión precaria siempre ha sido, en nuestro medio, un tema generador de polémicas y posturas encontradas. Mediante el presente ensayo hemos tratado de entrar someramente –por cuestiones de espacio– al análisis de algunos puntos que nos parecían los más relevantes, pero siempre guardando relación con el caso planteado. Solo queda reiterar nuestra conformidad con la manera en que la Corte Suprema resolvió la controversia y advertir, a los lectores en general, que sean cautos con ciertas interpretaciones del artículo 911 del CC, que por muy informadas que sean, terminan vaciando de contenido y volviendo inútil el proceso de desalojo, por cuanto constituyen argumentos más de *lege ferenda* (qué debería decir), que de *lege lata* (qué dice la norma).

Está acreditado que en casos como el que ha sido objeto de comentario, lo más justo es resolver conforme a una interpretación flexible de la posesión precaria –pues es así como ha sido consagrada por nuestro legislador– independientemente de si la misma es o no acorde con la manera como la entendieron los romanos. No pongamos a las personas, sus necesidades e intereses al servicio de los conceptos; todo lo contrario, empleemos los conceptos para resolver las necesidades de la gente de la forma más adecuada, simple y efectiva. La historia enseña, evita que caigamos en los mismos errores del pasado; conocerla de alguna manera nos hace más libres, más optimistas para con el futuro. El problema está cuando a alguien se le ocurre recurrir a la historia para frenar el cambio, inmovilizar las instituciones. Si eso sucede, no “culpemos” a la historia, mucho menos a los romanos; “culpemos” a quien la emplea mal.