

UNIVERSIDAD SAN PEDRO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA DE DERECHO



**Materia: Desalojo por ocupación precaria expediente N°
00383-2014-0-0201-JM-CI-02**

**Trabajo de suficiencia profesional para optar el título de
Abogado**

Autor:

Ocaña Maguiña, Elizabeth Pamela

Asesor:

Vargas Camiloaga, Gustavo

Huaraz–Perú

2018

DEDICATORIA

A mi hija, por ser el motivo de mi felicidad, de mi esfuerzo y mis ganas de salir adelante, a mi familia por ser el pilar fundamental de mi formación profesional, y a todas aquellas personas que de alguna manera me han ayudado a lo largo de estos años.

PRESENTACIÓN

SEÑORES MIEMBROS DEL JURADO

El presente trabajo de suficiencia profesional tiene como finalidad la orientación y descripción de conceptos que se encuentra dentro de nuestro ordenamiento jurídico, que la posesión precaria se ejerce sin título alguno o el que tenía ha fenecido, no resulta ser precario quien posee con título ilegítimo. Este concepto 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.

De acuerdo con el Reglamento de Grados y Títulos de la universidad San Pedro Filial- Huaraz, ponemos a disposición del jurado evaluador a fin de que con sus opiniones nos ayude a seguir ahondando más en esta apasionante materia, parte del apasionante derecho civil, y además esperamos cumplir con los requisitos para su aprobación y así obtener el título profesional de Abogado.

Atentamente,

Bach. Elizabeth Pamela Ocaña Maguiña

PALABRAS CLAVES

Tema:	Derecho de Propiedad
Especialidad:	Derecho civil

KEYWORDS

Text	Property rights
Specialty	Civil law - Property Law

Línea de Tiempo: Derecho

INDICE GENERAL

DEDICATORIA	iii
PRESENTACIÓN	iv
PALABRAS CLAVES	v
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO I	2
ANTECEDENTES	2
CAPITULO II.....	3
MARCO TEORICO	3
CAPITULO III.....	24
LEGISLACIÓN NACIONAL	24
CAPITULO IV	34
JURISPRUDENCIA, PRECEDENTES VINCULANTES O PLENOS JURISDICCIONALES	34
CAPITULO V	40
DERECHO COMPARADO	40
CAPITULO VI	49
CONCLUSIONES	49
CAPITULO VII.....	51
RECOMENDACIONES.....	51
CAPITULO VIII.....	52
RESUMEN	52
CAPITULO IX	53
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	53
CAPITULO X.....	55

ANEXOS55

INTRODUCCIÓN

La Ocupación Precaria, es un problema social que afecta a gran parte de nuestra sociedad, siendo así que genera cierta confusión sobre si afecta o no el derecho constitucional a la Libertad Individual, debido a que muchos de los demandados no comprenden la figura de “**DESALOJO EN CONTEXTO DE OCUPACIÓN PRECARIA**”, para lo cual se va a proceder ciertamente a hacer un énfasis sobre cada uno de sus conceptos, y así poder desarrollar y analizar a fondo el caso en concreto. **Objetivos:** Identificar las dificultades que se presentan en los contratos de arrendamiento al vencimiento del plazo establecido por las partes y su continuación en el derecho civil peruano; analizar los fundamentos de la posesión precaria en el derecho civil peruano; y explicar la relación de la posesión precaria y la posesión ilegítima.

Los 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.

El trabajo presenta información relativa a las variables:

- Ocupación
- Ocupación precaria
- Jurisprudencia
- Doctrina

CAPITULO I

ANTECEDENTES

a) Antecedentes Nacionales:

Que, dentro de los antecedentes nacionales podemos encontrarlas siguientes tesis:

Lama (2010) *La posesión y la posesión precaria*, el autor menciona que 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.

El nuevo concepto del precario, resultado de la evolución en la jurisprudencia nacional y española, ha tenido resultados positivos.

b) Antecedentes Internacionales:

Que, dentro de los antecedentes internacionales podemos encontrar las siguientes tesis:

Mirapeix (2015) *La usurpación pacífica de inmuebles*, el autor considera que la expresión “tomar posesión de un inmueble” implica disponer de la posibilidad de usar y disfrutar del mismo sin ser perturbado. Esta toma de posesión debe venir acompañada de una “instalación” o de una “invasión”, por parte del autor de la misma, en el inmueble en cuestión. Entiendo que los términos “instalarse” e “invadir” hacen referencia a la presencia de personas en el interior del inmueble, o a la apariencia de que, aunque no estén presentes en el momento en cuestión, lo han preparado para hacer uso del mismo.

CAPITULO II

MARCO TEORICO

2.1. Posesión precaria

2.1.1. Origen y evolución posesión precaria.

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

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

bien. El precario solamente podía ser desalojado por su patrono. Para que el precario defiende su posesión frente a terceros, el pretor le confirió los interdictos de retener y recobrar. Pomponio dice: "El que posee el fundo en precario puede usar del interdicto *utipossidetis* contra todos en nombre de aquel de quien lo recibió". El *utipossidetis* se utilizó para los inmuebles, para la retención de los muebles el pretor concedió el interdicto *utrubi*. Contra el despojo violento se concedió el *interdicto ude vi* para recuperar la posesión.

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

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*.

Los señores feudales, a cambio de sus servicios, recibían tierras de la corona, logrando acumular grandes extensiones que eran cultivadas por sus vasallos, "constituyendo verdaderas unidades de explotación, cuyo núcleo era el castillo o fortaleza del señor, el cual era el lugar de refugio para los vasallos frente a un posible enemigo invasor, y que también integraba la villa aledaña, llamada villa dominica, curtissalica, curtisindomicata. Los habitantes de la villa eran los villanos o plebeyos en situación de inferioridad y subordinación a los habitantes del castillo" (Sánchez, 2003).

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

rurales en propietarios y la posesión precaria urbana en posesión a cambio de un censo, que luego fue redimido.

El *Derecho canónico* reguló los bienes de la iglesia católica, que por su gran cantidad no podía administrar, creando algunas figuras con la denominación común de *precaria*. Así, algunos bienes fueron afectados a favor de laicos con la denominación de *precarie oblata*; otros fueron afectados a usos especiales de tipo eclesiástico, fundados en una especie de administración usufructuaria a tanto alzado, concedida con el nombre de *precarie* a título individual a favor de laicos o de ciertos clérigos; un particular donaba bienes a un monasterio y éste lo devolvía en el acto, mediante un documento llamado *carta precaria*, para que lo disfrute pagando un canon anual.

En el Perú, los códigos civiles de 1852 y de 1936 no dieron una definición de ocupante precario. El derogado Código de Procedimientos Civiles de 1911, art. 970, concedió acción de desahucio para recuperar bienes inmuebles que usa otra persona de modo precario y sin pagar pensión. El antecedente de este dispositivo es el inc. 3° del art. 1565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1877 que establece que la demanda de desahucio podrá dirigirse "contra cualquier otra persona que disfrute o tenga en precario la finca, sea rústica o urbana, sin pagar merced siempre que fuera requerida con un mes de anticipación para que la desocupe".

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

2.1.2. Evolución de la normatividad en torno a la Posesión precaria en el Perú.

Con respecto de la que tuvo en la jurisprudencia española, se produjo en nuestro país, así tenemos que los tribunales peruanos establecieron en los últimos 60

años, que precario es aquel que ocupa un bien sin título alguno y sin pagar renta o merced conductiva.

Sin embargo la jurisprudencia fue contradictoria, pues si bien en algunos casos los tribunales establecían que declarada nula la compra venta 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 el artículo 970, segundo párrafo, del Código de Procedimientos Civiles y artículo 14, inciso b) del Decreto Ley 21398, Ley del inquilinato-nose 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 Maischvon 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 cuando el que se tenía ha caducado”(Maisch, 1999).

Finalmente, el legislador tomó la propuesta variando sólo el término “caducado” por un término mucho más 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.

2.1.3. Antecedentes normativos en nuestro país

Con anterioridad a la entrada en vigencia del actual Código Civil (nov. 1984), la posesión precaria sólo se encontraba prevista en nuestra norma adjetiva civil (C.P.C. y D.L. N° 21938) 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 continúa ocupando el bien pese a que la deuda fue pagada, o la acción del que se adjudicó un predio en remate judicial contra el ocupante, aun cuando éste haya venido pagando renta a su anterior propietario; sin embargo, respecto de esta última

definición no ha sido uniforme la jurisprudencia, especialmente en aquellos casos en que la posesión proviene de un contrato que justificó originalmente la posesión, en cuyo caso algunos pronunciamientos establecían la validez de la acción de desahucio por causal de ocupación precaria, mientras que otros establecían la improcedencia de esta acción por dicha causal, dejándole a salvo el derecho del accionante para que lo haga valer en otra vía.

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 C.C. Aún 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 más 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 C.C. peruano no tiene justificación. Por el contrario, la rica experiencia judicial en materia de acciones restitutorias de la posesión, como la acción de desalojo (Díaz P., 1986), 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 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 restituir la posesión del mismo, vía la acción del desalojo, de quien lo conduce sin que le asista derecho alguno para continuar poseyendo.

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 física y la tácita para los efectos de la adquisición de la posesión.(La Cruz B., 1990)

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 definición normativa del precario, de algunas situaciones que hasta hace algunos eran jurídicamente, imposibles de imaginar.

2.1.4. Definición de la posesión precaria según el artículo 911 del código civil peruano

Poseedor precario es el que ocupa un bien sin título, ya sea porque nunca lo tuvo o porque el que tenía ha fenecido. El art. 911 contiene dos supuestos:

- a) **Ausencia de título:** Se trata del poseedor que entró de hecho en la posesión, no posee título alguno, por ejemplo, el que entra clandestinamente en la posesión, el usurpador, el ladrón, el hurtador.
- b) **Título fenecido:** El título fenece por decisión judicial, por disposición de la ley, por cumplimiento del plazo o condición resolutorios, por mutuo disenso, por nulidad, resolución, rescisión, revocación, retractación, etc. En general, el título queda extinguido en todo caso de ineficacia estructural o funcional del acto jurídico por el cual se cedió la posesión del bien.

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

El poseedor precario puede o no haber sido un poseedor inmediato. No es inmediato (poseedor en virtud de un título según el art. 905) el que posee sin título, o

sea sin ningún vínculo con el que tiene derecho a la posesión. En tal virtud, es errónea la afirmación de Gonzales (2003) cuando sostiene que el precario debe ser necesariamente un poseedor inmediato, por lo que debe excluirse de la precariedad al vendedor que no cumple con entregar el bien; al contratante que se mantiene en la posesión del bien luego que el contrato haya sido anulado o resuelto; a los casos de vencimiento del plazo que origina el deber de restitución del bien; al que detenta el bien de su principal que no restituye el bien después de extinguido el vínculo jurídico.

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

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

bajo apercibimiento que, en caso contrario, el contrato queda resuelto; si el comprador no paga vencido el plazo, resulta evidente que el título (el contrato de compraventa) que ostentaba para poseer el inmueble ha fenecido, deviniendo su posesión en precaria conforme a lo previsto en el art. 911.

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

Para evitar confusiones coloquemos frente a frente las definiciones de precario en Roma y en nuestro Código civil:

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

El C. C. de 1984, art. 911: *Posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido.*

En el Derecho romano el *precarium* era un contrato innominado por el cual una persona, el concedente, cedía a otra la posesión y disfrute temporal y gratuito de una cosa, con la obligación de devolverla en el momento en que lo solicite el concedente. A la concepción romana corresponden opiniones como las de Albadalejo (1994) cuando refiriéndose al *precario* sostiene "específicamente, se designa con este nombre a la posesión concedida a otro por alguien con reserva del derecho de revocarla a su voluntad".

Siguiendo la noción de precario del Derecho romano, el Código argentino, art. 2364, establece que la posesión precaria es viciosa cuando siendo precaria se "tuviese por un abuso de confianza". Al respecto, Musto (2000), dice que la

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

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

Para la teoría subjetiva de Savigny, los elementos de la posesión son el *animus* y el *dominus*. En cambio, para la teoría objetiva de Ihering, la posesión es un poder de hecho, no requiriéndose del *animus*.(Savigny, 2005)

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

En la concepción de precario del Derecho romano, de la teoría de Savigny y del derecho francés, se ubica, como un caso excepcional, la figura conocida hasta ahora como *comodato precario* regulada en el art. 1737 de nuestro Código civil

vigente que establece que cuando no se ha determinado la duración del contrato de comodato, el comodatario está obligado a restituir el bien cuando el comodante lo solicite, es decir, el comodatario tiene una posesión inestable (precaria) puesto que el comodante puede pedir la devolución del bien en cualquier momento (la posesión del comodatario es revocable por la sola decisión del comodante).

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

2.1.5. La posesión legítima y la posesión ilegítima o injusta, en el derecho civil peruano actual.

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

Así, en el Derecho Civil peruano se reconoce que la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad. 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, 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 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.

La evolución normativa ha permitido establecer con mayor nitidez que la posesión de buena fe y la de mala fe constituyen una variedad dentro de la posesión ilegítima. A esta conclusión se arriba del propio texto del art. 906 del actual Código Civil que, a diferencia del art. 832 del anterior, permite concluir que la posesión de buena fe sólo puede suceder en la posesión ilegítima.

Se mantiene, sin embargo, en la actual norma la alusión hecha en la anterior, respecto de la existencia de 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(Castañeda, 1973).

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 porque 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 (1990), en sentido que “la posesión legítima es la que se conforme con el derecho, mientras que la ilegítima es contraria al derecho”. Este concepto, más amplio que el anterior, nos permite abordar coherentemente el concepto de precario, ubicándolo como una variedad de posesión ilegítima.

2.1.6. Precariedad Originaria y Derivada

La calidad de precario del poseedor puede ser *originaria* o *derivada* (sobreviniente). La calidad *precaria originaria* se da cuando el poseedor nunca poseyó título (fundamento jurídico), le falta derecho porque no lo ha tenido nunca, como la posesión de bien ajeno adquirida clandestinamente, por usurpación, robo, etc. Todo ocupante que no acredite tener un título para poseer válidamente un bien es un precario. Quien posee con título no es precario.

La *calidad precaria derivada* (sobreviniente) se da por fenecimiento del título, lo que conlleva la pérdida del derecho de posesión (posesión degenerada): Así, por ejemplo, cuando por transacción, mutuo disenso, resolución, rescisión, vencimiento del plazo, cumplimiento de la condición resolutoria, revocación, nulidad, anulabilidad u otro motivo se extingue el contrato en virtud del cual posee el

bien el usuario, usufructuario, comodatario, acreedor anticrético, servidor de la posesión, comodatario, administrador, etcétera.

2.1.7. 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; 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, nose 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 dando aviso judicial o extra judicial al arrendatario de conformidad con el artículo 1703 del citado cuerpo legal". (El Peruano, 2005)

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.

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

La conclusión antes citada, se corrobora con lo normado en el Art. 1704 del Código Civil; en esta 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.

Como hemos indicado no se aplica más 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 posesión 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, posesión 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 posesión, que sostuvo en dicha actividad académica, que con la carta de devolución cursada al arrendatario se pone fin al arrendamiento, fue mínima.

2.1.7.1. Arrendamiento de duración determinada

La vía adecuada que tiene el arrendador para demandar la desocupación del bien arrendado cuando el arrendatario continúa en el uso del bien después de vencido el contrato, es la de desalojo por vencimiento de contrato, la que puede interponerla en cualquier momento. Según el art. 1700, *"vencido el plazo del contrato, si el arrendatario permanece en el uso del bien arrendado, nose 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"*.

El art. 911 no es de aplicación al arrendatario que permanece en el bien no obstante que ha vencido el plazo del contrato de arrendamiento, por cuanto el art. 1700 del C.C. dispone que vencido el plazo del contrato de arrendamiento, si el arrendatario permanece en el uso del bien arrendado no se entiende que hay renovación tácita, sino la *continuación del arrendamiento*, bajo sus mismas estipulaciones, hasta que el arrendador solicite su devolución, la cual puede pedir en cualquier momento (desalojo por vencimiento de contrato).

El arrendamiento de duración determinada concluye al vencimiento del plazo establecido por las partes, sin que sea necesario aviso previo de ninguna de ellas (art.1699), pero si el arrendatario permanece en el uso del bien arrendado, no concluye (no fenece) el

contrato de arrendamiento sino continúa, por lo que el arrendatario no es precario.

El art. 1532 del derogado Código de 1936 establecía: "*concluida la locación por haberse vencido el término, si pasan quince días sin que el locador solicite la cosa, ni el conductor la devuelva, se renueva el contrato, pero que da sujeto a las reglas de los de duración indeterminada. En este caso, no subsisten las garantías que constituyó tercera persona en el contrato anterior*".

Comentando este artículo, León Barandiarán.(1966), citando a Wermeyer ,dice:"Se trata aquí de la llamada *relocatio tacita*, que es una transformación del arriendo, pasándose del primeramente pactado como uno de duración determinada, a un nuevo como de duración indeterminada, por interpretación de una supuesta voluntad para constituir esta segunda relación arrendaticia, subsiguiente a la primera ya extinguida simplemente por el advenimiento del *dies adquem*. La voluntad presunta de que continúe la relación arrendaticia, como tácita reconducción, no tiene lugar cuando transcurren los quince días desde el vencimiento del plazo a que se refiere el art. 1532, o sea, que "es una negativa presuposición contra la petición (quiere significarse el desahucio), que ni el conductor dentro de dos semanas desde la prolongación en el uso ni el locador dentro de dicho plazo después de obtener el conocimiento de dicha prolongación del uso, su voluntad en contrario haya declarado".

El Código derogado, art. 1532, *admitió* la tácita reconducción por la que, si el arrendatario, concluido el arrendamiento por vencimiento del término, continuaba en el uso del bien, el contrato de duración determinada se convertía en uno de duración indeterminada al que se le pone fin mediante el aviso judicial o extrajudicial de despedida. Contrariamente, el art. 1700 del Código vigente de 1984, *no admite* la

tácita reconducción, es decir no hay la transformación del arrendamiento de duración determinada en uno nuevo de duración indeterminada, sino la continuación del mismo contrato con plazo ya vencido hasta que el arrendador solicite la devolución del bien en cualquier momento, mediante la acción desalojo por vencimiento de contrato.

En conclusión, el derogado Código de 1936, art. 1532, admitió la tácita reconducción, contrariamente, el Código vigente del 1984, art.1700, no la admite. Luego conforme al Derecho vigente, si no hay renovación si no continuación del contrato vencido, el arrendatario que continúa en el uso del bien no es precario porque tiene título (el contrato vencido que continúa). Si el contrato de duración determinada concluye al vencimiento del plazo sin que exista renovación tácita por el hecho de que el arrendatario no devuelve el bien, es ilógico sostener que el arrendador puede poner fin a dicho contrato mediante el aviso judicial o extrajudicial de despedida. Concluido el plazo de duración del arrendamiento (si el arrendatario permanece en el bien, el contrato no fenece no se convierte en uno de duración indeterminada) el arrendador puede, en cualquier momento, interponer una acción de desalojo por vencimiento de contrato para obtener la restitución del bien. Por consiguiente, son equivocadas las resoluciones como las siguientes:

CAS.Nº.896-98-Amazonas .El art. 1700 del Código Civil es claro al señalar que una vez vencido el contrato y si el arrendatario permanece en el uso del bien, no se entiende que hay renovación tácita sino la continuación del arrendamiento, es decir, el contrato de arrendamiento no fenece, sólo se convierte en uno de duración indeterminada, bajo sus mismas estipulaciones, hasta que el arrendador ponga fin a dicho contrato dando aviso judicial o extrajudicial al arrendatario, de conformidad con lo establecido por el art.1703 del Código Civil ,concordado con el art. 1365 del mismo Código.

Exp.1657-Lima, Sala Civil de la Corte Suprema. Si *el arrendatario prosigue en uso del bien inmueble no se trata de una nueva relación contractual, sino de una continuación del arrendamiento motivado por tal hecho, esto es, por la aludida permanencia, creándose así la figura del arrendamiento de duración indeterminada*. El art. 1700 regula el caso específico del arrendatario que permanece en el uso del bien arrendado una vez que se ha vencido el plazo del contrato, por consiguiente, si el contrato de arrendamiento se extingue por otra causal distinta al vencimiento, por ejemplo, nulidad, resolución, rescisión, el arrendatario deviene en precario si permanece en el uso del bien.

2.1.7.2. Arrendamiento de duración indeterminada

Al arrendamiento de duración indeterminada, se le pone fin mediante el aviso judicial o extrajudicial dado al otro contratante(art. 1703 concordante con el art. 1365).

Si el arrendador opta por el aviso judicial para poner final contrato de arrendamiento y obtener la restitución del bien, la forma de dar dicho aviso judicial es la acción de desalojo.

Si opta por el aviso extrajudicial a que está facultado por el art.1703 debe seguir el procedimiento señalado en el art.1365, es decir, dará al arrendatario un aviso previo remitido por vía notarial con una anticipación no menor de treinta días; transcurrido dicho plazo el contrato que da resuelto de pleno derecho, por lo que si el arrendatario continúa en el uso del bien tiene la calidad de precario por haber fenecido su título (el contrato de arrendamiento).

2.1.7.3. Bienes del Estado y bienes de incapaces

Conforme al art.1688, cuando el bien es del Estado o de incapaces el plazo máximo del arrendamiento no puede ser mayor de seis años, todo plazo o prórroga que exceda de los seis años se entiende reducido a este plazo. Concluido el plazo de duración establecido por las partes o, en su caso, vencido el plazo máximo legal de seis años, si el arrendatario permanece en el uso del bien no se convierte en ocupante precario, pudiendo el Estado o el representante de lincapaz solicitar la restitución del bien en cualquier momento.

2.1.7.4. Enajenación del bien arrendado

Si el arrendador enajena el bien arrendado, esté o no inscrito el contrato de arrendamiento, el arrendatario no deviene en poseedor precario.

Los modos de proceder del adquirente están señalados en el art.1703, el cual prescribe: “Art.1708 *.En caso de enajenación del bien arrendadose procederá del siguiente modo: 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 .Si el arrendamiento no ha sido inscrito, el adquirente puede darlo por concluido. Excepcionalmente, el adquirente está obligado a respetar el arrendamiento, si asumió dicha obligación. Tratándose de bienes muebles, el adquirente no está obligado a respetar el contrato si recibió su posesión de buena fe*”.

El adquirente no está obligado a respetar el contrato de arrendamiento no inscrito cuando no ha asumido dicha obligación, por lo que puede demandar el desalojo invocando el inc.2 del art. 1708 que lo faculta para dar por concluido el contrato de arrendamiento, pero no puede demandar el desalojo invocando la causal de ocupante precario, por cuanto el poseedor cuenta con título.

CAPITULO III

LEGISLACIÓN NACIONAL

3.1. Desalojo por posesión precario

3.1.1. Regulación del desalojo.

El desalojo se encuentra regulado en el artículo 585° del Código Procesal Civil y mediante esta pretensión se exige la restitución del uso del bien.

La legitimación activa la tiene no solo el propietario, sino también el administrador y todo aquel que considere tener derecho a la restitución del predio.

Respecto a la legitimidad para obrar pasiva, esta es poseída por todo aquel que ocupa el bien sin acreditar su derecho a permanecer en el disfrute de la posesión inmediata o que, en todo caso, hay a perdido el derecho a poseer.

El legislador ha establecido que el proceso de desalojo se tramita en un proceso sumarísimo, porque no tiene una naturaleza compleja, ya que la controversia se circunscribe al derecho de posesión y no al derecho de propiedad, que puede ser discutido en otro proceso.

- a) Regulación: Regulado en el artículo 585° del Código Procesal Civil.
- b) Legitimización: La legitimación activa la tiene una persona con título de posesión.
- c) Legitimización Pasiva: La legitimación pasiva la tiene quien está poseyendo el bien y no tiene título para ello (poseedor precario).

- d) Prueba: la prueba consiste en un título de posesión o propiedad.
- e) Vía: se tramita en la vía sumarísima.

A diferencia del proceso de reivindicación regulado en el artículo 923° del Código Civil, en el que el demandante tiene que ser necesariamente propietario del bien, en el proceso de desalojo, no solo tiene legitimación para obrar el demandante, sino también el administrador y todo aquel que considere tener derecho a la restitución de un predio, tal como lo señala el Pleno Casatorio analizado.

Respecto a la legitimación pasiva, en el desalojo se demanda a todo aquel que ocupe el bien sin acreditar su derecho a permanecer en el disfrute de la posesión, porque nunca lo tuvo el que tenía ha fenecido, mientras que en la reivindicación se demanda al poseedor no propietario; y en el proceso de interdicto de recobrar se demanda la persona que despojó de la posesión al poseedor según lo señala el artículo 603.º del Código Procesal Civil.

3.1.2. Definición

Según Máximo Castro citado por el doctor Hinostroza Míguas. “ la acción de desalojo o de desahucio es el procedimiento breve y sumario que se entabla contra el arrendatario o inquilino de una finca por el propietario o por el que tiene derecho a gozar y usar de ella, para que la desocupe y la deje a su disposición.(Hinostroza, 2008)

Para Gomes De Liaño Gonzales, citado por Hinostroza Míguas, refiere que el denominado juicio de desahucio es aquel que está dirigido (...)” a obtener el desalojo de un inmueble, imponiendo incluso el lanzamiento de sus ocupantes, sirviendo para resolver, tanto cuestiones de arrendamiento, como situaciones de precario en las que se posee una finca sin título que lo justifique.(Hinostroza, 2008)

Del mismo modo Torres Vásquez, conforme a nuestro ordenamiento jurídico en el proceso de desalojo por ocupante precario el demandante persigue que le restituya el bien quien lo posea sin su autorización (el ocupante clandestino, el usurpador) que le sea devuelto por la persona a quien él le cedió voluntariamente por haber fenecido el título, posee injustamente el que no tiene título o el que su título ha fenecido con el desalojo se persigue restablecer una cosa en su primer estado.(Torres, 2006)

Según Palacios Paiva la acción de desalojo, si bien pretende la restitución de la posesión de un predio, no está establecida para proteger la propiedad, como ya se anotó, sino para obtener la restitución de la posesión, y por eso corresponde no solamente al propietario, sino también al arrendador y a todo aquel que considere tener derecho a la restitución del predio.(Palacios, 2008)

Definimos al desalojo como la acción que está establecida para la restitución de la posesión y corresponde a toda persona que tenga derecho a la restitución del bien, esta acción persigue que se restablezca al estado anterior.

3.1.3. Propuesta de desalojo de Gonzales barrón

La propuesta de Gonzales Barrón, la demandante es poseedor mediato, pero con la especial característica que entrego el bien por causal de liberalidad o gracia, tolerancia, a quiescencia o benevolencia por virtud de relaciones sociales, familiares, amicales, o en circunstancia análogas. Por lo tanto en este contexto solo existe un título social, o el título jurídico que exigía la restitución es manifiestamente nulo art.220 CC. , por lo que se entiende fenecido(Gonzales, 2013).

La acción de desalojo persigue la restitución de la posesión como menciona el autor precedente, que solo se dará el desalojo por precario cuando el poseedor entra en posesión por causal de liberalidad o benevolencia a título social.

3.1.4. Naturaleza de la acción.

La acción de desalojo por ocupante precario en unos casos es real y en otro personal. Con la *acción real* se protege un *derecho real subjetivo* (propiedad, uso, etc.) cuyo objeto es un bien (cosa), sobre el cual el sujeto titular (propietario, usuario, etc.) tiene un poder directo e inmediato de usar, gozar y disponer del bien sin intermediarios.

El derecho real está adherido al bien y es preferente frente al derecho de crédito concurrente. El titular del derecho real no tiene establecido ninguna relación jurídica con persona determinada, por lo que no hay un sujeto pasivo determinado, el cual aparece solamente cuando hay una violación o amenaza de violación del derecho del titular. El titular del derecho real puede perseguir al bien sin importar en posesión de quien se encuentre. El derecho real es absoluto, se ejerce *erga omnes*.

Si una persona posee un bien de facto, sin título, o sea sin que el titular del derecho real le haya transferido la propiedad, uso o posesión del bien, éste (el titular) puede valerse del proceso de desalojo por ocupante precario para que se le restituya el bien. Aquí, el desalojo tiene, sin duda, naturaleza real.

Con la *acción personal* (denominada también *obligacional* o *de crédito*) se protege un *derecho subjetivo personal*, cuyo objeto es una *prestación* de dar, hacer o no hacer. En toda relación jurídica personal existe un acreedor y un deudor determinados. A diferencia del derecho real, cuyo titular lo puede ejercer *erga omnes*, el titular del derecho personal, o sea el acreedor solamente puede exigir el cumplimiento de la obligación a su deudor, es decir, el derecho personal es relativo.

Si una persona posee un predio en virtud de un contrato de compraventa, arrendamiento, comodato, depósito, de constitución de usufructo, de uso, de derecho de superficie, etc., al invalidarse o devenir ineficaz el contrato (por resolución,

rescisión, etc.) tal título ha fenecido y, en consecuencia, el poseedor tiene la calidad de precario.

El acreedor (el vendedor, arrendador, comodante, etc.) puede valerse de la acción de desalojo por ocupante precario para obtener la restitución del bien. Sin duda, esta acción de desalojo es de naturaleza personal.

3.1.5. Requisitos para que proceda la acción

Para que proceda la acción de desalojo ocupante precario se requiere:

Que el demandante acredite su derecho, por ejemplo, si es el propietario debe acreditar su derecho de propiedad; y

- a) Que el demandado posea sin título alguno (precario originario) o cuando el que tenía ha fenecido (precario derivado). Cuando la calidad de precario es derivada, se debe acreditar la existencia del título y el hecho extintivo del mismo.

El que ha transferido la propiedad, la posesión, el uso o disfrute de un predio, no puede demandar al poseedor como precario mientras no se haya extinguido el título de la transferencia. Tampoco procede demandar el desalojo por ocupante precario contra quien afirma poseer con título, porque no es ésta la vía para discutir la validez del mismo. La venta, el usufructo, el arrendamiento, subarrendamiento, el comodato o cualquier otro acto jurídico que suponga una titularidad en el ejercicio de la posesión deben ser cuestionados en la vía distinta del proceso sumarísimo, donde se afirme, pruebe y evalúe, los hechos que son materia de la controversia.

3.1.6. Bienes respecto a los cuales procede el desalojo

El proceso de desalojo solamente está referido a la restitución de predios urbanos o rústicos (art. 585 del C.P.C.) a su dueño o a su poseedor mediato.

3.1.7. Vía procedimental

El desalojo se tramita con arreglo a lo dispuesto para el proceso sumarísimo (arts. 546.4; 585).

3.1.8. Juez competente

Es competente el juez civil del domicilio del demandado o el juez del lugar donde se encuentra el bien, a elección del demandante (arts.24.1y547 del CPC).

3.1.9. Sujeto activo

Pueden demandar el desalojo por ocupante precario todo el que considere tener derecho a la restitución de un predio.

Entre los que tienen derecho a la restitución de un predio figuran:

- a. El propietario y todo el que tiene derecho a que se le reponga en la posesión, cuando el poseedor actual *carece* de título para poseer. Por ejemplo, el propietario, el administrador, puede demandar el desalojo contra el poseedor de hecho o clandestino; El poseedor mediato (arrendador, administrador, comodante, etc.) cuando ha *fenecido* el título del poseedor inmediato.
- b. Es poseedor inmediato el que tiene el bien temporalmente en virtud de un título como es, por ejemplo, el contrato de comodato, depósito, arrendamiento. Corresponde la posesión mediata a quien confirió el título. Cuando el título se extingue por nulidad, resolución, rescisión, revocación, etc. y el poseedor inmediato no devuelve el bien deviene en precario, pudiendo el poseedor mediato de mandar el desalojo para obtener la restitución del predio.

3.1.10. Sujeto pasivo

Pueden ser demandados por ocupante precario:

1. El que tiene la posesión sin título;
2. El poseedor inmediato (usufructuario, usuario, comodatario, arrendatario, etc.) cuando su título ha fenecido.

3.1.11. Demanda respecto a bien ocupado por tercero

Puede presentarse los siguientes casos:

- A) Que el demandado acredite no ser poseedor.** El demandado que no es poseedor, sino que se encuentra en relación de dependencia respecto de otro, conservando la posesión en nombre de éste y en cumplimiento de órdenes de instrucciones suyas, debe expresarlo así en la contestación a la demanda, precisando el domicilio del poseedor, bajo apercibimiento de ser condenado en el mismo proceso a indemnizar los daños causados con su silencio al demandante, además de la multa prevista en el artículo 65 del CPC.

El poseedor designado será citado en el proceso (llamamiento *posesorio*). Si comparece y reconoce ser el poseedor, reemplazará al demandado, quien quedará fuera del proceso. El juez emplazará con la demanda al poseedor, sobrecartándose el admisorio.

Si el citado no comparece o compareciendo niega su calidad de poseedor, el proceso continuo con el demandado, pero la sentencia surtirá efecto respecto de ambos (el demandado y el citado) (art. 588y105 del CPC).

Este trámite señalado en el art.105 del CPC es aplicable a quien fue demandado como tenedor de un bien, cuando la tenencia radica en otra persona.

- B) Que el demandante conozca que el bien está ocupado por persona distinta a quien le cedió la posesión.** El demandante dirige su acción contra la persona con quien estableció la relación jurídica (la persona a quien le cedió la posesión) y denuncia al tercero ocupante, quien será notificado con la demanda y podrá participar en el proceso (art.587delCPC) .La falta de notificación acarrea la nulidad.
- C) Que el demandante ignore que el bien está ocupado por persona distinta a quien le cedió la posesión.** Este es otro caso de poseedor precario por título fenecido en el que la demanda está dirigida contra la persona a quien el demandante cedió la posesión del predio, pero al momento de la notificación del admisorio se advierte la presencia de un tercero ocupante, en cuyo caso el notificador instruirá a este sobre el proceso iniciado, de su derecho a participar en él y el efecto que va a producir la sentencia.

El tercero ocupante del predio puede actuar como litis consorte voluntario del demandado desde la audiencia única(art. 587).

- D) Que en la audiencia única el juez advierta que el tercero carece de título posesorio.** Si durante la audiencia única se advierte que el tercero carece de título posesorio, el juez mediante resolución motivada lo separará del proceso (*extromisión*) (arts. 587y107 del CPC).

3.1.12. Limitación de medios probatorios

En el proceso de desalojo por ocupante precario, lo único que se debate es si el demandado no tiene título o el que tenía ha fenecido.

En el proceso sumario de desalojo nose puede dilucidar sobre el mejor derecho a poseer o sobre el mejor derecho de propiedad, ni sobre la validez o invalidez del título del demandado. Si surge esta discusión el juez dictará una

sentencia inhibitoria, declarando improcedente la demanda, a fin de que el actor haga valer su derecho conforme a ley, como puede ser en una acción reivindicatoria o de mejor derecho de propiedad o de mejor derecho de posesión, según el caso.

Si el derecho de una de las partes está inscrito, el contenido de la inscripción, conforme al art.2013, se presume cierto y produce todos sus efectos en tanto no se verifique o declare judicialmente su invalidez en un proceso distinto al sumarísimo de desalojo por ocupante precario.

Si el demandante es el propietario debe acreditar su título de propiedad sobre el bien y todas sus partes integrantes (como son las edificaciones, plantaciones, etc.), correspondiendo al demandado probar que la posesión que ostenta se ampara en un título justificativo para poseer, es decir, demostrar que no es precario. Si el demandado acredita que también tiene la calidad de propietario o copropietario o que es propietario de la edificación más no del terreno, no es precario, por lo que la demanda de desalojo es improcedente. En el proceso sumarísimo de desalojo no se discute ni delibera sobre el derecho de propiedad u otro derecho real, sino solamente si el demandado posee o no con título. La propiedad no está protegida con el proceso de desalojo, si no con la acción reivindicatoria o la de mejor derecho de propiedad.

Cuando la calidad de precario es derivada, el actor debe afirmar en la demanda la existencia del título y el hecho extintivo, debiendo probar su ocurrencia. Cuando el demandado contradice la demanda debe probar que está premunido de título merced al cual ejerce la posesión, si bien no es necesario que acredite su validez o eficacia, situaciones que sólo pueden ser discutidas en la vía correspondiente.

3.1.13. Lanzamiento.

El lanzamiento se ordena a pedido de parte, luego de seis días de notificado el decreto que declara consentida la sentencia, si es que no ha sido apelada, o la que ordena se cumpla lo ejecutoriado (art. 592 del CPC).

El lanzamiento se ejecutará contra todos los que se encuentren ocupando el predio, aunque no hayan participado en el proceso o no aparezcan en el acta de notificación. Se entiende efectuado el lanzamiento cuando se hace entrega del predio al demandante en su integridad y totalmente desocupado.

Si dentro de los dos meses siguientes al lanzamiento se acredita que el vencido ha vuelto a ingresar al predio, el vencedor puede solicitar un nuevo lanzamiento (art.593 del CPC).

3.1.14. Pago de mejoras

El poseedor que tiene derecho al pago de mejoras puede demandar el pago siguiendo el trámite del proceso sumarísimo. Si ha sido demandado antes por desalojo, interpondrá su demanda en un plazo que vencerá el día de la contestación. El proceso para el pago de mejoras no es acumulable al de desalojo (art. 595 del CPC).

CAPITULO IV

JURIPRUDENCIA, PRECEDENTES VINCULANTES O PLENOS JURISDICCIONALES

El precario según el cuarto pleno casatorio civil (Casación 2195-2011, Ucayali)

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

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

La Corte Suprema de Justicia en primer lugar delimitó el contenido de la posesión precaria, señalando que“(…) la figura del precario se va a presentar cuando se esté poseyendo sin título alguno, esto es, sin la presencia y acreditación de ningún

acto o hecho que justifique el derecho al disfrute del derecho a poseer”, así como también cuando“(…)el título de posesión que ostentaba el demandado haya fenecido, sin precisar los motivos de tal fenecimiento”.

En suma, “Una persona tendrá la condición de precaria cuando ocupe un inmueble ajeno, sin pago de renta y sin título para ello, o cuando dicho título no genere ningún efecto de protección para quien lo ostente, frente al reclamante, por haberse extinguido el mismo”.(Parte VII, letra b, numeral1).

La doctrina minoritaria, representada por Morales (s/f) y Gonzales(s/f) cuestionan la noción de precario adoptada en el Cuarto Pleno Casatorio Civil por considerarla distorsionada y opuesta a los antecedentes históricos y del derecho comparado que inspiraron al legislador de 1984, pues bajo ninguna de aquellas fuentes, el precario es poseedor.

Morales (s/f) enfáticamente señala que“ El denominado poseedor precario” en el Código Civil peruano es un sujeto que tiene solo la tenencia del bien analógicamente como el servidor de la posesión. Es decir, el precario y servidor de la posesión son tenedores y no son poseedores”. Agrega:“La denominada “posesión” precaria es la que se ejerce sin autorización expresa, es decir, la tenencia se ejerce con tolerancia sucesiva (tenencia sin título alguno) o cuando se usa el bien con autorización, pero ella se revoca (tenencia autorizada pero posteriormente fenece o se revoca). En el primer caso, hay una declaración tácita, es decir, un comportamiento de tolerancia por parte del propietario o del poseedor posteriormente a los actos materiales del tenedor. En el segundo caso, hay una declaración de revocación por parte del propietario o del poseedor de la autorización otorgada anticipadamente mediante declaración expresa.”

Gonzales Barrón, por su parte, sostiene que“(…) es precario todo poseedor inmediato que recibió el bien en forma temporal por acto voluntario realizado por el concedente o poseedor mediato, cuya finalidad es proporcionar una liberalidad, gracia

o benevolencia. Sus notas causales son que el precario carece de título jurídico o que el título obligatorio de restitución ha fenecido por nulidad manifiesta”.(Gonzales, 2013)

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

En la sentencia del IV Pleno, se hace referencia que el hecho que la persona no tenga título para poseer o que este ha fenecido, “se puede establecer como consecuencia de la valoración de las pruebas presentadas, de dicha valoración es que surge en el juez la convicción de la no existencia del título o que el acto jurídico que lo originó contiene algún vicio que lo invalida, como es la nulidad manifiesta prevista por alguna de las causales del artículo 219 del código civil, o en todo caso, cuando siendo válido el negocio jurídico, éste ha dejado de surtir efectos por alguna causal de resolución o rescisión, pero sin que el juez del desalojo se encuentra autorizado para declarar la invalidez, nulidad, ineficacia, etc. de dicho acto jurídico, por cuanto ello corresponde al juez donde se discuta tal situación” .

No obstante, en el último Pleno sobre otorgamiento de escritura pública, se ha modificado el precedente citado, en el extremo que en lo sucesivo, debe entenderse que:

“Si en el trámite de un proceso de desalojo, el juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220 del Código Civil, previa promoción del contradictorio entre las partes, declarará dicha situación en la parte resolutive de la sentencia y, adicionalmente, declarará fundada o infundada la demanda de Desalojo, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes es el que adolece de nulidad manifiesta.

Era usual que en los procesos de desalojo el demandado se defendiera presentando un título que en apariencia le otorgaba el derecho de poseer (un arrendamiento, una compraventa o una donación), cuando en realidad se trataba de un documento adulterado que contenía un acto nulo. Cuando el demandante hacía notar ello, el demandado se defendía señalando que dicha cuestión (la nulidad del título) debía ser vista en un proceso de conocimiento y no dentro del desalojo. Frecuentemente, los jueces admitían este argumento y desestimaban la demanda, obligando al demandante a iniciar un proceso de nulidad de acto jurídico o una reivindicación en donde se pudiera discutir la validez del título posesorio del demandado.

Para frenar esta situación, el *IV Pleno Casatorio* estableció como doctrina jurisprudencial vinculante que en caso el juez advierta la nulidad manifiesta del título posesorio, queda facultado -conforme al artículo 220° Código Civil -a analizar dicha situación en la parte considerativa de la sentencia y en función a ello amparar o desestimar el desalojo.

Posteriormente, el *IX Pleno Casatorio* corrigió dicho precedente y amplió la competencia del juez: ahora ya no sólo puede "analizar" o "valorar" la nulidad en sus considerandos sino que puede declararla en la parte resolutive del fallo.

PLENO JURISDICCIONAL DISTRITAL CIVIL DE HUÁNUCO SETIEMBRE DEL 2017

La pregunta del pleno fue ¿Es factible dilucidar jurídicamente si el título del accionante es válido o adolece de nulidad en el proceso de desalojo por ocupante precario tramitado en la vía sumarísima, atendiendo a los acuerdos del IX Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema?

Primera Ponencia: No hay limitaciones de pruebas en torno a las alegaciones que podrían formular las partes, a fin de aportar los necesarios en relación al fondo

de la controversia, así nos encontremos en un proceso de desalojo por ocupante precario, por lo tanto si resulta factible evaluar si el título del accionante es válido o no, de tal manera que si adolece de nulidad el juez lo evaluará en la parte considerativa de la sentencia y declara la improcedencia de la demanda, ello atendiendo a los acuerdos arribado por el IX Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema.

Segunda Ponencia: El proceso sumarísimo es un proceso muy corto en su tramitación y está limitada la actuación de las pruebas, por lo que, no se puede discutir, la validez del título del demandante; por lo que, debe desestimarse tal alegación y dejarse a salvo el derecho de la parte demandada.

Conclusión:

Muestran conformidad con la posición número uno cuando la nulidad sea manifiesta, por unanimidad.

CASACIÓN 2156-2014, AREQUIPA: PRESUPUESTOS PARA DEMANDAR DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA

Cabe señalar que mediante la pretensión de desalojo por ocupación precaria se deberá establecer si la parte demandante ha acreditado su derecho a la restitución del bien inmueble, y respecto al demandado, si tiene un título que justifica su posesión. En consecuencia, para que prospere la acción de desalojo por esta causal se requiere la concurrencia inexorable de los siguientes presupuestos:

i) Que, el actor acredite su derecho a la restitución del bien al tener la condición de **propietario** de éste o encontrarse dentro de alguno de los supuestos contenidos en el artículo 586 del Código Procesal Civil que legitima a interponer la presente demanda al arrendador, el administrador y todo aquel que, salvo lo dispuesto en el artículo 598 del mismo código, considere tener derecho a la restitución de un predio;

- ii) Que, no exista vínculo contractual alguno entre demandante y demandado;
- iii) Que, haya ausencia absoluta de cualquier circunstancia que justifique el uso y disfrute del bien inmueble por la parte demandada; y,
- iv) Que, ante la existencia de título que justifique la **posesión** del emplazado ésta resulte ineficaz, es decir, que la **posesión** sea ilegítima, que no se ajuste a derecho y, concretamente, que se ejerza bajo alguno de los siguientes supuestos:
 - a) que el título con el que se cuenta sea nulo, haya quedado resuelto o hubiese fenecido;
 - b) que se adquiere de aquel que no tenía derecho a poseer el bien; y,
 - c) que se adquiriera de aquél que teniendo derecho a la **posesión**, se encontraba impedido de transmitirlo.

Llegando a la conclusión con esta casación que el desalojo no solo procede con el poseedor precario sino con el poseedor ilegítimo , dejando en duda para que sirve entonces la reivindicación.

PLENO NACIONAL CIVIL 2017

En este Pleno, que fue realizado en Chiclayo entre el 3 y 4 de noviembre de 2017, se analizaron cuatro importantes temas (desalojo, desalojo exprés, daño moral y cesión de créditos). Así, destaca que se haya establecido que “Luego de la publicación del Cuarto Pleno Casatorio Civil, **los jueces de Paz Letrado han quedado impedidos de conocer los procesos de desalojo** en los casos de que exista requerimiento de restitución del bien (carta notarial) de parte del arrendador hacia el arrendatario (artículo 1704 CC); toda vez que en todos estos casos este último ha quedado constituido en poseedor precario, por lo que el **Juez competente para conocerlos es el Especializado**, quedando impedido el arrendador de interponer demanda de desalojo por vencimiento de contrato, sino únicamente por ocupación precaria” (*acuerdo 1*).

CAPITULO V

DERECHO COMPARADO

5.1. El derecho comparado en la posesión precaria

Los principales Códigos Occidentales no regulan de forma específica la posesión precaria y más bien se ha querido incorporar esta figura en el contrato de comodato a través de la concesión en uso de un inmueble con carácter revocable. A continuación, presentamos algunos aspectos del tratamiento jurídico de la posesión precaria en algunos países, según Cervantes (2000) señala que:

A. *En el Código Civil español* se establece que por la prescripción se adquieren, de la manera y con las condiciones determinadas en la ley, el dominio y de más derechos reales. Ahora bien, para hablar de usucapión, en lo referente a la posesión se remite a la regulación previa del derecho de posesión dentro de su texto normativo.

En cuanto a los requisitos, en su artículo 1941° del Código Civil español regula que la posesión ha de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida.

En cuanto al plazo para que opere la prescripción de bienes inmuebles, se regulan dos supuestos:

a) El artículo 1957° del Código Civil español, establece que el dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles se prescriben por la posesión

durante 10 años entre presentes y 20 entre ausentes, con buena fe y justo título (para los efectos de la prescripción se considera ausente al que reside en el extranjero o en Ultramar).

- b) El artículo 1959° del citado texto, establece que se prescriben también el dominio y demás derechos reales sobre los bienes inmuebles por su posesión no interrumpida durante 30 años, sin necesidad de título ni de buena fe, y sin distinción entre presentes y ausentes.

En cuanto a la interrupción de la posesión, establece, en su artículo 1943° que la posesión se interrumpe, para los efectos de la prescripción, natural o civilmente. Tal como se ha indicado, en dicha legislación se regula dos tipos de interrupción; en cuanto a la primera, la interrupción natural, se indica, que la posesión se interrumpe cuando por cualquier causa la posesión cesa en ella por más de un año; en cuanto a la interrupción civil, regula expresamente, en su artículo 1945°, que se produce por la citación judicial hecha al poseedor, aunque sea por mandato de Juez incompetente.

En este orden de ideas, se desprende, que, en dicha legislación, se ha previsto como requisito para que opere la prescripción causal de interrupción civil, a diferencia de nuestra legislación peruana, en la cual no se encuentra regulada expresamente dicha figura. Sin embargo, atendiendo a que un proceso judicial, no solo culmina con una sentencia, en dicha regulación española, se ha previsto supuestos en los cuales se considera ineficaz la interrupción, así como se consideran o hecha, estableciendo en su artículo 1946 los siguientes supuestos: “Se considerarán o hecha y dejará de producir interrupción la citación judicial:

1. Si fuere nula por falta de solemnidades legales.
2. Si el actor desistiere de la demanda o dejare caducar la instancia.
3. Si el poseedor fuere absuelto de la demanda.”.

Como otros supuestos de interrupción civil, regula:

- a) En su artículo 1947° establece el supuesto de interrupción civil por el acto de conciliación, siempre que dentro de dos meses de celebrado se presente ante el Juez la demanda sobre posesión o dominio de la cosa cuestionada.
- b) En su artículo 1948° establece el supuesto que cualquier reconocimiento expreso o tácito que el poseedor hiciere del derecho del dueño, interrumpe asimismo la posesión.

B. *El código civil argentino* recoge tal requisito en su artículo 3999°, presumiendo, en su artículo 4003°, que el poseedor actual, que presente en apoyo de su posesión un título traslativo de propiedad, ha poseído desde la fecha del título, sino se probare lo contrario. En cuanto a la posesión pacífica, el código argentino establece en su artículo 3959° que la prescripción de cosas poseídas por fuerza, o por violencia, no comienza sino desde el día en que se hubiere purgado el vicio de la posesión. Respecto de la buena fe, la legislación argentina señala que para prescribir un inmueble se necesita contar con buena fe en la posesión (artículo 4006°). La buena fe siempre se presume, y basta que haya existido en el momento de la adquisición (artículo 4008°). La ley argentina se coloca en dos supuestos. Por un lado, en su artículo 4004° indica que el sucesor universal del poseedor del inmueble, aunque sea de mala fe, puede prescribir por diez años cuando su autor era de buena fe; y recíprocamente, no es admitida la prescripción en el caso contrario, a pesar de su buena fe personal.

Por otro lado, siempre dentro del código argentino en el artículo 4005° se afirma que el sucesor particular de buena fe puede prescribir, aunque la posesión de su autor hubiese sido de mala fe. Cuando el sucesor particular es de mala fe, la buena fe de su autor no lo autoriza para prescribir. Puede unir su posesión a la de su autor, si las dos posesiones son legales. En el código civil argentino, en su artículo 4006°, estatuye que la buena fe requerida para la prescripción, es la creencia sin duda alguna del poseedor, de ser el exclusivo señor de la cosa. Ante ello aclara que la ignorancia del

poseedor, fundada sobre un error de hecho, es excusable; pero no lo es la fundada en un error de derecho (art.4007°). En Argentina el plazo para prescribir ordinariamente es de 10 años (artículo3999°), siendo que dicho plazo, en virtud del artículo 3961 comienza a correr desde el día de la adquisición de la posesión o de la cuasi posesión que le sirve de base, aunque la persona contra la cual corriese, se encontrase, por razón de una condición aún no cumplida o por un término aún no vencido, en la imposibilidad del ejercicio efectivo de sus derechos. Básicamente en la legislación argentina, se puede prescribir por la posesión continua de veinte años, sin la necesidad de título o buena fe por parte del poseedor, salvo lo dispuesto para las servidumbres para cuya prescripción se necesita título (artículo 4015°).

Así también regula que al poseedor durante veinte años no se le puede oponer la falta de título ni su nulidad, ni la mala fe en la posesión (artículo 4016°).

En cuanto a la suspensión de la prescripción, el beneficio de la suspensión de la prescripción no puede ser invocado sino por las personas, o contralas personas, en perjuicio o a beneficio de las cuales ella está establecida, y no por sus cointeresados o contra sus cointeresados (Código Civil argentino, artículo 3981°).

El efecto de la suspensión es inutilizar para la prescripción, el tiempo por el cual ella ha durado; pero aprovecha para la prescripción no sólo el tiempo posterior a la cesación de la suspensión, sino también el tiempo anterior en que ella se produjo (artículo3983°). En cuanto a la interrupción de la prescripción, cuando se interrumpe la prescripción, que da como no sucedida la posesión que le ha precedido; y la prescripción no puede adquirirse si no en virtud de una nueva posesión (artículo 3998°).La prescripción se interrumpe cuando se priva al poseedor durante un año, del goce de la cosa por el antiguo propietario, o por un tercero, aunque la nueva posesión sea ilegítima, injusta o violenta (artículo3984°). Aunque la posesión de un nuevo ocupante hubiese durado más de un año, si ella misma ha sido interrumpida por una demanda, antes de expirar el año, o por el reconocimiento del derecho del demandante, la nueva posesión no causa la interrupción de la prescripción (artículo

3985°). La prescripción se interrumpe por demanda contra el poseedor, aunque sea interpuesta ante juez incompetente o fuere defectuosa y aunque el demandante no haya tenido capacidad legal para presentarse en juicio (artículo 3986°).

Pero, si es causada por la demanda, se tendrá por no sucedida, si el demandante desiste de ella, o si ha tenido lugar la deserción de la instancia (artículo 3986°). La interrupción causada por demandan o aprovecha si no al que la ha entablado, y a los que de él tengan su derecho (artículo 3991°). El compromiso hecho en escritura pública, sujetando la cuestión de la posesión o propiedad a juicio de árbitros, interrumpe la prescripción (Argentina art. 3988°). La interrupción de la prescripción aprovecha al propietario, aunque no sea por hecho suyo, sino por el de un tercero, que el poseedor ha sido privado de la posesión por más de un año (artículo 3990°). Finalmente, la interrupción de la prescripción hecha por uno de los copropietarios o coacreedores, cuando no hay privación de la posesión, no aprovecha a los otros; y recíprocamente, la interrupción que se ha causado contra uno solo de los coposeedores o codeudores, no puede o ponerse a los otros (artículo 3992°).

C. El artículo 762° del Código Civil Colombiano define la posesión de la siguiente manera: “es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él, El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo”. Dicha posesión entonces la entendemos como regular o irregular; la primera se da cuando existe justo título y buena fe mientras que en la segunda no es necesario ninguno de estos requisitos.

Debemos además diferenciar la posesión del bien, de la tenencia del bien, en la sola tenencia se reconoce la propiedad de otro; es decir tener el bien a nombre de otro, pero no ejerce el derecho con ánimo de dueño, es como si simplemente cuidara la cosa o disfrutara de ella. Lo que se requiere para obtener el bien por prescripción adquisitiva de dominio, es:

- a) El haber poseído el bien,
- b) Si la prescripción es ordinaria cinco (5) años y diez (10) años si es extraordinaria, claro esto en cuanto a bienes inmuebles se refiere.
- c) La ordinaria se da cuando se ha poseído de manera regular el bien y la extraordinaria cuando se ha poseído de manera irregular.

Hay que señalar que anteriormente el código civil establecía diez (10) años para la prescripción ordinaria y veinte (20) para la extraordinaria, pero se dio la ley 791 de 2002 redujo las prescripciones veinte a diez (10) años, y estableció el tiempo de la prescripción ordinaria en cinco (5) años. Modificación que es muy importante ya que reduce el tiempo para las personas que han poseído y ejercido su ánimo de señor y dueño, dándoles la posibilidad que en menor tiempo puedan por declaración judicial a través del proceso de pertenencia tener la propiedad.

Es importante tener presente también que el artículo 2512 del Código Civil sobre la prescripción engloba tanto la extintiva como la adquisitiva. Instruye que este precepto que la prescripción: es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales.

Sobre esta base se entiende la diferencia de estas figuras y ha de señalarse que:

- La prescripción adquisitiva o usucapión produce la adquisición de “cosas ajenas”; se trata de un modo originario de adquirir el dominio o propiedad y demás derechos reales por efecto de la posesión sobre las cosas durante cierto lapso de tiempo.

- La prescripción extintiva o liberatoria corresponde a la extinción de las acciones y derechos por no ejercitarlos su titular durante un período de tiempo señalado en la ley concurriendo los demás requisitos legales.

La legislación colombiana al respecto también comparte la idea de similitudes entre estas figuras de la prescripción que es importante señalarlas, la doctrina ha diferenciado uno y otro tipo de prescripción. Se dice que en común tienen, por ejemplo:

1. Su fundamento, cuales la estabilización de los derechos y las relaciones jurídicas.
2. La inactividad de la persona contra la que corre.
3. El transcurso del tiempo con las particularidades que este elemento ostenta, como son su interrupción o su suspensión.
4. La necesidad de que se aleguen, es decir, que el juez no las puede declarar de oficio.
5. La prohibición de que se renuncien antes de su cumplimiento.
6. Según algunos autores la de ser una la “contracara” de la otra, esto es, que la adquisitiva del derecho real a favor de quien lo ha poseído corresponde a la extintiva de la acción o del derecho contra quien corrió.

Sin embargo, las distinciones entre estas dos figuras son: en primer lugar, la finalidad de la prescripción de es la de ser un modo de adquirir el dominio y demás derechos reales, mientras que en la prescripción extintiva no se adquiere ningún derecho; y, en segundo lugar, la necesidad en la usucapión de que a más del paso del tiempo y la inacción del titular del derecho, sea el derecho a prescribir ocupado por un tercero en calidad de poseedor. A estas diferencias el artículo 2535 del Código Civil describe a la prescripción extintiva enfatiza en que “solamente” requiere el paso del tiempo, es decir, no se requiere buena fe, justo título, posesión, y otros elementos que en la usucapión tienen importancia.

Para finalizar los autores doctrinarios han establecido que la prescripción adquisitiva es en sí un modo originario de adquirir a título gratuito el dominio y otros derechos reales, salvo aquellas servidumbres discontinuas o inaparentes (artículo 939 C.C.), ni para algunos, los derechos reales accesorios, “pues no se ve cómo ellos podrían llegar a ser objeto de posesión previa. Y lo señalan, así como un modo originario, porque el prescribiente no adquiere el derecho por la voluntad o traspaso del titular anterior, de lo cual se sigue que el derecho real así adquirido, llega al adquirente libre de todo gravamen o vicio. Y además es a modo de título gratuito, porque el prescribiente no tiene que hacer ninguna erogación, no tiene que pagar o efectuar una contraprestación por la adquisición del derecho.

En el presente se señalan algunas características de la prescripción:

- a) Recae sobre un bien o derecho real susceptible de prescripción adquisitiva.
- b) Requiere posesión previa y continua, esto es, tenencia de la cosa con ánimo de señor y dueño.
- c) Requiere del cumplimiento del plazo exigido por la ley.
- d) La prescripción adquisitiva puede ser ordinaria o extraordinaria.
- e) En concordancia a lo establecido en el artículo 2530 del Código Civil la prescripción ordinaria puede suspenderse sin extinguirse, lo que significa un compás de espera, dado que el tiempo transcurrido antes de la suspensión se tiene en cuenta para sumarlo cuando cese la causa de la suspensión y continúe la posesión del bien, cosa que no ocurre con la interrupción, pues de conformidad con decantada doctrina y a adoptada como ley, en el nuevo artículo 2540 del Código Civil, una vez interrumpida o renuncia da una prescripción, comenzará a contarse nuevamente el respectivo término. La suspensión está prevista sólo para la prescripción ordinaria, pues el artículo 2532 del Código Civil, en relación con la extraordinaria, señala que “el lapso del tiempo necesario para adquirir por esta especie de prescripción es de 20 años (ahora de 10) contra

toda persona, y no se suspende a favor de las enumeradas en el artículo 2530 del mismo cuerpo legal.

Por otro lado, es importante mencionar que en el Código de Portugal también se refiere al comodato con similares características del Código Español (incluida la revocación en cualquier momento). El Código de Austria ha precisado que sólo en el caso de indeterminación en el plazo de comodato se configura un préstamo precario. El Código Alemán sigue la misma tónica de los Códigos comentados. En este lado del continente, en el Código Chileno entiende por precario cuando no se presta la cosa para un servicio particular ni se fija tiempo para su restitución, constituyéndolo igualmente la tenencia de las cosas ajenas sin contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño.

D. Al analizar referencialmente los Códigos Italiano, Español, Argentino y Chileno, llega a la conclusión que la figura del precario en el derecho romano ha perdurado hasta el derecho moderno, con algunas variantes, y en tal sentido ,(...) está claro que antes y ahora el precario es un poseedor que goza de la posesión en virtud a una liberalidad, por tolerancia o simple licencia del concedente, y que está obligado a devolver él bien al primer requerimiento

CAPITULO VI

CONCLUSIONES

1. La persona tendrá la condición de poseedor precario cuando ocupe un inmueble ajeno sin pago de renta y sin título para ello o cuando dicho título no genere ningún efecto de protección frente al reclamante para quien lo ostente, por haberse extinguido.
2. Cuando se hace alusión a la carencia de título o al fenecimiento de este, no se está haciendo referencia al documento que alude exclusivamente al título de propiedad, sino a cualquier acto jurídico que autorice a la parte demandada a ejercer la posesión del bien, puesto que el derecho en disputa no será la propiedad, sino el derecho a poseer.
3. La diferencia esencial que lo distingue, es que en el verdadero contrato de uso, la cosa se presta por un cierto uso determinado, o por un cierto tiempo y la restitución no puede demandarse antes de la expiración del tiempo convenido, o necesario para que el comodatario pueda emplear la cosa en el uso para el cual ha sido prestada; en tanto que en la convención de precaria ,el que recibe la cosa precariamente la recibe para servirse de ella indistintamente, y con cargo de restituirla al comodante en cuanto el la reclame.
4. Interpretar el artículo 585°del Código Procesal Civil, en el sentido de que restitución del bien se debe entender como entrega de la posesión, para

garantizar que el sujeto a quien corresponde dicho derecho ejerza el pleno disfrute del mismo, independientemente de si es propietario o no.

5. Conforme al artículo 586° del Código Procesal Civil, el sujeto que goza de legitimación para obrar activa puede ser no solo el propietario, sino también el administrador y todo aquel que considere tener derecho a la restitución de un predio.

CAPITULO VII

RECOMENDACIONES

1. Nuestro Congreso de la República, a través de la iniciativa legislativa que nuestra Constitución le faculta, debe de incorporar en nuestra legislación los nuevos conceptos respecto a la posesión precaria, permitiendo de esta forma su interpretación en forma idónea; de tal forma que permita una convivencia justa y civilizada entre las personas.
2. Del mismo modo nuestro poder ejecutivo a través de la cartera ministerial correspondiente, debe promover la creación de mecanismos necesarios a efectos de que todas las personas tengan oportunidad de acceder a una propiedad inmobiliaria propia, sea en forma particular o colectiva; de tal manera que permita la satisfacción plena de la necesidad de vivienda.
3. Por su parte el Poder judicial, por intermedio de los jueces especializados en materia civil, debe de respetar las normas reguladas en el contrato de arrendamiento a plazo determinado ya que éste está regulado por su propia normatividad y no se debe aplicar normas diferentes y a que se estaría vulnerando el principio fundamental de la autonomía de la voluntad; evidentemente esto último sin alejarse de los principios fundamentales que nuestra Constitución prevé para temas de esta índole.
4. Así mismo el Poder Judicial, a través de los Plenos Jurisdiccionales que su ley orgánica les permite, debe de UNIFORMIZAR el criterio con respecto al poseedor precario, creando con esto la seguridad jurídica que todo justiciable necesita, vinculándose esto con el principio de predictibilidad que la sociedad siempre requiere a este poder del Estado.

CAPITULO VIII

RESUMEN

El presente trabajo tiene como propósito conocer, teorías de la posesión precaria de acuerdo al expediente N° 00383-2014-0-0201-JM-CI-02, En la materia Desalojo por ocupación precaria. Tratándose de un estudio cualitativo, desarrollado en el ámbito de la doctrina y jurisprudencia peruana. Entre los métodos que hemos aplicado, mencionamos, al exegético, dogmático y hermenéutico.

El poseedor precario es aquel que ejerce el bien sin título o cuando el que se tenía ha fenecido, la posesión precaria siendo tipificado en materia procesal, dando origen al desalojo, la defensa posesoria judicial y el derecho de propiedad será tramitados en el proceso sumario, donde se trata la acción posesoria. En tal sentido el art. 586 CPC señala que el precario es uno de aquellos sujetos obligados a la restitución del bien, lo que implica su carácter de poseedor (inmediato); mientras tanto el demandante tiene el derecho de exigir la restitución, lo que presupone que entrego el bien en forma voluntaria, por lo que también es poseedor (mediato).

CAPITLO IX

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Albadalejo, M. (1994). *Derecho Civil III- Derecho de Bienes- V. I, Parte general y Derecho de Propiedad*, Ediciones Bosch, 8va. Ed. Barcelona.
- Avendaño V, J. (1990). *Derechos Reales. Materiales de Enseñanza para el Estudio del Libro V del Código Civil en la Facultad de Derecho. PUCP. Segunda Edición*. Lima: Ed. Grijley
- Castañeda, J. E. (1973). *Los Derechos Reales, Instituciones de Derecho Civil. Tomo I. 4ta. Edición* . Lima: Ed. Talleres Gráficos PL Villanueva .
- Cervantes, R. (2000). *Análisis jurídico descriptivo propositivo de la interposición de un proceso judicial restitutorio como causal de interrupción civil del plazo de la prescripción adquisitiva, en la jurisprudencia peruana*. Arequipa: Poder Judicial: Ed. Gráfica Horizonte
- Díaz , L. (1986). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen Segundo*. España: Ed. Tecnos S.A.
- El Peruano, D. O. (2005). *Boletín Sentencia de Casa* 30 de mayo.
- Gonzales , G. (2003). *Curso de Derechos Reales*. Lima: Jurista Editores.
- Gonzales , G. (2013). *Tratado de los Derechos Reales. 3era Edición*. Lima: Juristas Editores.
- Hinostroza, A. (2008). *Proceso Civiles Relacionadas con la Propiedad y la Posición. 1ra Edición*. Lima: Gaceta Jurídica.

- La Cruz ., J. L. (1990). *Elementos de Derecho Civil. Tomo III. Volumen Primero. Derecho Reales. Posición Propiedad. 3ra.Edicion.* Barcelona: Maria Bosh Editor S.A.
- León, J. (1966). *Contratos en el Derecho Civil Peruano Editado por la Comision Administradora del Fondo. Lima: de la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de San Marcos.* Lima: Ed. Grijley
- Maisch, V. H. (1999). *De los Derechos Reales- Proyecto para un Nuevo Libro Cuarta del Codigo Civil y Exposición de Motivos.* Lima: Editorial Desarrollo S.A.
- Morales, R. (s.f.). *el Precario a Propósito del Cuarto Pleno Casatorio Civil. Dialogo con la Jurisprudencia. N° 180.* Lima: Gaceta Juridica Editores.
- Musto, N. J. (2000). *Derechos Reales, T.1,* Editorial Astrea. Buenos Aires.
- Palacios, M. (2008). *El Ocupante Precario. 2da Edición.* Lima: Juristas Editores.
- Sánchez, P. P. (2003). *El Ocupante Precario.* Lima: Ediciones Legales.
- Torres, A. (2006). *Derecho Reales (Vol. I).* Lima: Idemsa Editores.

CAPITULO X

ANEXOS

DESALOJO POR OCUPACION PRECARIO

Expediente N° 00383-2014-0-0201-JM-CI-02